



Consulta nuestra revista en línea:
<http://revistaderecho.posgrado.unam.mx/>
<https://doi.org/>



REVISTA DEL POSGRADO EN DERECHO DE LA UNAM

REVISTA ESPECIAL
DE LA FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES ACATLÁN





DIRECTORIO

Enrique Graue Wiechers

RECTOR

Leonardo Lomelí Vanegas

SECRETARIO GENERAL

Manuel Torres Labansat

COORDINADOR GENERAL DE ESTUDIOS DE POSGRADO

Fernando Guadalupe Flores Trejo

COORDINADOR DEL PROGRAMA DE POSGRADO EN DERECHO

ENTIDADES

Raúl Contreras Bustamante

FACULTAD DE DERECHO

Manuel Martínez Justo

FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES ACATLÁN

Fernando Macedo Chagolla

FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES ARAGÓN

Mónica González Contró

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

En portada: Hans Kelsen, Sarmiza Bilcescu, Giuseppe Chiovenda, León Duguit, Eduardo García Máynez
Diseño de portada: Maestra en Derecho Martha Aurora Ramírez Espinoza y Martha Ailyn Gallardo Ramírez

REVISTA DEL POSGRADO EN DERECHO DE LA UNAM, Número Especial de la Facultad de Estudios Superiores Acatlán, es una publicación semestral, editada por la Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad Universitaria, Alcaldía Coyoacán, C.P. 04510, Ciudad de México, a través de la Coordinación del Programa de Posgrado en Derecho de la UNAM, Unidad de Posgrado, Edificio "F", Circuito de Posgrado, Ciudad Universitaria, Delegación Coyoacán, C.P. 04510, Ciudad de México, teléfono 5623-7024, <http://derecho.posgrado.unam.mx/revista>, correo: revista.rpd@posgrado.unam.mx. Editor en Jefe: Dra. Abril Uscanga Barradas. Reserva de Derechos al uso Exclusivo No. 04-2019-040118041000-203, ISSN: 2007-5995, ambos otorgados por el Instituto Nacional del Derecho de Autor. Responsable de la última actualización de este número, Programa de Posgrado en Derecho de la UNAM, Dr. Fernando Guadalupe Flores Trejo, Circuito Mario de la Cueva s/n, Ciudad Universitaria, Col. Copilco, Del. Coyoacán, C.P. 04510, Ciudad de México, fecha de la última modificación, 23 de diciembre de 2021.

El contenido de los artículos es responsabilidad de los autores y no refleja el punto de vista de los árbitros, del Editor o de la UNAM. Se autoriza la reproducción total o parcial de los textos aquí publicados siempre y cuando se cite la fuente completa y la dirección electrónica de la publicación.



REVISTA DEL POSGRADO EN DERECHO DE LA UNAM

Abril Uscanga Barradas

DIRECTORA

Martha Aurora Ramírez Espinoza

SUBDIRECTORA

José Manuel Guevara García

EDITOR

David Antonio Reyes Díaz

Yuriria Maryem Domínguez Juárez

Javier Cancino Jiménez

SECRETARÍA EDITORIAL

Francisco Javier Chan Chan

ASESOR EDITORIAL

Bruno Daniel Godínez Guzmán

Daniel Rosete Pacheco

Karen Yanelly Vázquez Hernández

Ricardo Pérez Luna

ASISTENTE EDITORIAL

Susana Monserrat Gil Vilchis

ENLACE Y GESTIÓN EDITORIAL

Héctor Alejandro Ramírez Medina

ENCARGADO DE DIFUSIÓN Y DIVULGACIÓN

CONSEJO EDITORIAL

Juan Antonio García Amado
UNIVERSIDAD DE LEÓN, ESPAÑA

Perfecto Andrés Ibáñez
TRIBUNAL SUPREMO, ESPAÑA

Sergio García Ramírez
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS, UNAM

Flavia Emilia Carbonell Bellolio
UNIVERSIDAD DE CHILE

Raúl Carrancá y Rivas
FACULTAD DE DERECHO, UNAM

María Patricia Kurczyn Villalobos
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, UNAM

Francisco Javier De Lucas Martín
UNIVERSIDAD DE VALENCIA, ESPAÑA

Jordi Ferrer Beltrán
UNIVERSIDAD DE GIRONA, ESPAÑA

Flavia Daniela Freidenberg Andrés
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS, UNAM

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

Carlos Bernal Pulido
UNIVERSIDAD DE MACQUARIE, SYDNEY

Carlos Francisco Quintana Roldán
FACULTAD DE DERECHO, UNAM

Jorge Fernández Ruiz
FACULTAD DE DERECHO, UNAM

Rafael Luis Hernández Marín
UNIVERSIDAD DE MURCIA, ESPAÑA

Enrique Cáceres Nieto
FACULTAD DE DERECHO, UNAM

CONSEJO ASESOR

Jesús Aquilino Fernández Suarez
UNIVERSIDAD DE OVIEDO, ESPAÑA

Victoria Iturralde Sesma
UNIVERSIDAD DEL PAÍS VASCO, ESPAÑA

Juan José Iniesta Delgado
UNIVERSIDAD DE MURCIA, ESPAÑA

María del Pilar Gutiérrez Santiago
UNIVERSIDAD DE LEÓN, ESPAÑA

Benjamín Rivaya García
UNIVERSIDAD DE OVIEDO, ESPAÑA

Sandra Gómora Juárez
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS,
UNAM

Tiago Gagliano Pinto Alberto
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE
PARANÁ, BRASIL

Leonor Suárez Llanos
UNIVERSIDAD DE OVIEDO, ESPAÑA

Amós Arturo Grajales
UNIVERSIDAD DE SAN ANDRÉS, ARGENTINA

Marta Ordás Alonso
UNIVERSIDAD DE LEÓN, ESPAÑA

Rodrigo Brito Melgarejo
FACULTAD DE DERECHO, UNAM

Oscar Cruz Barney
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS,
UNAM

José Manuel Cabra Apalategui
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA, ESPAÑA

Javier Díez García
UNIVERSIDAD DE LEÓN, ESPAÑA

Luis Ángel Ballesteros Moffa
UNIVERSIDAD DE LEÓN, ESPAÑA

Antonio Peña Freire
UNIVERSIDAD DE GRANADA, ESPAÑA

Bernardo Andrés Gallegos Mendoza
FACULTAD DE DERECHO, UNAM

Imer B. Flores Mendoza
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS,
UNAM

José Antonio Álvarez León
FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES
ACATLÁN, UNAM



ÍNDICE

EDITORIAL ·····	13
<i>Abril Uscanga Barradas</i>	

ARTÍCULOS

LA NO RENOVACIÓN DE LA CLASE GOBERNANTE Y LA CIFRA DORADA. UNA VISIÓN CRIMINOLÓGICA DE LA IMPUNIDAD EN MÉXICO ·····	19
<i>José Antonio Álvarez León; Frida Estefanía García Astudillo</i>	
HACIA EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO HUMANO A LA DIGNIDAD PÓSTUMA ·····	51
<i>María de los Angeles Hernández Rodríguez; Iván Alva Cortés</i>	
EL DEBER DEL LEGISLADOR DE JUSTIFICAR LA PROPORCIONALIDAD EN NORMAS RESTRICTIVAS ·····	95
<i>David Alejandro Parada Sánchez; Brandon Arturo Lemus Ramos</i>	
EL DERECHO HUMANO AL ACCESO A LA JUSTICIA, COMO LÍMITE A LA DISCRIMINACIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN MÉXICO ·····	131
<i>Rubén Escobedo Cabello; Natalia Téllez González</i>	
PROPUESTAS PARA UNA MEJOR TUTELA DEL DERECHO A LA PENSIÓN EN MÉXICO ·····	149
<i>Rubén Escobedo Cabello; Tomás Portillo Juárez</i>	
PRISIÓN PREVENTIVA EN LA CIUDAD DE MÉXICO COMO MEDIO PARA OBTENER JUSTICIA ·····	179
<i>Javier Diez García; Margarita Jezabel Márquez Torres</i>	
INSTRUCTIVO PARA LOS AUTORES ·····	217

EDITORIAL

Como proyecto esencial de la Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM nos hemos propuesto trabajar en tres números especiales que promuevan la publicación de las investigaciones científicas realizadas por catedráticos, juristas y alumnos destacados, miembros de las entidades académicas que integran el Programa de Posgrado en Derecho de la UNAM.

Los números especiales que conformarán nuestra Revista contarán con la colaboración de tres entidades participantes del Programa, es decir, la Facultad de Derecho, la Facultad de Estudios Superiores Acatlán y, el Instituto de Investigaciones Jurídicas; lo anterior, en aras de incentivar la participación de los miembros de nuestra comunidad y permitir que nuestra Revista propicie el intercambio de ideas, enriqueciendo nuestra visión doctrinal, así como fortalezca la relación entre las entidades académicas que conforman el Programa.

El equipo de la Revista del Programa del Posgrado en Derecho de la UNAM está trabajando arduamente para fortalecer, difundir y enaltecer la cultura jurídica. A través de cada número de la revista, hemos tratado de ofrecer al lector, explicaciones atrevidas que ofrecen reflexiones y posibles soluciones atentas a la realidad social de México y del mundo.

Por lo anterior, reafirmamos nuestro compromiso de recolectar y difundir artículos recientes de gran relevancia y cercanía a las dificultades que nos rodean en la actualidad para generar en nuestros lectores la curiosidad académica y, con suerte, generar un debate respetuoso entre diferentes esferas de nuestra sociedad.

Con este número especial queremos reiterar nuestro compromiso con la periodicidad, así como deseamos hacer patente que la realidad social y las ciencias sociales se encuentran en un constante proceso evolutivo del cual no se divisa ningún final cercano.

El presente número de la Revista está compuesto de artículos redactados por diferentes juristas con una formación nacional e internacional que nutren nuestro conocimiento de la ciencia jurídica y nos mantienen a la vanguardia de temáticas relevantes en nuestra actualidad.

Habiendo dicho lo anterior, me permitiré dar una breve síntesis de los artículos contenidos en esta Revista:

Nuestro primer artículo es autoría del Doctor José Antonio Álvarez León y de la Licenciada Frida Estefanía García Astudillo, el cual se intitula “La no renovación de la clase gobernante y la cifra dorada. Una visión criminológica de la impunidad en México”. En este artículo los autores exponen las estructuras de gobierno en el siglo XX, en donde explican que se enraizó el poder vertical del presidente haciéndolo omnipotente, al igual, se explica la impunidad que tienen amigos y familiares del presidente, también hablan sobre la perpetuación de grupos en el poder, hecho que se ocultó en la justificación de la profesionalización en algunos cargos de elección popular en el siglo XXI.

La Maestra María de los Ángeles Hernández Rodríguez y el Licenciado Iván Alva Cortés en su artículo “Hacia el reconocimiento del derecho humano a la dignidad póstuma”, exponen un tema atrayente en el que explican el concepto de la dignidad póstuma relacionándolo con la pandemia de la Covid-19, explican las bases que tiene este concepto, su relación con leyes internacionales y como en México hacen falta disposiciones expresas que impidan que las personas sean cosificadas después de su fallecimiento, es un tema relevante ya que nos hace reflexionar sobre este tema y el foco que le debemos de dar para poder proteger este derecho humano a la dignidad póstuma.

El tercer artículo es del Maestro David Alejandro Parada Sánchez y el Licenciado Brandon Arturo Lemus Ramos, se titula “La proporcionalidad como parámetro de validez en el acto legislativo restrictivo” y dentro de este artículo encontramos el alcance que ha

tenido el principio de proporcionalidad en el sistema jurídico mexicano, a través de los criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación a fin de permitir a los lectores identificar las dificultades y retos que ha implicado la aplicación del test de proporcionalidad en la jurisdicción constitucional.

El cuarto artículo contenido en este ejemplar de la revista se titula “El derecho humano al acceso a la justicia, como límite a la discriminación de las personas con discapacidad en México” y corresponde a la autoría del Maestro Rubén Escobedo Cabello y la Licenciada Natalia Téllez González. Dentro de su artículo, los autores exponen acerca del derecho de acceso a la justicia, el cual es un presupuesto indispensable para la materialización de otros derechos de la misma índole, aunque también manifiestan que el contenido de la prerrogativa es muy amplio y puede variar dependiendo la perspectiva a partir de la cual sea analizada.

Nuevamente a cargo del Maestro Rubén Escobedo Cabello, pero en esta ocasión lo acompaña el Maestro Tomás Portillo Juárez, nos presentan el artículo intitulado “Propuestas para una mejor tutela del derecho a la pensión en México”. Este documento nos permite conocer el contexto histórico dentro del cual se han visto afectados los sistemas de seguridad y de las pensiones, la propuesta que plantean los autores es acerca de los instrumentos internacionales, que representan una adecuación de la normativa a la realidad diaria de los trabajadores mexicanos.

El sexto y último artículo titulado “Prisión preventiva en la Ciudad de México como medio para obtener justicia”, corresponde a la autoría del Doctor Javier Diez García y la Especialista Margarita Jezabel Márquez Torres. En su artículo tocan un tema importante sobre la prisión preventiva en donde contextualizan la entrada a vigor del sistema procesal penal acusatorio y oral en el año 2016; el objetivo de los autores es explicar si el fenómeno del aumento de la prisión preventiva es a causa de que la ciudadanía perciba a la justicia como venganza.

En entregas anteriores se ha puntualizado que la cooperación interinstitucional es una herramienta indispensable para conocer realidades distintas a la nuestra y, por tanto, generar consciencia sobre temáticas que desconocemos o ignoramos. Estamos seguros en que la cooperación interinstitucional fortalece el conocimiento y genera a la vez uno nuevo, lo cual ayuda a que los lectores tengan distintos puntos de vista que ayuden a ampliar sus ideas.

En conclusión, este número especial de la Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM es especial porque le ofrece al lector distintas visiones de la ciencia jurídica y nos permite conocer cuestiones apremiantes que definirán el panorama nacional en el porvenir.

Esto solo ha sido posible gracias al trabajo de: autores, dictaminadores, editores, informáticos, traductores y demás miembros del equipo que hacen posible esta revista.

De parte del equipo de la Revista del Programa del Posgrado en Derecho de la UNAM deseamos que este número sea interesante para nuestros lectores y que su contenido permita crear conciencia y ayude a generar conocimiento.

Abril Uscanga Barradas

ORCID: <<https://orcid.org/0000-0001-5650-4740>>

Directora de la Revista del Posgrado en Derecho
Universidad Nacional Autónoma de México

ARTÍCULOS

LA NO RENOVACIÓN DE LA CLASE GOBERNANTE Y LA CIFRA DORADA. UNA VISIÓN CRIMINOLÓGICA DE LA IMPUNIDAD EN MÉXICO

THE NON-RENEWAL OF THE RULING CLASS AND THE GOLDEN NUMBER. A CRIMINOLOGICAL VISION OF IMPUNITY IN MEXICO

JOSÉ ANTONIO ALVAREZ LEÓN¹

FRIDA ESTEFANÍA GARCÍA ASTUDILLO²

RESUMEN: En México la impunidad inició su génesis con la formación del sistema presidencial del siglo XX. Las estructuras de gobierno enraizaron el poder vertical del presidente haciéndolo omnipotente, beneficiando a sus colaboradores y subalternos, cubriendo unos a otros, en el marco justificatorio de la “No reelección”. Dicho poder generó la impunidad de amigos y familiares, motivo por lo cual, se decidió que la alternancia democrática entre grupos cercanos al mandatario y a su partido les permitirían preservar privilegios e impunidad; hechos que dieron forma a cacicazgos regionales y locales. Entrado el siglo XXI, la no reelección se cambió por la reelección, lo que generó la perpetuación de grupos en el poder, hecho que se ocultó en la justificación de la profesionalización en algunos cargos de elección popular. Estas prácticas de poder antes y ahora impiden la verdadera renovación democrática, pues son el nicho donde se ocultan y operan las

¹ Profesor de Carrera Adscrito al Programa de Posgrado en Derecho y Política Criminal, Fes Acatlán UNAM. Miembro del SNI. Contacto: <drjaleon@gmail.com>, ORCID: <<https://orcid.org/0000-0003-4286-1960>>.

² Estudiante de la Especialidad de Género y Derecho; del Programa Único de Especialidades en Derecho, UNAM. Contacto <friditaest@gmail.com>, ORCID: <<https://orcid.org/0000-0001-6682-7252>>.

Fecha de recepción: 11 de agosto de 2021; fecha de aprobación: 21 de enero de 2022.

mafias que se valen del dinero público, el tráfico de influencia y el uso faccioso de las instituciones con fines personales, dejando claro que la criminalidad dorada es real y sus prácticas desde las altas esferas del gobierno con nexos a su exterior, fortalece sectores criminales que se escapan, diluyen y burlan de la justicia, le democracia y bienestar colectivo.

PALABRAS CLAVE: *Criminalidad Dorada, Delitos económicos, Impunidad, Corrupción, Clase gobernante, Renovación de clase. Sistema anticorrupción.*

ABSTRACT: In Mexico, impunity began its genesis with the formation of the 20th century presidential system. The government structures rooted the vertical power of the president, making him omnipotent, benefiting his collaborators and subordinates, covering each other, in the justifying framework of the non-reelection. This power generated impunity for friends and family, which is why it was decided that the democratic alternation between groups close to the president and his party would allow them to preserve privileges and impunity; events that shaped regional and local chiefdoms.

In the 21st century, non-reelection was changed to reelection, which generated the perpetuation of groups in power, a fact that was hidden in the justification of the professionalization in some positions popularly elected. These practices of power before and now prevent true democratic renewal because they are the niche where the mafias that use public money, influence trafficking and the factious use of institutions for personal purposes hide and operate, making it clear that criminality Dorada is real and its practices from the highest levels of government with ties to the outside, strengthen criminal sectors that escape, dilute and mock justice, democracy and collective well-being.

KEYWORDS: *Golden Crime, Economic Crimes, Impunity, Corruption, Ruling Class, Class Renewal. Anti-corruption system.*

SUMARIO: I. Introducción; II. Génesis de la impunidad sistémica y la no renovación de la clase gobernante; III. Caracterización de la criminalidad dorada; IV. Clase gobernante y criminalidad dorada en México; V. Epílogo; VI. Fuentes de consulta.

I. INTRODUCCIÓN

El objetivo del presente escrito es describir y explicar desde dos argumentos teóricos distintos en sustancia y contenido, la impunidad y el poder político que forman dos de las variables más fuertes para el soporte de un sistema político jurídico permeado por la corrupción, que impiden de manera directa la consolidación de un verdadero sistema anticorrupción y democrático.

La primera teoría es de corte criminológico llamada “la cifra dorada”, pues en ella se reconoce el fenómeno del enquistamiento de delinquentes de alto calaje en los sistemas de gobierno y la forma en la que inciden en la construcción de un andamiaje legal que los mantiene a salvo de la justicia y los posiciona con poder ante sus posibles perseguidores; por otra parte, se encuentran los fundamentos que explican la no renovación de la clase gobernante, entendida desde el contexto histórico (pasado-presente) ilustrando cómo las herramientas electorales y la estructura del poder político en México, en lugar de ser un reflejo del ascenso y descenso de los elegidos a los puestos de elección popular por la vía de la democracia directa, obteniendo como premio el voto libre por su desempeño o el castigo, retirándoles la confianza del electorado por los ejercicios del mal gobierno. Los ungidos con el voto, una vez en el poder, impiden la renovación de la clase gobernante, creando trampas y cacicazgos para bloquear a otras fuerzas en la búsqueda o arrobo al poder.

Entender los fundamentos histórico-políticos en la conformación del México actual permitirán comprender desde la visión criminológica la impunidad como fuerza legal y extralegal para alcanzar un cambio sistémico y un modelo anticorrupción. Se trata pues de una aplicación ensayística de ambas teorías con argumentos diferentes en un lugar común, la impunidad y el abuso de poder.

México es un sistema creado con base en acuerdos políticos donde la ley ha subsumido al poder y la impunidad, por tanto, desde ahí, nos preguntamos en este ensayo ¿cuáles son los caminos para que la ley sea el imperio del cambio? ¿Las alternancias democráticas han funcionado antes los cacicazgos? ¿Se podrá combatir al delito político de forma efectiva? ¿Estamos condenados a un borrón y cuenta nueva olvidando los agravios y los delitos cometidos? ¿La clase gobernante es en realidad parte de la criminalidad dorada como se plantea hipotéticamente este escrito?

Es importante advertir en esta introducción que no es la intención de los autores inquirir en actores políticos mexicanos de forma particular, pero sí será necesario bajo argumentaciones históricas y como ejemplos ilustrativos de esta clase gobernante exponer situaciones, hechos, grupos y personas que desde el conocimiento de dominio público representan algunos casos de impunidad mexicana que perfectamente encajan en la no renovación de clase gobernante en México y su pertenencia a la criminalidad dorada.

En este ensayo se buscará evidenciar los procesos del andar criminal al amparo del poder público, sus consecuencias en la ley mexicana, sus instituciones y por supuesto también, de expresar la posibilidad de éxito de acuerdo con el nuevo andamiaje legal para combatir la corrupción y la impunidad en nuestro país.

I. GÉNESIS DE LA IMPUNIDAD SISTÉMICA Y LA NO RENOVACIÓN DE LA CLASE GOBERNANTE

Los gobiernos posrevolucionarios en México, particularmente los de extracción civil (iniciados con el cachorro de la revolución Miguel Alemán), impusieron un sello característico permanente a cada administración subsiguiente al frente del poder público, como recordatorio del triunfo esencial de la democracia en México y en particular, de la imposible repetición de eventos tiránicos que en el pasado nos habían conducido a la dictadura porfiriana.

En el nuevo presente, en la nueva nación, se partió de la evolución del estado mexicano por la vía de las votaciones libres, lo que sería el medio para renovar los gobiernos por la voluntad popular, tal como enuncia el lema de origen maderista, que se convertiría en estigma perenne para justificar la nueva vida nacional.

Sin embargo, la realidad oculta fue otra. En 1929 el surgimiento del Partido Nacional Revolucionario (hoy PRI), sería el matiz de la democracia. En realidad, el origen del nuevo estado mexicano jamás pretendió dejar el abuso del poder sino más bien modificar su forma, misma que prevaleció durante todo el siglo XIX, pero bajo un nuevo sistema político que pudiese cambiar la vida pública arrojando algunas fuerzas políticas que no se extinguieron durante la revolución pero que se adaptarían a las visiones democráticas del siglo XX.³ La vía fue la permanencia del partido de Estado en el poder sin ser señalado de autoritario, por tanto, el sello “SUFRAGIO EFECTIVO NO REELECCIÓN”, se volvió también el recordatorio en cada documento público expedido por el gobierno de la bondadosa democracia aun siendo simulada, “Para los políticos

³ ... En México, a medida que la burguesía se fue fortaleciendo y mezclándose algunos de sus miembros con los hombres de los gobiernos revolucionarios, comenzó a fluir en la dirección de los negocios públicos, aminorando en ocasiones y a veces neutralizando la acción revolucionaria...” *Apud*, Del Palacio, Díaz, Alejandro, *Agonía y muerte de la Revolución Mexicana*, México, UAM-Esquemas, 1991, p 13.

la corrupción fue en tiempos de paz lo que para los generales en la Revolución, fueron las armas y los ejércitos; un escenario propio para saquear al erario, explotar las riquezas del país y desgovernar con criterio de mal pastor: “el que venga atrás de mí, arre”.⁴

El nuevo sistema político nacido con la constitución del 1917 permitió que México cambiara. El país creció en los siguientes 50 años lo que no había crecido en siglos con o sin coyunturas internacionales, en mucho, se debió a la estabilidad que logró el sistema político en México con la cohesión de fuerzas políticas bajo el lema “Sufragio Efectivo,” lo que permitió la alternancia del poder a las distintas fuerzas políticas (arropadas en sectores de un solo partido), sin olvidar que esa unión de fuerzas permitía la simulación de las elecciones ya que no existía oposición real, pero permitía como ya se dijo, el cambio de grupos en el poder.

El sistema político mexicano fue construido teniendo como base y vértice el presidencialismo, donde su titular (ejecutivo federal) no sólo dominaba la administración pública centralizada sino la descentralizada, desconcentrada, designaba a ministros de la Suprema Corte; como jefe de partido, daba su beneplácito a los candidatos a gubernaturas, diputaciones y senadurías; amen, concentraba bajo su poder todo el poder punitivo del Estado siendo Comandante Supremo de las fuerzas armadas, titular de la Procuraduría General de República, donde tenía el monopolio de la acción penal y a su subordinación a los ministerios públicos y a todas las policías civiles.

El control político del país estaba bajo la titularidad de la Secretaría de Gobernación, misma que controlaba la policía política. Todos estos datos develan como el poder organizado en el sistema político mexicano tenía una huella única en las prácticas de gobierno, la política y la justicia en México, que fueron, la verticalidad, la disciplina en la obediencia, la complicidad y la impunidad en la toma de decisiones.

Dicho sistema se encontraba blindado por leyes que desde el ám-

⁴ González Llaca, Edmundo, *Corrupción. Patología Colectiva*, México, INAP, 2005, p. 28.

bito constitucional reafirmaban esa impunidad y control antidemocrático. La constitución mexicana en su apartado de responsabilidad a servidores públicos dejaba intocable al presidente en turno y a su salida del poder.⁵ La justicia los protegía (expresidentes) por los actos cometidos en su gobierno y jurídicamente respecto de actos civiles en su gestión.

Los ministros, se volvían de facto sus subalternos presidenciales. La protección del presidente se extendía a sus familiares, de tal suerte que el halo de la impunidad se volvía inédito y omnipotente, hecho que se replicaba con los gobernadores, sus familiares y subalternos.

Hablando de otros servidores públicos, los legisladores gozaban de fuero constitucional, pero además bastaba la sombra de su protector, padrino o superior jerárquico en la vida pública para ser intocables. México se construyó al amparo del influyentísimo y el poder, a eso se sumó que, no fue hasta después de 1988 que el ejercicio de la democracia electoral siempre era calificada por los aparatos dominados por el ejecutivo federal, que favorecía obviamente, al candidato de su partido. Como consecuencia lógica-histórica, el estado mexicano se volvió clasista y corrupto, pues los efectos de dominación de los gobernantes en cierto momento histórico se abrazaron de algunos factores reales de poder que fuera de las estructuras políticas burocráticas, generaron vínculos, contubernios y complicidades.⁶

⁵ La Constitución y las nuevas leyes que de ella emanaron, no se aplicaron inmediatamente. En muchas ocasiones había vacíos en el marco jurídico y en otras el espíritu del legislador había sido demasiado puntilloso y era imposible aplicarlas. *Apud, Ibid*, p. 28.

⁶ Nos parece que éste es el punto en el que se cifra el secreto profundo del sistema político mexicano: en primer lugar, este sistema aparece como una alianza institucionalizada de grupos sociales organizados como poderes de hecho; en segundo lugar, el presidente ha sido promovido constitucionalmente con poderes extraordinarios y permanentes; en tercer lugar, el presidente aparece como árbitro supremo a cuya representatividad todos los grupos someten sus diferencias y por cuyo conducto legitiman sus intereses; en cuarto, se mantiene y se estimula en las masas el culto, no sólo a la personalidad del presidente, sino al poder presidencial; en quinto lugar, se utilizan

Los cambios democráticos que paulatinamente vinieron después de algunos momentos coyunturales en el país fueron modificando el rostro de la vida pública a través de la democratización, los derechos humanos y la necesidad de cambiar las estructuras del presidencialismo autoritario y vertical, ejemplo de esto fue el surgimiento de Instituto Federal Electoral, la Comisión de Derechos Humanos, la aparición de otros organismos con autonomía constitucional y por supuesto con reformas constitucionales en los temas de procuración de justicia y en la estructura de la Suprema Corte (todo de 1988 a 1998).

Para finales de los 90's y con el proceso de apertura global, los cambios en la estructura del estado social y democrático se aceleraron, la vista se centró en los temas de seguridad, justicia y democracia, particularmente acentuados con la llegada del panismo al gobierno en el año 2000. Lamentablemente (y sin hacer recuento a detalle) podemos decir que los cambios en materia de seguridad pública, procuración de justicia, reforma judicial, y todas las demás referidas a las reformas estructurales en materia económica (impulsadas por Salinas y Zedillo) y política, no pudieron erradicar los vicios que acompañan la impunidad en México.

Durante dos sexenios los azules toleraron el tráfico de influencias y se beneficiaron de prácticas ilegales. (...) Lo terrible, en cualquier caso, es que “el partido de las buenas conciencias” no resistió la prueba del poder, preservó los viejos usos y permitió a sus apoderados más “intrépidos”, quienes hoy viven y despachan como nuevos ricos (sic).⁷

Así entonces, el viejo régimen y los nuevos gobiernos del siglo XXI con los cambios democráticos en la conducción del país siempre han tenido en la mira de la clase gobernante que, la impunidad

formas tradicionales de relación personal, el compadrazgo, y el servilismo, como formas de dependencia y control del personal político puesto al servicio del presidente y de la administración que encabeza. *Apud*, Córdoba, Arnaldo, *La formación del Poder Político en México*, 28ª ed., México, Ediciones Era, 2008, p. 57.

⁷ Zárata, Alfonso, *Un gobierno fallido. Peña Nieto y la sucesión presidencial del 2018*, México, Temas de Hoy, 2018, p. 38.

y la corrupción son los flagelos para combatir. Pero de forma paradójica aquellos terminaron formando parte de ese flagelo como lo decía el lema de gobierno de Miguel de la Madrid, expresidente de México al inicio de los 80's "la renovación moral" ante la corrupción "que somos todos". Los resultados en los primeros 18 años del nuevo milenio terminaron siendo nulos, porque el presidencialismo enraizó como si fuera un fenómeno natural la crisis de gestión administrativa con la impunidad, es decir, no como consecuencia por antonomasia, orden-desorden, ley-delito, sino como una práctica anómica⁸ natural en el sistema de vida y de gobierno en México.

El sistema de poder vertical creado por los priistas trajo consigo también de forma horizontal la consolidación de cacicazgos locales (en Estados y municipios), fortaleciendo estructuras familiares y de grupos que facilitaron la trasmisión continua del poder aún con proceso electorales, por ejemplo: el grupo Atlacomulco en el Estado de México, los Aguirre en Guerrero, los Lugo en Hidalgo y los Bours en Sonora. Estos sistemas de poder regional no fueron debilitados con el panismo, al contrario, los fortalecieron en regiones cuya ideología conservadora y partidista los legitimaba y los hacía impenetrables como feudos, por ejemplo: Guanajuato, Jalisco, Aguascalientes y otros estados del bajío mexicano.

Ante las crisis de poder con el salinato, los priistas y panistas impulsaron reformas legales que permitieron no sólo continuar controlando la elección de candidatos en puestos populares sino crear leyes para formar partidos políticos con la intención de fragmentar el voto, el aumento de curules en el Congreso, la generación de disidencias y por supuesto el brinco (chapulineo) de servidores públicos de un puesto a otro permaneciendo en el poder por décadas, lo que

⁸ "Anomia es, en fin, "aquella crisis de la estructura cultural que se verifica especialmente cuando existe una fuerte discrepancia entre normas y fines culturales, por una parte, y las posibilidades estructuradas socialmente de actuar en conformidad a aquéllos, por la otra" (sic), Baratta, Alessandro, *Criminología Crítica y Crítica al Derecho Penal*, 8va ed., México, Siglo XXI, 2005, p. 61.

sin duda significó que la combinación del poder vertical del sistema, los controles en los puestos de elección, y la concentración del poder económico en las entidades federadas, facilitarían campar los embates de otras fuerzas democráticas.

Todo esto sucedió evidentemente, con el uso de una herramienta clave, la no renovación de la clase gobernante, pues las nominaciones dentro del partido de Estado decidieron simular el cambio de actores y la inyección de sangre nueva a los gobiernos permitiendo que los cargos se entregaran de padres a hijos, nietos y parientes cercanos. Mientras que los más viejos brincaban de un puesto a otro, ya fuese de elección popular o por designación en la administración en el ámbito federal, estatal o municipal.⁹

...las minorías gobernantes generalmente están constituidas de manera que los individuos, que las forman, se distinguen de la masa de los gobernados por ciertas cualidades, que les dan superioridad material, intelectual y hasta moral; son también herederos de individuos que poseyeron tales cualidades.¹⁰

Las prácticas de colocación de parientes y amigos se fueron replicando en los partidos cooptados por el sistema al adquirir o negociar el poder de tal suerte que, incluso, se simulaban candidaturas para entregarlas a personajes indeseables que no podrían por sí, ganar una elección (por sus vínculos, su pasado político etc.), pero

⁹ Por ejemplo, el Estado de México ha sido gobernado por tres generaciones abuelo, padre e hijo en la familia Del Mazo, para alternar con un sobrino y un tío (Montiel, Peña Nieto); siendo Alfredo del Mazo Junior Presidente Municipal en Huixquilucan para luego ser gobernador, sin olvidar que también ocupó cargos en la administración pública mexicana. Enrique Peña, fue legislador local, gobernador y presidente la república; podemos pensar en Coahuila la familia Moreira. Otros casos por ejemplo Manlio Fabio Beltrones, que fue Diputado Federal, Senador, Gobernador y presidente del PRI, una vez retirado su hija se presentó como legisladora por el mismo partido (información de dominio público).

¹⁰ *Apud*, Mosca, Gaetano, *La clase Política*. s/l, s/a Fuente electrónica: Academia. *Accelerating the world's* consultado en: <file:///C:/Users/drjal/Desktop/Laclasepolitica-with-cover-page-v2.pdf> [04-julio-2021]

tenían que estar en esos puestos como operadores políticos o por pago de favores (el caso de las Juanitas, donde una mujer candidata al obtener el cargo renunciaba por un hombre).

Estas dinámicas crearon un sistema de clases, castas y operadores políticos que dentro y fuera del gobierno transformaron la vida pública en negocio. Los cambios legales que sufrió el país en los primeros 20 años del siglo XXI, dieron señales de nuevas condiciones para gobernar, pero lamentablemente esas condiciones estaban viciadas de origen, demostrando una vez más el brillo de la impunidad sistémica, por ejemplo: la reforma constitucional al sistema de justicia penal, que demoró el nombramiento de un fiscal general casi 10 años, para que después, al hacerlo, se le considerara por la oposición política manchado de origen, siendo llamado el fiscal carnal o a modo, para el presidente en turno.

Sin embargo, académicos como Edgardo Buscaglia, aseveran que el primer fiscal general en México, más que carnal, es tras sexenal, pero en su efecto inverso, viene del pasado para fiscalizar el presente, es decir, formó parte del poder vertical corrupto en administraciones panistas y priistas, mismas que empañan su credibilidad (referido a sus cargos) pues básicamente son esas administraciones las que tendrían que ser investigadas, al igual que sus exjefes y colegas.

Los nuevos gobiernos tecnócratas crearon herramientas que facilitaron ya no la trasmisión del poder entre amigos y familiares, ahora se buscó la prolongación en el cargo (especulemos, que hubiese pasado si el partido en turno antes de la elección no hubiese perdido masivamente las elecciones o si las hubiese perdido de forma parcial, seguramente y de forma facciosa esa fuerza sería un real contra peso para cubrir al estilo de la vieja guardia, los actos de corrupción) desvirtuando así, la utilidad democrática de la figuras jurídicas, siendo una de ellas, la reelección, que en los tiempos modernos significaría en sentido útil, la profesionalización de los

legisladores o presidentes municipales.¹¹

Las formas evolucionaron, pero las prácticas de las minorías no. Se volvieron más eficaces en la búsqueda de su permanencia; su coalición con los poderes fácticos como el narcotráfico debilita y expone brutalmente la justicia. La criminalidad renueva viejas definiciones de impunidad consolidando cada vez más el fracaso del Estado al no poder hacer efectivo un sistema de combate al crimen. Los actores del gobierno corrupto sirven también al crimen fuera de él; el fracaso, es no poder crear un sistema anticorrupción eficaz en la práctica, los discursos y las buenas intenciones; diría Buscaglia, está claro, cuando el fiscal general no puede crear maxi procesos que culminen con sentencias condenatorias, “el enemigo está dentro”.

II. CARACTERIZACIÓN DE LA CRIMINALIDAD DORADA

Dentro de los procesos de definición del delincuente por su “acto”, básicamente existen dos parámetros para identificarlos y definirlos; el primer parámetro, es desde la criminología; el segundo, el control del derecho penal. En la criminología científica y radical, un delincuente es identificado por la forma que opera, por las condiciones en las que se desarrolla en su vida criminal; la medición cuantitativa de la criminalidad nos permite tener claridad objetiva de cuantas veces un delincuente actúa, dónde y cómo. Esto, desde la política criminal general la clasificación del delito en convencional, no convencional o de bagatela; desde el derecho penal permite definir el tipo penal y la prevención.

Bajo estos criterios, el saber criminológico y el poder de definición que da la política criminal, reconocen tendencias, para clasificar formas delictivas en acuerdo a los intereses que se quieran proteger. Esto

¹¹ El artículo 59 de la Constitución General de la República autoriza la reelección de diputados por 4 periodos consecutivos y 2 años a los senadores, es decir, 12 años en el poder. Se trata de un encumbramiento tras sexenal (reforma del 10 de febrero de 2014). Esa reforma también incluyó los artículos 114 y 116 del mismo ordenamiento permitiendo que presidentes municipales, síndicos y regidores tengan reelección.

implica que se puedan tener categorías penales que no pasen por mediciones objetivas o cuantitativas, es decir, sabemos que hay sujetos que actúan violando la ley y dañando a otros, pero los mecanismos jurídicos, su posición en la sociedad y las características de estos sujetos en su forma personal, solo nos permiten ver la consecuencia de sus actos y en muchos casos, aunque es notorio lo que hicieron, difícilmente se puede probar, por tanto, se considera no medible.

Como se observa en la explicación precedente podemos hablar de una forma relativa de criminalidad, pero no por eso menos dañina. De hecho, hablamos de los fantasmas de la criminalidad (por su complejidad para medir), donde en este caso se encuentran los criminales de cuello blanco y sus subdivisiones como lo son: la criminalidad azul y la criminalidad dorada, todas ellas en la realización esencialmente de delitos económicos.

La criminalidad dorada o también conocida como la cifra dorada, refiere a los “delincuentes que tiene el poder político y que lo ejercen impunemente, lesionando a los ciudadanos y a la colectividad en beneficio de su oligarquía o que disponen de un poderío económico que se desarrolla en detrimento de la sociedad”,¹² los criminales de cifra dorada comparten características con los de cuello blanco, pero tienen sus propias peculiaridades.

Coincidencias: cuello blanco y cifra dorada: El botín esencialmente es económico, son personas conocedoras e influyentes en su medio; sus víctimas suelen ser colectivas, usan las leyes y el poder para no ser presos. Los mecanismos de control penal son tan dispersos que, en casos de ser imputados se aíslan del campo criminal que los caracteriza para verse como delincuentes ocasionales respecto de delitos no graves (auto sacrificio).

Diferencias: La criminalidad dorada: refiere más al estatus del poder político y no empresarial o financiero; usa la ley porque pue-

¹² *Apud*, Aniyar de Castro, “Criminología de la Reacción Social”, Cap. IV; quien refiere a: Midenndorff, Citado por Sánchez Sandoval Augusto y otro, en *Criminología Antología, Los tres fantasmas de la criminología*, México, UNAM, 2003, p. 46.

de crearla para favorecerse; el gobierno y las empresas públicas son su medio de gestión; tiene el poder vertical de usar a la clase burocrática para desviar el alcance de la ley; también pueden moverse en el fisco y en campos financieros, pero respecto del erario.

Como se puede observar, la criminalidad dorada, hace del servicio público una posible forma de vida criminal a través de la impunidad, entendiendo por ésta, la ausencia de castigo. Los mecanismos que conducen a la falta de castigo a través de la elite burocrática pueden presentar básicamente 5 formas que son: la ineptitud en el servicio (referido al servicio público); la actitud mafiosa; la impunidad de clase; el cerco legal; la dispersión del delito.

La ineptitud en el servicio público, refiere al uso de todos los artificios para no cumplir la ley y obligar por desanimo, frustración o hartazgo al ciudadano a entenderse con burócratas menores a través de dádivas que a su vez, son cuotas económicas que el burócrata de baja estopa debe dar a su superior para conservar el empleo o simplemente para enriquecerlo, pues en su posición de poder exige, sin que él sea visible y pueda ser castigado, de hecho, en caso de develarse el delito, él mismo pone al operador inferior (sacrifica), para que sea visto como un vulgar ladrón.

La impunidad mafiosa surge de los alcances extralegales que tiene el funcionario de nivel medio superior para intimidar al que se oponga a las resoluciones o negocios de sus jefes. Generalmente, aquí encontramos al burócrata que desde su posición cercana al alto poder, opera usando la ley o las fuerzas del Estado para reprimir, intimidar, bloquear o incriminar por el sólo hecho de extorsionar a quién exija el cumplimiento de un derecho o un servicio que no se da o se cobra para poder ser cumplido. Generalmente estos servidores públicos tienen tentáculos de operación mafiosa con particulares a su servicio, a cambio de toleramiento de negocios y dádivas.

La impunidad de clase es tal vez la más representativa de la criminalidad dorada, pues en ella inicia el encubrimiento de la clase gobernante, donde se gesta una oligarquía minoritaria que concentra no sólo el

poder de operación de burócratas medios y menores, si no, la capacidad de decidir el sentido y fondo de las leyes; en ellos está virtud de la organización y trasmisión del poder. Estos tienen la capacidad de decidir cómo se usan los dineros públicos y de decidir que se investiga, qué se filtra a través de la justicia; son sin duda, la clase alta llamada por Marx, la burguesía burocrática, son quienes están coludidos con los dueños de los medios de producción y en algunos lugares, con poderes fácticos negativos (como el narcotráfico). Por tanto, son la casta gobernante.

El cerco legal, en realidad no es impunidad *per se*, sino un mecanismo para generarla. Nos referimos al uso de la ley. La clase gobernante o parte de ella usa su poder para que los legisladores puedan crear leyes que contengan una doble función, la declarada y la no manifiesta (lo que no se dice en la ley pero deja abierta la posibilidad de interpretarse en la búsqueda de otros fines) esto facilita operar con facultades discrecionales y alcanzar objetivos sociales con beneficios de particulares (para ellos); se trata de crear leyes de papel, normas sin sentido real para el desarrollo del país o para crear organismos legales que reproduzcan los intereses de oligarquía; crean tipos penales en blanco, tipos penales autónomos o de pura definición político ideológico, tipos sin pena, penas sin relevancia procesal; bienes tutelados sin respaldo o protección, etcétera, nos referimos a todo aquello que la ley pueda dispersar para evitar que la justicia llegue a los poderosos.

La impunidad por dispersión legal es consecuencia de la norma de papel y el cerco legal. Esto refiere a lo que técnicamente hace que la criminalidad dorada, de cuello blanco o de cuello azul sea vea como relativa, pero en realidad, es lo que le da sentido, nos referimos al rompimiento de la objetividad tangible y justiciable; se trata como ya se dijo, de crear muchos tipos penales y distribuirlos en diferentes cuerpos legales cómo: tipos penales especiales, leyes especiales o códigos sustantivos de derecho penal, con penas tan variadas y en su mayoría no graves que, en caso de que los criminales sean imputados, por ser parte de la élite o al encarcelar a sus

operadores, el castigo no se dé, y si se da, se desacredite con facilidad; los tipos penales difícilmente se encuadran o se relacionan con responsabilidades administrativas para crear categorías de identificación convencional, es decir, si se comete un delito por un servidor público que sirva a la oligarquía mafiosa, quedará impune.

El desarrollo económico no sólo es asunto de números y capitales, sino también de valores y percepciones. La manera como los individuos ven las normas estatales y el poder público tienen consecuencias no sólo -judiciales y criminales, sino también económicas. La corrupción y el soborno, por ejemplo, se sustentan en buena parte en la percepción compartida de que las instituciones y las leyes pueden ser engañadas.¹³

Las formas de la impunidad son sustancia de la criminalidad dorada y por supuesto, de los discursos de política criminal en sistemas cerrados-verticales (viejo presidencialismo mexicano) o abiertos pero ineficaces (nuevo presidencialismo a partir de las reformas del Estado). Cuando un sistema político hace prevalecer expresiones de poder en la justicia penal de forma notoria (operación criminal desde las cárceles, imposibilidad de enjuiciar a poderosos funcionarios y exfuncionarios, los jueces se doblegan a los poderes fácticos y las leyes responden a delitos asilados cuando se trata del tráfico de poder o el desfalco del erario), estamos en presencia de un derecho penal fragmentado.

La fragmentación del derecho penal significa, que el Estado actúa más veces con justicia selectiva (en caso del chivo expiatorio) para despresurizar la opinión pública; procede con justicia extra legal (se desaparecen responsables, expedientes, pruebas y se auto exilian grandes capos de la cifra dorada para no ser enjuiciados, se negocia la justicia “soplón colaborador”, y se demerita, etc.), se usa la percepción colectiva para validar con discursos las luchas

¹³ *Apud*, García Villegas, *La cultura del Incumplimiento de reglas*, Bogotá, Siglo de Hombre Editores, 2009, p. 23.

contra la impunidad al grado de crear expresiones socio culturales de tolerancia a este fenómeno: por ejemplo, veamos las expresiones populares: “báñate pero salpica”, “robaban pero dejaban robar”, “ya se metieron uno al bote las aguas bajan”, “esos son intocables”, “la justicia no se hizo para los pobres”.

La criminalidad dorada recobra relevancia cuando sus motores para la impunidad se diluyen en el concepto corrupción. La delincuencia dorada apela a jugar con la ética. Los respaldos de los poderosos corruptos e impunes están basados en la purificación que les dan sus propias cualidades, pues al igual que los criminales de cuello blanco, gozan de reputación, visten bien, son adinerados; son la nueva generación de intelectuales o al menos, de estudiados en escuelas de renombre, por supuesto, que se codean en las élites y hacen ver con sus opiniones que, el que actúe contra ellos, lo hace por ser a sistémico es decir, antidemocrático, vulgar, ignorante y desproporcionado.

La criminalidad dorada recluta peones al igual que cualquier criminal organizado, pero al hacerlo los mantiene invisibles en un mar burocrático donde la mayoría de veces, ni los mismos operadores saben que sirven con su trabajo a un gran estrategia y de saberlo, deben de gozar de una gran virtud, “saber callar” e incluso, “pagar por otros, por sus jefes”, hecho que les significara un precio incrementado en sus servicios y disciplina; ser el expiatorio, es ser paciente a la libertad y la fortuna para él y sus familiares.

Impunidad es entonces corrupción. Éste binomio simboliza un crimen tan disperso en miles de formas que su éxito está asegurado, pues no únicamente no se puede cuantificar en concreto o caracterizar junto con todos los que de esto participan (porque se les aísla como ya se dijo, en delincuentes convencionales en otras categorías), sino que el daño que producen puede ser tan estrepitosamente lacerante y en la mayoría de los casos, jamás se repara, hecho que demuestra porque se le quiere relativizar, Bauman diría que se trata de la “socialización de las pérdidas y la privatización de las ganan-

cias” pero aplicado a una arte del modelo económico que encumbra a la burócratas corruptos.

Si se observan las cifras delictivas, menos del 7% refiere a los delitos económicos graves y ese porcentaje refiere a las mafias que no encajan en la delincuencia dorada. Nos referimos a que el dinero que se desfalca del erario es tanto que, si se puede saber cuánto pero no se puede acreditar a esta delincuencia con sentencia en mano. Impunidad y corrupción puede significar cualquier mecanización, para estafar o cometer delitos, por tanto, la condición manifiesta en la criminalidad dorada está dada por una ausencia de ética cuya gravedad a diferencia de todos los demás criminales (pues cometerlos otros delitos también es inmoral) es que, estos sujetos construyen el “acto criminal” en plena conciencia de la moral imperante y del daño que causa al grado que, su satisfacción moral es tan cínica que se considera ejemplo vida y ley, al grado de ser llamados “líderes” lo que les da un escudo adicional a la hora de la persecución legal.

III. CLASE GOBERNANTE Y CRIMINALIDAD DORADA EN MÉXICO

Con los elementos esgrimidos en los dos puntos anteriores de este ensayo, podremos develar, la aparición y permanencia de la criminalidad dorada en México. Es preciso resaltar que no se trata de una burda aplicación teórica para calificar a la clase gobernante, se trata de una verdadera radiografía suigéneris (pues el sistema político cambió de su diseño puro para ~~añ~~ darle un tinte especial al presidencialismo mexicano y su constitución inédita. De ahí que dicha conformación haga de una criminalidad enquistada en el poder algo también muy peculiar a diferencia de otros sistemas) donde la clase en el poder se ha convertido en una elite impune, corrupta y por tanto criminal.

No se trata de hablar de ciertos delitos, sino de poner en perspectiva desde algunos ángulos cómo es que esta mafia opera desde la génesis del sistema político moderno hasta nuestros días (segunda década del siglo XXI), enfrentándose al propio sistema que ha

cambiado a manos de una nueva clase en el poder y que hasta hoy muestra las mismas prácticas (a su tiempo se evidenciará si el nuevo gobierno podrá cambiar las dinámicas de la impunidad o terminará siendo presa de la cooptación en la lucha por la cambió) con los artificios tejidos décadas antes; estos elementos, nos evidenciarán cómo la impunidad se encuadra perfectamente a las descripciones teóricas que anteceden y que exponen el andar criminal de nuestras elites creando los obstáculos para armar un sistema anticorrupción efectivo y elaborar discursos preventivos basados en nuevos códigos éticos y de participación ciudadana.

Primer espacio de reflexión. I. La impunidad en el servicio (público). Como ya se explicó, se trata de cómo funcionan las dependencias gubernamentales y cómo los servidores públicos se mueven para ser parte de esta criminalidad. En esta categoría se percibe que los burócratas actúan por cuenta propia sin embargo, al ser tan generalizada la corrupción, se evidencia complicidad con sus jefes, que lo saben y toleran; de hecho, los jefes reciben cuotas fijas al amparo de su poder y beneplácito manteniendo un estatus de corrupción, no sólo para recibir dinero sino porque parte de esas actividades son negocios de los superiores, ejemplo: sólo por significar un par de situaciones muy comunes en México: las mafias que ordenan el transporte público; las cuotas a los oficiales de tránsito; la tramitología excesiva y confusa para recibir un pensión; los servicios periciales; toleramiento de uso de suelo, etcétera.

Véase, dijimos que la cifra dorada al igual que la criminalidad de cuello blanco o la de cuello azul, se consideran de señalamiento subjetivo por su grado de dispersión (gran cantidad de actividades sin precisar en controles cuantitativos específicos) pero que es real, al estar ahí, al lesionar “algo” en este caso, el erario y generar extorsión que se paga en el día a día, haciendo impunes a los operadores y a los mandos superiores beneficiados, explotando a sus subalternos; datos que se corroboran con la cifra negra, es decir, con los datos duros creados desde fuera de los controles institucionales y que

generalmente se consideran indicadores de percepción, ejemplo:

“Tercera Encuesta Nacional Sobre la Corrupción y la Impunidad, realizada por la organización civil, Mexicanos Unidos Contra la Impunidad y la Corrupción: (..) El 67.4% de los mexicanos cree que donde se dan más los hechos de corrupción es en gobierno y sector público”¹⁴

Ahora observemos los datos de fuente oficial, medibles al año 2019 y publicados en 2020.

“Encuesta Nacional de Calidad e Impacto Gubernamental INEGI: (...) Población que experimento corrupción por un servidor público: 15,732 por cada 100,000 habitantes. El 59.2% lo percibió por parte de las autoridades de la seguridad pública.”¹⁵

Cifras cómo estás colocan en el plano de la realidad a las mafias burocráticas de forma alarmante, en especial si consideramos que, durante los últimos 8 años está cifras son constantes año con año.

Segunda Categoría: Impunidad Mafiosa: Esta categoría se acredita en México justamente con la operación sistémica para mantener un espacio oligárquico en el poder (como se comentó en punto I de este trabajo). Se trata de forma esencial de ir detectando donde está la hebra que da origen a la oligarquía burocrática y a la creación de espacio en la burocracia media y de primer nivel. En México el mandato de la “No Reección”, se cambió después de un siglo, por la reelección; no para mejorar en capacitación y profesionalización de los legisladores y alcaldes, sino para bloquear accesos dentro de los mismos cuadros surgidos de partidos, impidiendo que las bases operadoras del partidismo trabaje para los ungidos en los cargos, hecho que incluso ya evidencia fracturas por la falta de posibilidades a verdaderos militantes conocidos como los de “sepa” o

¹⁴ Cfr. <https://contralacorrupcion.mx/tercera-encuesta-nacional-sobre-corrupcion-e-impunidad/>,

Publicado por mexicanos contra la corrupción y la impunidad, 2021.

¹⁵ Cfr. www.inegi.org.mx/contenidos/programas/encig/2019/doc/encig2019_principales_resultados.pdf Consultada [8-agosto-2021].

ungidos, que ocupan un cargo por acuerdo de cupulas de tal suerte que al reelegirse, impiden a las nuevas corrientes ascender en la búsqueda de un espacio para ser parte de la clase gobernante.

Existen políticos en cuyas carreras no sólo se definen por haber cubierto todos los puestos posibles por la vía popular, sino que incluso repiten hasta en dos ocasiones cada puesto para después colocar a sus hijos, generando dinastías. Dichas prácticas generan evidentemente riquezas y nichos de poder que los hacen intocables.

El poder Judicial, pese a sus esfuerzos por ir cambiando su imagen y funcionamiento, es un verdadero centro de nepotismo y encubrimientos. Familias completas fueron colocadas por jueces, ministros y magistrados dentro de la nómina judicial; amigos y amantes forman parte de esta práctica, cruzándose los cargos entre jueces a los recomendados, que van de juzgado en juzgado ~~de otro~~ y viceversa, ayudándose en la colocación. Como es evidente, cubrir espaldas mediante el tráfico de poder no es problema en la criminalidad dorada.

Dentro de las rigurosas reglas del Poder Judicial, en épocas recientes se puso en duda la designación de un ministro de la Corte sin carrera Judicial y por sus prácticas políticas cercanas al presidente en turno; hecho que años después lo llevaría a la renuncia por motivos personales y que según vox populi, dicho ministro fue operador encubridor de casos de relevancia para el presidente Enrique Peña.

Otros casos, relevante e ilustrativo fue el del secretario de seguridad pública federal en la era de Felipe Calderón; dicho sujeto hoy procesado por nexos con el narco en México, también se le atribuyen operar en favor del presidente, orquestar bandas de secuestradores y extorsionadores.¹⁶

¹⁶ “Francisco Cruz, es periodista. Su libro más reciente es ‘García Luna, el señor de la muerte’.

Repasar la vida de Genaro García Luna —exsecretario de Seguridad Pública en México y hoy enjuiciado en Estados Unidos por presuntas ligas con el narcotráfico— es entrar a un relato digno de una novela negra o un cuento de terror. Es una historia

Caso que nos hace recordar cuando el jefe de la policía capitalina en época de José López Portillo,¹⁷ era quien lideraba bandas criminales en México. Estos casos son relevantes porque mafiosos delincuentes eran a su vez, guardianes del orden, y al ser detenidos por la justicia se convirtieron en chivos expiatorios y sus jefes quedaron impunes, además de ilustrar al más alto nivel el tráfico de poder.

Más casos podrán existir. Damos cuenta de algunos muy conocidos sólo para mostrar que el crimen está organizado en el gobierno, sobrepasando el orden, la ley y la justicia.

La justicia mexicana, no logra articular maxi procesos, donde se incluyan funcionarios del más alto nivel como presidentes, gene-

de la que se sabe poco, pero que muestra la profunda e interminable descomposición de la política mexicana. (...) García Luna, como policía, caminó en dos planos paralelos: la superstición y la brutalidad. Algunos de sus sobrenombres reflejan su origen: “Chango”, “Tartamudo”, “Güero de Michoacán”, “Metralla”, “Diablo Azul” y “Policía del presidente”. Emergió de un barrio pobre de Ciudad de México, donde trabajaba como informante de policías judiciales, para elevarse como uno de los personajes más poderosos de los gobiernos que encabezó el Partido Acción Nacional: fue secretario de Seguridad Pública en el gobierno del expresidente Felipe Calderón y, antes, jefe de la Agencia Federal de Investigación en la administración de Vicente Fox. Los policías por quienes fue reclutado desde muy pequeño trazarían su destino al apadrinarlo y posteriormente encumbrarlo en posiciones estratégicas de la seguridad nacional, como lo señalo en el libro García Luna, el señor de la muerte. Eso lo llevó a convertirse en el segundo hombre más poderoso del país en el sexenio de Calderón. Bajo su mando se tomaron y ejecutaron decisiones catastróficas para la paz social: la “guerra contra el narcotráfico” en esa administración dejó más de 121,000 homicidios”. *Apud*, Opinión de Francisco Cruz, “Como García Luna pasó de la pobreza a ser el señor de la muerte”, en *The Washintog Post*, octubre 2020. <https://www.washingtonpost.com/es/post-opinion/2020/10/20/garcia-luna-paso-de-la-pobreza-ser-el-senor-de-la-muerte/>
<https://www.washingtonpost.com/es/post-opinion/2020/10/20/garcia-luna-paso-de-la-pobreza-ser-el-senor-de-la-muerte/> Consultado [10-agosto-2021]. Esta opinión al diario citado refiere a la investigación periodística para la creación del libro de la autoría del mismo periodista en: García Luna, *El Señor de la muerte*, Editorial Planeta, 2020.

¹⁷ Cfr. González José, *Lo negro del negro Durazo. Biografía criminal de Durazo. Escrita por su jefe de ayudantes*, México, Posada S.A, 1983.

rales, exlegisladores y gobernadores¹⁸ en sus vínculos con poderes fácticos, pues estos son operadores de una u otra forma de la delincuencia organizada.

Ejemplos como los aquí señalados y los antecedentes históricos del sistema político actual, acreditan que México, sus gobiernos arropan a una criminalidad dorada que cada día es más poderosa y ponen en riesgo la estabilidad del sistema mexicano empobreciendo a la ciudadanía que termina padeciendo la falta de servicios públicos por el desvío de recursos, el enriquecimiento inexplicable y la defraudación constante del fisco.

Categoría Tercera, Impunidad de Clase. Clanes familiares, dominios territoriales, herencias de poder, control de tribus y grupos, son parte de la ya explicada sucesión acordada y la reelección que implica no renovar la clase gobernante. En México, sindicatos, partidos políticos, magistraturas, gubernaturas, son el seno de grupos representativo del abuso de poder. Estos grupos, hoy, son dueños también en los espacios privados de emporios empresariales, grupos financieros de transporte, bancos etc.; son casta y poder; controlan los espacios de la vida pública, como ya se dijo, su poder permite crear la ley para evadirla a modo, y elegir a los operadores como files peones (supra punto II). Su objetivo, delitos económicos, estrategia e impunidad.

Dato significativo: Según el INEGI, con información obtenida en 2020, respecto de la medición del año próximo anterior: “los costos por actos de corrupción se estiman en 12770 millones de pesos, equivalentes a 3822 pesos por persona en 2019”.¹⁹

Estas cifras, no permiten visualizar a los delincuentes, pero sí, los efectos de la impunidad en delitos económicos realizados por las castas gobernantes y sus alfiles, esa es la realidad mafiosa. Cifras que año con año aumentan y que jamás se restituyen a los particu-

¹⁸ Cfr. Buscaglia, Edgardo, *Vicios de poder en México. Cómo Combatir la Delincuencia Organizada en México*, Debate, 2013.

¹⁹ *op. cit.*, encuesta INEGI 2020.

lares afectados o al erario, el patrimonio arrebatado.

Categoría 4 y 5. Cerco y dispersión legales. Estas dos categorías se asocian en su evidencia. Se vuelven después de la clasificación de impunidad mafiosa, un elemento clave del funcionamiento criminal dentro del sistema de poder. Las normas de papel y su uso han sido desde el siglo XIX la forma obvia de utilizar el derecho penal a favor, de los grandes oligarcas. Nos referimos a las funciones no manifiestas en la ley (la instancia que no se determina en el cuerpo legal pero que sí se tiene como fin a conseguir; en este caso la impunidad)

Las funciones no latentes las podemos ver por ejemplo en las normas que no se cumplen, los procesos que acreditan responsabilidad administrativa pero no penal, el fuero, las excepciones a ley, las facultades discrecionales, las reservas en la transparencia para codificar casos de seguridad nacional, los tipos en blanco, las penalidades mínimas, etcétera., son el cerco de la impunidad. Veamos unos datos:

Conforme a lo establecido en el artículo 85 del Código Penal Federal, los delitos comprendidos en el título décimo (Delitos por hechos de corrupción) de este Código, se les podrá otorgar caución a los servidores públicos que garanticen la reparación del daño.

Los delitos comprendidos son:

1. Delito de ejercicio ilícito de servicio público (art.214)
2. Abuso de autoridad (art. 215)
3. Coalición de servidores públicos (art.216)
4. Uso ilícito de atribuciones y facultades (art. 217)
5. Pago y recibo indebido de remuneraciones de los servidores públicos (art. 217 Ter)
6. Concusión (art. 218)
7. Intimidación (art. 219)
8. Ejercicio abusivo de funciones (art. 220)
9. Tráfico de influencia (art. 221)
10. Cohecho (art. 222)
11. Cohecho a servidores públicos extranjeros (art. 222 Bis)
12. Peculado (art. 223)

13. Enriquecimiento Ilícito (art. 224).

Si se pueden enfrentar estos delitos en libertad, es porque no son graves y la reparación del daño es relativa porque menos del 2% del total de los delitos procesados de todo tipo alcanzan sentencia condenatoria lo que significa que, prácticamente 90 de estos delitos no se prueban a plenitud o se castigan sin poder cuantificar el daño de forma precisa; habitualmente, cuanto el sujeto pasivo es el Estado, prácticamente nunca se recupera lo verdaderamente robado. Como se observa en el listado, hay combinación de tipos penales relacionados con el ejercicio de poder y con consecuencia económica.

Para que estos tipos penales puedan entenderse mejor en el tema de la criminalidad dorada y su cerco legal, tendríamos que analizar todas las posibilidades que en materia adjetiva y amparo pueden servir a estos mafiosos y que de forma no latente les permitan ser libres, presumiblemente inocentes e impunes.

En México, un sistema anticorrupción, tendría que ser un sistema anti-impunidad. Los entramados legales son tan grandes para dar forma a ese sistema qué operarlo y armar casos también los es. También será necesario lidiar con criterios judiciales distintos. Para darnos una idea, veamos las leyes básicas de ese sistema sin contar; todo el entramado de leyes sustantivas:

Ley	Objeto	Beneficio
-----	--------	-----------

Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción	Establecer las bases de coordinación entre la Federación, entidades federativas, municipios y las alcaldías de la CDMX, para el funcionamiento del Sistema Nacional Anticorrupción, para que las autoridades competentes prevengan, investiguen y sancionen las faltas administrativas y los hechos de corrupción.	Para combatir la corrupción es importante que exista coordinación entre los tres niveles de Gobierno ya que la corrupción existe en todos los ámbitos. Así mismo establecer cómo funcionará este Sistema para que dentro del mismo no exista lo que se pretende combatir y que exista un Comité Coordinador que determine la elaboración y evaluación de políticas anticorrupción y mecanismos de participación ciudadana.
Ley General de Responsabilidades Administrativas	Establecer las responsabilidades administrativas, obligaciones, sanciones aplicables por los actos u omisiones, faltas administrativas graves y procedimientos de aplicación a los servidores públicos.	Todos los Estados deben basar sus leyes en ella, ya que es general. Establece las obligaciones de los servidores públicos y procedimientos para detectar, investigar y sancionar delitos. Contiene acciones para impulsar el ejercicio eficiente y transparente de los servidores públicos, así como la adecuada investigación de este si llegan a cometer alguna falta administrativa o sanción.

<p>Ley Orgánica del Tribunal de Justicia Administrativa</p>	<p>Tiene por objeto determinar la integración, organización, atribuciones y funcionamiento del Tribunal Federal de Justicia Administrativa, que es un órgano jurisdiccional con autonomía para emitir sus fallos y con jurisdicción plena.</p>	<p>Forma parte del Sistema Nacional Anticorrupción por lo que determina como se integrará, organizará, cuáles serán sus atribuciones y funcionamiento. Establece la garantía para que un cuerpo autónomo sea quien juzgue las faltas administrativas graves.</p>
<p>Ley Orgánica de la Administración Pública Federal</p>	<p>Establece las bases de organización de la Administración Pública Federal, centralizada y paraestatal.</p>	<p>La Administración Pública Federal es un órgano encargado de investigar las responsabilidades administrativas graves y tiene como competencia resolver faltas administrativas no graves.</p>
<p>Ley de Fiscalización y Rendición de Cuentas de la Federación</p>	<p>Tiene por objeto reglamentar la organización y facultades de la Auditoría Superior de la Federación.</p>	<p>Las facultades y herramientas de investigación que se le otorguen a la ASF permiten la fiscalización en tiempo real de los recursos federales y estatales, evitando actos de corrupción.</p>

Ley de la fiscalía general de la República	Ley reglamentaria del art. 102 apartado B que establece que “el Ministerio Público de la Federación se organizará en una Fiscalía General de la República como órgano público autónomo, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propio”.	Esta fiscalía estará integrada por una Fiscalía Especializada en materia de combate a la corrupción, la cual será la encargada de perseguir e investigar los delitos contenidos en el título décimo del Código Penal Federal.
Código Penal Federal	Establece delitos y sanciones de orden federal.	En su título décimo establece los delitos y sanciones que se impondrá a los servidores públicos que incurran en actos de corrupción y delitos relacionados a está.

El cerco legal y las leyes de papel son el motor que clarifica la presencia de una criminalidad dorada. La política criminal, tiene entre sus abanicos definitorios el elegir qué procesos sociales, económicos y políticos pasen por el filtro del poder penal. No se parte de la ingenuidad y de lugares comunes, así pasa en todos los sistemas del mundo, pero cuando la impunidad se vuelve cínicamente abierta e incontrolable, la debilidad del Estado es inminente.

Datos, ejemplos, historias, dinámicas de poder, leyes, evidencia de todo tipo son la prueba contundente que esgrime el argumento que da fuerza a esta clasificación criminológica; no es necesario la estadística criminal para desdeñar en los extremos de la relatividad a este tipo de criminales porque su actuar y su forma de ocultarse los hace peligrosos. Es loable por necesidad técnica no llamarlos delincuentes, pero sí criminales, pues hacen de su forma de vida la corrupción y los delitos de otros para sí.

México, al igual que en situaciones críticas, lo hizo Estados Unidos o Italia, requerirá de replantearse estrategias jurídicas, controles democráticos y, sobre todo, apostar en el largo plazo como diría Miguel de la Madrid, a una renovación moral ex ante a los sistemas de justicia.

IV. EPÍLOGO

México es un país que se edificó a partir de la supremacía política sobre la jurídica. El imperio de ley ha estado sometido al influyentísimo y el clasismo génesis de la impunidad. Muchos avances han surgido para intentar revertir la vieja visión del poder amafiado en las esferas del gobierno, pero siempre existe una rendija para burlar la ley y el orden, porque en dichos avances se filtran los intereses protegidos por un emisario de la clase gobernante.

El gobierno de elite es el espacio donde nace, se desarrolla y se anida la criminalidad dorada. Son los burócratas de alto nivel los que dictan los discursos de la política criminal desviando la justicia de su alcance. Esta criminalidad obtiene riquezas dañando masivamente al pueblo que debería de gozar de los recursos del erario. Esta clase criminal también operan imponiendo un orden corrupto hacia abajo permitiendo que sus afiles burócratas de mandos medios abusen del servicio público generando riquezas y pagando cuotas.

En México, existe un entramado de normas para operar el sistema anticorrupción, bases constitucionales como el artículo 19, referidos al enriquecimiento ilícito, uso ejercicio abusivo de funciones, uso de programas sociales con fines electorales; el artículo 16 que define la delincuencia organizada, todo el andamiaje del sistema penal acusatorio adversarial, incluyendo los fundamentos que sustentan la Fiscalía General de la República, el apartado de la responsabilidad de servidores públicos y por supuesto la reforma que permite el enjuiciamiento al mandatario nacional. Sin embargo, las cifras oficiales y no oficiales dan cuenta de la criminalidad dorada,

que opera día a día.

Se consuman las hipótesis que llaman a esta clase criminal como relativa, pero que en esencia la confirma, compartiendo similitudes con la criminalidad de cuello blanco, así, entonces sintetizaríamos diciendo, mientras esas características se sigan dando, la criminalidad dorada seguirá presente e impune, generado corrupción.

Características.

1. Se explica en un contexto necesariamente histórico y social.
2. “el sujeto activo del delito es una persona de alto estatus (...) Hay, pues, una especie de inversión en relación con lo que sucede con los delitos convencionales donde la víctima es quien posee el mayor estatus ... y el delincuente no lo posee, a menos que el de ambos sea igualmente bajo”²⁰
3. Sancionarlo o descubrirlo se vuelve complejo por su poder.
4. No se explica su actuar por pobreza o cualquier otra condición de un delito convencional.
5. Ellos y su clase no suelen ser etiquetados ni estigmatizados y de suceder sólo es de forma aislada por su propio modo de operar.
6. Su riqueza les da aprobación social y aprobación, lo que lo inmuniza.
7. El soborno es su herramienta preferida dentro de los ámbitos gubernamentales y políticos, como en los medios privados.
8. Se agrupa dentro de las personas con altas responsabilidades, son influyentes, ricos y capaces de operar la transmisión del poder entre familiares y amigos aún bajo las reglas democráticas existentes.
9. Según Sutherland comparte con la delincuencia convencional la forma del aprendizaje, es decir, hay una trasmisión socio cultural, por su medio y por con quién tiene contacto.
10. Deciden en muchos casos las políticas criminales y estrategias para crear discursos penales que les sirvan disuasivamente cuando sean

²⁰ *Op. cit.*, Sánchez, Augusto, p. 47.

perseguidos por la justicia.

11. Sus ganancias suelen ser visualizadas, pocas veces probada y nunca devueltas a las víctimas. Esas ganancias son en detrimento de la sociedad.

Por tanto, a manera de reflexión se puede decir como apuntan algunos teóricos, no es cuestión de leyes la forma de combatir esta criminalidad; se requiere primero, de reconocer que ésta existe y asumir que afecta la asfixia del sistema penal y democrático. Será necesario volver a entender que, la política de estado debe de cambiar el sentido de la política criminal con efectos a largo plazo; los lineamientos del poder penal deberán basarse en la ética social; en el corto plazo, deberán de renovarse transparentar el accionar de fiscales y jueces, con todo rigor; eliminar leyes de papel y cercos legales que permiten a los defensores de estos criminales alargar y evadir la ley.

Será necesario un replanteamiento ético no utópico. La sociedad tiene la palabra, empecemos a cambiar las dinámicas en ella.

V. FUENTES DE CONSULTA

1. BIBLIOGRAFÍA

- BARATTA, Alessandro, *Criminología Crítica y Crítica al Derecho Penal*, 8va ed., México, Siglo XXI, 2005.
- BUSCAGLIA, Edgardo, *Vacíos de poder en México. Cómo Combatir la Delincuencia Organizada en México*, Debate. 2013.
- CÓRDOBA, Arnaldo, *La formación del Poder Político en México*, 28^a, ed., México, Ediciones Era, 2008.
- DEL PALACIO DÍAZ, Alejandro, *Agonía y muerte de la Revolución Mexicana*, México, UAM-Esquemas, 1991.
- GARCÍA VILLEGAS, *La cultura del Incumplimiento de reglas*, Bogotá, Siglo de Hombre Editores, 2009.

- GARCÍA, Luna, *El Señor de la muerte*, Editorial Planeta, 2020.
- GONZÁLEZ LLACA, Edmundo, *Corrupción. Patología Colectiva*, México, INAP, 2005.
- GONZÁLEZ, José, *Lo negro del negro Durazo. Biografía criminal de Durazo. Escrita por su jefe de ayudantes*, México, Posada S.A. 1983.
- SÁNCHEZ SANDOVAL, Augusto y otro, en *Criminología Antología, Los tres fantasmas de la criminología*, México, UNAM, 2003.

2. HEMEROGRAFÍA

- ZÁRATE, Alfonso, “Un gobierno fallido. Peña Nieto y la sucesión presidencial del 2018”, en *Temas de Hoy*, México, 2018.

3. CYBERGRAFÍA

- MOSCA, Gaetano, *La clase Política*, s/1, s/a. Fuente electrónica: Academia. Accelerating the world’s consultado en: <file:///C:/Users/drjal/Desktop/Laclasepolitica-with-cover-page-v2.pdf>
<https://contralacorrupcion.mx/tercera-encuesta-nacional-sobre-corrupcion-e-impunidad/>. Publicado por Mexicanos contra la corrupción y la impunidad, 2021.
- www.inegi.org.mx/contenidos/programas/encig/2019/doc/encig2019_principales_resultados.pdf. Consultada [8-agosto-2021].

HACIA EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO HUMANO A LA DIGNIDAD PÓSTUMA

TOWARDS THE RECOGNITION OF THE HUMAN RIGHT TO POSTHUMOUS DIGNITY¹

MARÍA DE LOS ÁNGELES HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ²

IVÁN ALVA CORTÉS³

RESUMEN: La dignidad póstuma es un concepto no novedoso, pero ha sido retomado entre otros eventos, por la pandemia de la Covid-19. Tiene su base en el concepto kantiano de la dignidad humana mismo que fue retomado por diversos instrumentos internacionales y de ahí permeó a las constituciones y leyes de algunas naciones. No obstante, en nuestro sistema jurídico y en otros, no encontramos disposiciones expresas que impidan que las personas sean cosificadas después de su fallecimiento por lo que su personalidad puede verse afectada por diversas faltas de respeto; por lo que la dignidad póstuma es un derecho humano que protege entre otros la identidad, imagen, datos personales y otros atributos de la personalidad que se modifican (no se extinguen) con la muerte.

PALABRAS CLAVE: *dignidad, dignidad póstuma, persona, muerte, derechos humanos, continuum.*

ABSTRACT: Posthumous dignity is a not new concept, but it has been taken up again, among other events, by the Co-

¹ En dedicatoria a los profesores de la Universidad que hemos perdido por la pandemia generada por la COVID-19, a quienes no olvidaremos. En especial al Doctor Enrique García y Moisés, Coordinador del Posgrado, quien en su momento fuera Coordinador del Posgrado de la FES Acatlán.

² Profesora de Metodología Jurídica, Posgrado en Derecho, FES Acatlán, UNAM. Contacto: <hernandez.marian71@gmail.com>, ORCID: <0000-0002-5680-6797 >.

³ Alumno de Metodología Jurídica, Posgrado en Derecho, FES Acatlán, UNAM. Contacto: <alvaivan90@gmail.com>, ORCID: <0000-0001-5011-0310>.

Fecha de recepción: 01 de agosto de 2021; fecha de aprobación: 28 de febrero de 2022.

vid-19. It is based on the Kantian concept of human dignity that was taken up by various international instruments and hence permeated the constitutions and laws of some nations. However, in our legal system and in others, we do not find express provisions that prevent people from being objectified after their death, so that their personality can be affected by various disrespect. Therefore, posthumous dignity is a human right that protects, among others: identity, image, personal data and other attributes of the personality that are modified (not extinguished) with death.

KEYWORDS: *dignity, posthumous dignity, person, death, human rights, continuum.*

SUMARIO: I. El problema de la *dignidad póstuma* en el sistema jurídico mexicano, II. La dignidad en los cuerpos normativos y su fundamentación kantiana, III.-La dignidad como *continuum*, IV. Hacia el rescate de la importancia social de la dignidad póstuma, V. La dignidad póstuma y el mito de la plenitud del Derecho, VI. A modo de ejemplo: análisis de la dignidad póstuma de los divorciantes en el ordenamiento civil de la Ciudad de México, VII. Conclusiones, VIII. Fuentes de consulta.

I. EL PROBLEMA DE LA DIGNIDAD PÓSTUMA EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO

La presente propuesta, tiene como fin reflexionar acerca de un concepto que no es novedoso, pero que debido a ciertos eventos actuales originados por la pandemia de la Covid-19, ha sido retomado por algunos autores para su discusión, ya que por un lado la sobre mortandad generada por dicha enfermedad ha causado estragos sociales, y por el otro, el trato denigrante que en algunos casos han recibido los cadáveres de las personas fallecidas, también ha generado indignación social no únicamente por las restricciones sanitarias respecto a los concernientes ritos funerarios.

En este sentido, en primer lugar, nos referiremos a la dignidad en los cuerpos normativos y su fundamentación *kantiana*, es decir, a su concepción moderna no secularizada y unificadora o universal; en donde trataremos de rescatar que el ser humano continúa teniendo un estatus de *valioso* aún después de su muerte ya que, solo bajo tal premisa estaremos en una mejor posición para referirnos respecto a algunas consideraciones afines a la dignidad póstuma. Para finalizar, retomaremos la idea de los principios implícitos y su relación con el mito de la plenitud del derecho y terminaremos haciendo una alusión ejemplificativa concerniente a su falta de tratamiento legal en el caso de los divorciantes, de conformidad con el Código Civil para la Ciudad de México.

Antes de ello, es importante señalar que, por lo general relacionamos a la dignidad con el proceso vital de cada persona, excluyendo su reconocimiento en los seres humanos después de su muerte⁴. No obstante, consideramos que, si hacemos una correcta interpretación de diversas normas de nuestro sistema jurídico, como lo señala Ricardo Guastini, podemos encontrar involucrado un verdadero *prin-*

⁴ Cabe señalar que nosotros no hablamos de cadáver, sino de persona humana después de la muerte, debido al cúmulo simbólico de relaciones familiares y sociales que no se extinguen con el fallecimiento físico, mismas que son vivenciadas en múltiples narrativas sociales. En contraste y a modo de ejemplo, la jurisprudencia identificada con el registro digital 2012363, señala que la dignidad humana funge como un derecho fundamental: “(...) cuya importancia resalta al ser la base y condición para el disfrute de los demás derechos y el desarrollo integral de la personalidad.” Tesis 1^a./J.37/2016, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. II, agosto de 2016, p. 633. Recuperado de: <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2012363>. Es indudable que la personalidad únicamente puede perfeccionarse cuando se está inmerso en el flujo vital, no obstante, autores como Michel White, terapeuta narrativo, señalan que, para incorporar las pérdidas con seres queridos podemos seguirlos considerando como parte de nuestra vida actual, situación que se observa en muchos procesos sociales en donde a las personas fallecidas, se les mantiene simbólicamente *presentes*, como si siguieran existiendo, aunque estas situaciones de hecho no son del todo consideradas desde el punto de vista jurídico (Ver: “Decir hola de nuevo. La incorporación de la relación perdida en la resolución de la aflicción”, recuperado de: https://www.academia.edu/31648858/DECIR_HOLA_DE_NUEVO).

*cipio no expreso*⁵ que permitiría reconocer la dignidad humana en las personas que han trascendido a causa de su muerte física⁶.

El escaso reconocimiento explícito en el sistema jurídico mexicano a la dignidad humana después de la muerte tiene varias causas ya que es un fenómeno que puede ser percibido de forma ambigua, debido a diversos factores históricos, antropológicos, psicológicos, jurídicos, sociales, políticos, económicos y culturales que se entrelazan para formar visiones que pueden llegar a ser, inclusive hasta contradictorias, por ejemplo, las posturas existentes entre la llama-

⁵ Guastini, Ricardo, *Estudios de teoría constitucional*, México, Fontarama-Universidad Nacional Autónoma de México, 2001, p. 138. Así, por ejemplo, el registro digital 2022461 del Semanario Judicial establece en parte de su texto que: “La dignidad se funda en causas de orden moral y supone la relación de los deberes del sucesor para con el difunto”. Frente a ello, cabría preguntarnos: ¿Qué fundamenta que existan derechos frente a un fallecido? ¿Acaso un principio que puede interpretarse del propio sistema como lo es por ejemplo la dignidad humana o la dignidad póstuma? Ver: Tesis I.11°. C.112 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. III, noviembre de 2020, p. 1995. Recuperado de: <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2022461>.

⁶ El Diccionario de la Real Academia Española, respecto al término *trascender*, nos dice que proviene del latín *transcendere*, que significa “<< (...) ‘pasar de una cosa a otra’, ‘traspasar’>>”. Y de los diversos significados que menciona, nos parece apropiado el de “Estar o ir más allá de algo”. Ver: <https://dle.rae.es/trascender?m=form>. Conforme a lo anterior, consideremos pertinente la utilización de este vocablo para referirnos a que las acciones de las personas pueden ser interpretadas de manera simbólica más allá de su existencia física. Acotamos que hay diversas formas de trascendencia, tal como lo señalaba Maslow en su *Teoría de la motivación humana*, al referirse a la autotrascendencia, que: “(...) tienen como objetivo promover una causa *más allá de sí mismo* y experimentar una comunión fuera de los límites del yo; esto puede implicar el servicio hacia otras personas o grupos, la devoción a un ideal o a una causa, la fe religiosa, la búsqueda de la ciencia y la unión con lo divino”. Por ejemplo, podemos trascender el tiempo, el propio pasado, el dolor, nuestras necesidades básicas, la influencia negativa de la sociedad, nuestros defectos y debilidades, el miedo, etc. Ver: Quintero Angarita, José Rafael, “Teoría de las necesidades de Maslow”, disponible en: <http://doctorado.josequintero.net>.

da *necropolítica*⁷ y la *necroética*⁸.

Ahora bien, a efecto de enumerar *grosso modo* estos componentes, los hemos dividido en dos grandes grupos: (i) sociales o universales y, (ii) jurídicos o especializados. Consideramos que ello permite distinguir diversos fenómenos relacionados con la cosmovisión asentada en nuestra cultura, los cuales sirven como un primer marco referencial para posteriormente, poder dirigir nuestra mirada a la reflexión centrada en el fenómeno jurídico, el cual al ser una expresión compleja también, tiene múltiples aspectos a considerar debido en primer lugar a que no se agota en el sistema de normas de carácter oficial, ya que hay que recordar que éstas son el canal de expresión de ciertos valores sociales, así como de innegables conductas que generamos coexistiendo en comunidad, toda vez que como lo establecía el reconocido jurista Luis Recasén Siches: “El Derecho es una forma objetivada de vida humana”⁹.

Por efectos de espacio, respecto a las causas sociales o universales a continuación enunciamos las dos que nos parecen más trascendentes:

⁷ Se atribuye a Achille Mbembe este término a fin de referirse a las técnicas y prácticas de muerte (como las masacres, por ejemplo) que ejercen tanto el Estado como otros grupos de poder, a fin de mantener un control sobre la población. Ver: ESTÉVEZ, Ariadna, “Biopolítica y necropolítica: ¿constitutivos u opuestos?”, en *Espiral, Estudios sobre Estado y Sociedad*, Revista electrónica, Vol. XXV, núm. 73, septiembre-diciembre de 2018, pp. 9-43. Recuperado de: <http://www.scielo.org.mx/pdf/espiral/v25n73/1665-0565-espinal-25-73-9.pdf>.

⁸ Pinto, Gómez, Marulanda & León (2021), señalan que la Necroética: “(...) considera las relaciones afectivas y simbólicas en torno al cadáver, así como el valor intrínseco de los cuerpos y sus componentes anatómicos, histológicos y aún genéticos, como extensión de la dignidad humana, la cual no claudica con el término de la vida”. Ver: PINTO, BORIS Julian, *et al.*, “Necroética: el cuerpo muerto y su dignidad póstuma”, en *Expresión forense. Revista de divulgación sobre Criminología, Criminalística y Ciencias Forenses*, Revista electrónica, recuperada de: <https://www.expresionforense.com/post/necro%E9tica-el-cuerpo-muerto-y-su-dignidad-p%E3stuma>.

⁹ Recasens Siches, Luis, *Vida humana, Sociedad y Derecho. Fundamentación de la Filosofía del Derecho*, México, Biblioteca Virtual Universal, 2013, p. 30.

- a) La muerte es un tabú. A pesar de que todos los seres vivos se caracterizan por cumplir con un ciclo de vida, es innegable cierto temor generalizado al tema de la muerte. Morin llegó a afirmar: “(...) ni el sol ni la muerte pueden mirarse fijamente¹⁰” ya que ésta representa cierto *traumatismo*. Al parecer como una forma de autoprotección, los seres humanos tenemos la necesidad de negar nuestra vulnerabilidad frente al fin de nuestra existencia; aunque como lo mencionamos al inicio, la Covid-19 nos han impactado mundialmente y nos ha llevado a enfrentarla como un hecho cercano y cotidiano. Nuestras rutinarias formas de vida, salvo por la muerte de un ser cercano, no parecían considerar de manera constante la finitud de la vida: “Para nuestro inconsciente, es inconcebible imaginar un verdadero final de nuestra vida aquí en tierra (...)”¹¹. Además, como seres sociales generamos vínculos y apegos que nos llevan al sufrimiento frente a la ausencia de las personas con las que solemos convivir.
- b) La creciente deshumanización. En nuestro actual mundo globalizado y neoliberal tendemos a la *cosificación* lo cual se traduce en la insensibilidad respecto al trato adecuado a las personas, quienes mayormente son percibidas fragmentadas de su dimensión espiritual¹², situación por lo cual nuestra humanidad se ve desdibujada.

¹⁰ Morin, Edgar, *El hombre y la muerte*, 4ª. ed., Barcelona, Kairós, 2003, p. 17.

¹¹ Kübler-Ross, Elisabeth, *Sobre la muerte y los moribundos*, trad. de Macmillan Publishing Company, México, De Bolsillo, 2010, p. 15.

¹² Una excepción se encuentra contenida en la *Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos*, expedida por el Consejo General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) y en cuyos considerandos se expresa que para su elaboración se tuvo presente: “(...) que la identidad de una persona comprende dimensiones biológicas, psicológicas, sociales, culturales y espirituales”. Ver: portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=31058&URL_DO=DO_PRINTPAGE&URL_SECTION=201.html. De igual forma, la *Guía del Manejo Integral de Cuidados Paliativos*, emitido por el Consejo de Salubridad General y publicada en el Diario Oficial de la Federación el 26 de diciembre de 2014, en su punto 6. *Espiritualidad al final de la vida*, menciona que: <<El ser humano es integral: alma, cuerpo, materia y espíritu. Una realidad que no podemos separar en sus distintos componentes. Puede ser útil didácticamente presentar las “dimensiones” de la persona humana, pero con

Así, las personas en el peor de los casos se convierten en un medio para lograr ciertos fines desvirtuando su esencia. Estas conductas, van en contra del principio kantiano de la dignidad e inclusive de la dignidad póstuma (maltrato al cadáver, por ejemplo). Por ello, en su momento el filósofo y sociólogo alemán Axel Honneth retomó el término *reificación*, que: “(...) puede ser vista como una forma de praxis humana deformada y atrofiada respecto de una praxis original de participación activa en el mundo y de implicación existencial”¹³.

En consecuencia, en las sociedades modernas al excluir la dimensión espiritual de la persona, tendemos a negar su trascendencia y con ello, percibimos a la muerte como la terminación o fin de la vida; siendo que lo cierto es que las personas al establecer fuertes lazos afectivos intersubjetivos trascienden al dejar una huella familiar y social importante, que no se extingue de forma instantánea con su muerte, situación que por ejemplo, ha sido reconocida en nuestro sistema tratándose de autores al considerar a los derechos morales como perennes. Así, nuestra actual *Ley Federal del Derecho de Autor* señala en su artículo 18 que: “El autor es el único, primigenio y perpetuo titular de los derechos morales sobre las obras de su creación”. Estamos hablando de derechos imperecederos que solo se extinguirán con la propia humanidad.

la conciencia de que se trata sólo de un esquema que nos ayude en la reflexión y la relación de ayuda. Los estudiosos, además, no están de acuerdo sobre “cuantas sean estas dimensiones”; puede ser útil, por lo menos, articular este discurso alrededor de cinco dimensiones o aspectos de la persona humana: dimensión corpórea, intelectual, emocional, relacional y espiritual>>. Recuperada de: http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5377407&fecha=26/12/2014&print=true].

¹³ Barrasús Herrero, Juan Carlos, “Reconocimiento y reificación: La revisión de Axel Honneth de una categoría clave de la Teoría Crítica”, en *Logos. Anales del Seminario de Metafísica*, Revista electrónica, Vol. 46, 2013, pp. 365-374. Recuperada de: https://www.academia.edu/7918523/Reconocimiento_y_reificaci%C3%B3n_La_revisi%C3%B3n_de_Axel_Honneth_de_una_categor%C3%ADa_clave_de_la_Teoría_Crítica.

Por lo que se refiere a las causas jurídicas o especializadas, cabe destacar las siguientes:

- a) Escasos precedentes. Como ya lo mencionamos la legislación y, por lo tanto, los métodos interpretativos tradicionales identifican a la dignidad humana con el proceso vital. Existen pocos criterios que hacen referencia expresa a la dignidad de las personas que han muerto. De igual forma, encontramos reducida literatura al respecto.¹⁴
- b) Inexistente sistematicidad legislativa. Los cuerpos normativos relacionados con la muerte se encuentran dispersos en diversas disposiciones implementadas por el legislador con poca interrelación entre sí, los cuales se enfocan en aspectos técnicos específicos: administrativos, penales, civiles, laborales, salubridad, de seguridad social, etc. Conforme a ello, también existe una falta de interpretación sistemática de las normas jurídicas relacionadas con la persona, la dignidad y la muerte.
- c) Vacíos legales. Así como en otros campos del conocimiento de lo humano se cuenta con un área especializada en la muerte, de igual forma la materia jurídica requiere contar con una disciplina que ayude a conectar y hacer sentido en todos los aspectos jurídicos dispersos en torno a este hecho, así como su relación con la persona en los diversos contextos de su existencia (donación de órganos, seguridad social, sucesión testamentaria, testamento vital, manejo digno del cadáver en diversos contextos, derechos de autor, etc.). En el mundo actual, se hace indispensable para el sistema jurídico, considerar a la dignidad como un derecho humano perpetuo.

Con base en lo anterior, es evidente las limitadas aportaciones desde la teoría jurídica y desde una visión multidisciplinaria para

¹⁴ En el Estado del Arte del protocolo de Doctorado de la Maestra Ángeles Hernández titulado *La Dignidad Humana como un derecho humano perenne*, tan solo se encontraron del 2011 a la fecha 4 tesis de grado, 20 artículos académicos, una iniciativa de ley y la reseña de un libro; aunque cabe aclarar que existen ciertos repositorios de acceso cerrado en donde puede encontrarse más material acerca del tema.

dotar de un contenido real y práctico a la dignidad, como un derecho humano de carácter perenne a fin de perfeccionar nuestro sistema jurídico.

II. LA DIGNIDAD EN LOS CUERPOS NORMATIVOS Y SU FUNDAMENTACIÓN KANTIANA

Como sabemos, después de lo acontecido en la Segunda Guerra Mundial algunos países tomaron la determinación de crear instrumentos normativos que facilitarían la protección de ciertos derechos subjetivos de primer orden. En ese sentido, la dignidad humana se erigió como uno de los principios rectores que sentarían las bases para una protección más amplia de las personas. Así, la Carta de las Naciones Unidas (1945) constituyó la primera fuente del Derecho Internacional que incorporó expresamente este término ya que en su *Preámbulo* podemos observar:

Nosotros los pueblos de las Naciones Unidas resueltos [...] a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas (...).¹⁵

Posteriormente, un gran número de instrumentos normativos tanto de carácter internacional como nacional comenzaron a adoptar este concepto como la base del entendimiento de los derechos humanos. No obstante, al carecer de una definición precisa, muchos teóricos han cuestionado: ¿Qué debemos entender por dignidad? ¿Cómo podemos aplicarla correctamente en los casos concretos? Se ha escrito profusamente a partir de estas interrogantes y desde luego, varias han sido las vertientes que se han generado, situación que a su vez ha creado cierto grado de confusión.

¹⁵ Organización de las Naciones Unidas, *Carta de las Naciones Unidas*, recuperado de: <https://www.un.org/es/about-us/un-charter/preamble>.

Por nuestra parte, para poder dar respuesta a esta interrogante, consideramos necesario partir de lo sostenido por Kant (para no entrar a la discusión sacra del término propuesta con anterioridad, por ejemplo, con Santo Tomás de Aquino); además de que creemos que su visión ha perdurado de cierta manera hasta nuestros días para fundamentar filosóficamente la existencia de los derechos humanos. Ahora bien, este reconocido autor dentro de su obra *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, expuso que:

Los seres cuya existencia no descansa en nuestra voluntad, sino en la naturaleza tienen, empero, si son seres irracionales, un valor meramente relativo, como medios, y por eso se llaman cosas; en cambio, los seres racionales llámense personas porque su naturaleza los distingue ya como fines en sí mismos, esto es, como algo que no puede ser usado meramente como un medio, y, por tanto, limita en ese sentido todo capricho¹⁶.

Kant al realizar esta distinción entre cosas y personas, voluntaria o involuntariamente trazó una clara distinción entre entes valiosos y no valiosos desde un punto de vista antropocéntrico. Lo valioso se caracterizaba por una cualidad muy aquilatada en el *Siglo de las Luces*: la luz de la razón, es decir, la capacidad del ser humano de pensar. Así, las personas al ser racionales son valiosas ya que a diferencia de lo que no es persona, la capacidad inmanente de reflexión posibilita vislumbrar para sí un propósito de vida, es decir, desarrollar bajo designios autónomos un personal plan de vida, por lo tanto, nadie que no sea yo, puede en términos generales tomar decisiones existenciales por mí, por lo que si alguien más dispone de mi persona me estará convirtiendo en un medio, como se hizo, por ejemplo, con los judíos en los campos de concentración. Así, esta valía es absoluta, es decir, aplica universalmente para todas las personas por lo que no es dable ser cuestionada.

¹⁶ Kant, Immanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, 16a. ed., trad. de Manuel García Morente, México, Porrúa, 2016, p. 48.

Desde luego la visión kantiana de la dignidad, también ha sido fuertemente criticada. En primer lugar por sentar las bases del antropocentrismo, dejando de lado la valía de otras formas de vida; y en segundo, por basar el valor de las personas de forma casi exclusiva en su racionalidad, por lo que quienes carezcan por alguna circunstancia de dicha capacidad, como puede ser un infante recién nacido o alguien que sufra de alguna afección mental, al parecer no podrían ser personas y en una estricta interpretación, deberían ser considerados como cosas, aunque formaran parte de la especie humana.

Por ejemplo, para la autora Quintanilla Madero, el valor supremo del que gozan los seres humanos no disminuye, aunque alguien no sea capaz ni siquiera de manifestarse por el motivo que sea¹⁷. En ese mismo tenor, Pérez Treviño supone, que al ser la dignidad una cualidad ontológica de la especie humana no implica que inclusive se tenga que ser consciente de ella o que alguien deba ser capaz de expresarla correctamente¹⁸. Lo anterior, nos permite interpretar a la dignidad en un sentido más extensivo, es decir, como un valor conatural a cualquier individuo de la especie *homo sapiens*, ya sea que éste se encuentre en plena configuración (protección al no nacido), ya sea parte de la especie (dignidad en sentido vital) o haya pertenecido en forma física a ésta (dignidad póstuma). En ninguna etapa del desarrollo de la persona, ésta puede ser usada como medio para la consecución de un fin ajeno.

Por ende, para Manuel Atienza, es importante señalar que el sentido negativo de la dignidad se sustenta en la idea de que ésta no nos dice en rigor lo que deberíamos hacer, sino más bien lo que no debemos realizar, por ejemplo, tratar a alguien a título exclusi-

¹⁷ Cfr. Quintanilla Madero, Beatriz, *Conducta humana. Bases antropológicas y neurobiológicas*, México, Trillas, 2014, p. 78.

¹⁸ Cfr. Pérez Treviño, José Luis, “La relevancia de la Dignidad Humana. Un comentario”, en *DOXA. Cuadernos de filosofía del derecho*, España, núm. 30, 2007, pp. 159-163, https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/13120/1/DOXA_30_23.pdf.

vamente instrumental¹⁹, ya que cada individuo tiene el derecho y la obligación de desarrollarse a sí mismo como persona y al mismo tiempo tiene la obligación, en relación con los demás, de contribuir a su libre desarrollo²⁰.

Ahora bien, cabe señalar que la Constitución Mexicana no indica de forma expresa lo que debe entenderse por dignidad y tampoco hace referencia a la misma como una cuestión de carácter ontológico, aunque menciona el término en varios artículos que se han ido incorporando al texto constitucional a lo largo del tiempo con diversos fines como lo han sido el desincentivar cualquier forma de conducta discriminatoria (Art. 1º.), la protección a las mujeres indígenas (Art. 2º.), la educación para la contribución de las formas sanas de convivencia y la apreciación del valor de la persona (Art. 3º.), las cualidades de la vivienda (Art. 4º.), la protección al interés superior del menor (4º.) y su consideración como uno de los principios de la rectoría económica del Estado Mexicano (Art. 25).

Por su parte, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la Décima Época caracterizada por la aplicación del nuevo paradigma de derechos humanos resultado de la reforma constitucional de 2011, como ya lo mencionamos, hace una interpretación respecto al significado que debe atribuírsele a este término como valor de orden moral, principio y derecho, al señalar en el registro identificado con el número 2012363, que:

La dignidad humana no se identifica ni se confunde con un precepto meramente moral, sino que se proyecta en nuestro ordenamiento como un bien jurídico circunstancial al ser humano, merecedor de la más amplia protección jurídica (...) la dignidad humana funge

¹⁹ Cfr. Atienza, Manuel, “Un comentario sobre el concepto de dignidad”, en Salazar Ugarte Pedro, Larrañaga Monjarraz Pablo y Cerdio, Jorge (comp.), *Entre la libertad y la igualdad. Ensayos críticos sobre la obra de Rodolfo Vázquez*, tomo I, Instituto de Investigaciones Jurídicas México, UNAM, 2017, pp. 267-275, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4588/19a.pdf>.

²⁰ Cfr. *Idem*.

como un principio jurídico que permea en todo el ordenamiento, pero también como un derecho fundamental que debe ser respetado en todo caso, cuya importancia resalta al ser la base y condición para el disfrute de los demás derechos y el desarrollo integral de la personalidad. Así las cosas, la dignidad humana no es una simple declaración ética, sino que se trata de una norma jurídica que consagra un derecho fundamental a favor de la persona y por el cual se establece el mandato constitucional a todas las autoridades, e incluso particulares, de respetar y proteger la dignidad de todo individuo, entendida ésta -en su núcleo más esencial- como el interés inherente a toda persona, por el mero hecho de serlo, a ser tratada como tal y no como un objeto (...) ²¹.

Conforme a lo anterior, se reitera que la dignidad se interpreta como una cualidad ontológica de la persona que supone que ésta no puede ser tratada como un objeto insustancial. Y aunque no hace referencia expresa a las personas fallecidas, en la legislación secundaria como lo es la Ley General de Salud, se considera que: “Los cadáveres no pueden ser objeto de propiedad y siempre serán tratados con respeto, dignidad y consideración” (Art. 346), lo cual se traduce como lo veremos en el siguiente apartado, en que existe dentro de las bases de nuestro sistema, el fundamento para considerar la dignidad póstuma.

III. LA DIGNIDAD COMO *CONTINUUM*

De acuerdo con el *Cambridge Dictionary*, *continuum* es un término que se refiere a un fenómeno que cambia de carácter paulatinamente sin algún punto de división claro ²², en este sentido, cabe decir que:

²¹ Tesis 1a./J. 37/2016, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, tomo II, agosto de 2016, p. 633.

²² *Cfr.* Cambridge Dictionary, “continuum, something that changes in character gradually or in very slight stages without any clear dividing points (...)”. Recuperado de: <https://dictionary.cambridge.org/es/diccionario/ingles/continuum>.

(...) Paul Ricoeur (...) establece que tratándose de cuestiones humanas, no existen líneas divisorias definidas que nos hagan pasar de forma automática de una categoría de cosa a persona, de tener vida humana o no, ser digno o no. Menciona que existen *fenómenos del umbral y estadio*, que cuestionan la aparente solución de todo o nada: ser persona (con sus atributos) o ser una cosa (con su falta de atributos). Pensar de manera diferente, nos llevaría a la conclusión errónea de que únicamente los adultos con cierto nivel cognitivo serían dignos. Esta tesis coincide con lo expresado por Carl Rogers: “una persona es un proceso en transformación, no una entidad fija y estática; es un río que fluye, no un bloque de materia sólida; una constelación de potencialidades en permanente cambio, no un conjunto definido de rasgos o características”. El ser humano no es un producto, un tajante antes o después, el hombre es un proceso en constante transformación (...)”²³

Si la dignidad humana es un concepto de suma relevancia, la dignidad póstuma viene a dar continuidad al valor simbólico de la persona. Cabe resaltar que una vez que se ha perdido la vida la mayoría de los instrumentos normativos se han olvidado de establecer lo que sucede con la trascendencia de las personas fallecidas, así como el alcance y vínculos que generaron en el transcurso del ciclo vital y que no necesariamente se extinguen de forma automática. Así, el hecho de que los cuerpos normativos contemplen en sus textos el concepto de dignidad humana, no implica que la misma sea considerada en toda su amplitud.

Ahora bien, como lo mencionamos líneas arriba por lo que se refiere a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos es evidente que contiene diversas referencias al concepto de dignidad, como lo señala, por ejemplo, el artículo primero en su segundo y último párrafo que ahora citamos:

²³ Hernández Rodríguez, María de los Ángeles, “La Bioética y el Discurso de la Dignidad”, en *Neurociencias, Bioética y Derecho*, México, UNAM-FES ACATLÁN-DGAPA, 2017, pp. 71-72.

[...] Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

[...] 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.

Estos supuestos son relevantes, ya que en apariencia parecería que la dignidad como un *continuum* sí podría encontrarse contemplada, pues no existe algún tipo de distinción expresa entre los derechos de las personas vivas y las ya fallecidas. Así, estos principios al establecer una protección amplia en favor de la persona harían suponer que los mismos no encuentran oposición respecto a la dignidad póstuma. Además, como también ya lo referimos, la Suprema Corte de Justicia de la Nación sostiene como premisa de primer orden que: “[...] la dignidad humana funge como un principio jurídico que permea en todo el ordenamiento [...] se trata de [...] un derecho fundamental a favor de la persona [...] -en su núcleo más esencial- [...]”²⁴.

Ahora bien, es importante señalar que dentro de la constitución mexicana o dentro del sistema de archivo sobre tesis y jurisprudencia de los tribunales federales, la referencia hacia la *dignidad póstuma* como tal, no ha sido considerada, aunque sí existe una muy interesante tesis aislada en materia civil identificada con el registro digital 242261 de la entonces Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que establece:

²⁴ Tesis 1a./J.37/2016(10a), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. II, agosto de 2016, p. 633.

La doctrina es unánime al sostener que el cadáver es extracomercial y no puede ser objeto del derecho de propiedad, esto es, que no es cosa que pertenezca en propiedad al heredero ni puede ser susceptible de apropiación, debido a que los más elementales principios de orden público, de sanidad pública, de moral social, están en directa oposición con el concepto de una propiedad sobre el cadáver, pues el destino normal del cadáver humano, según la conciencia general, es el de ser dejado a la paz del sepulcro, bajo aquella forma que la ley del estado haya fijado, y este destino es absolutamente incompatible con el concepto de la comerciabilidad del cadáver. De un modo casi general, deben considerarse admisibles los contratos gratuitos sobre el propio cuerpo para fines científicos; en cambio, de acuerdo con la opinión dominante, un contrato oneroso de semejante contenido habría de considerarse nulo como contrario a las buenas costumbres. Las disposiciones de última voluntad sobre el cadáver (entierro, incineración, etcétera), se deben considerar válidas en concepto de modos o de disposiciones sobre ejecución del testamento. Los negocios jurídicos de los parientes o de los terceros sobre el cadáver, que no se refieren al funeral, a la autopsia o a cosas parecidas, se deben considerar, en general, como nulos en concepto de inmorales; en virtud de que la personalidad del hombre exige respeto aun después de la muerte²⁵.

De la anterior tesis, se desprenden dos situaciones a ser destacadas:

- a) Las personas no pueden ser cosificadas ni aún después de su fallecimiento. Si algo ha quedado claro hasta este punto, es que una persona no puede objetivarse pues es un fin en sí mismo.
- b) La personalidad del hombre exige respeto, aun después su muerte. Lo anterior supone que, al morir una persona se extingue en su dimensión física, más no desaparecen por completo las demás manifestaciones de su huella vital²⁶.

²⁵ Tesis identificada con el registro digital 242261, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Séptima Época, Volumen 22, Cuarta Parte, p. 49.

²⁶ Cfr. Cárdenas Krenz, Ronald, “¿Tienen derechos los muertos?”, en *Revista de derecho corporativo*, Universidad ESAN, Lima, Perú, enero-junio 2020, vol. 1, Núm. 1, p.

En este sentido, cabe señalar que Velázquez Moreno define a la corporeidad como un vehículo de nuestro estar-en-el-mundo, el cual rompe con el paradigma cuerpo / mente, abarcando al hombre en su totalidad. Define al yo como síntesis del cuerpo y del alma, dando lugar a una dimensión más que corporal²⁷.

Queremos recalcar que la corporeidad es parte de un todo, es decir, de un universo mucho mayor por lo que su pérdida no borra la existencia de la persona ya que no es lo único relevante en la generación de vínculos intersubjetivos con los demás, por lo que también para los seres humanos, a lo largo de su evolución terrestre, ha sido importante no abandonar el recuerdo de las personas fallecidas²⁸ por lo que la mayoría de las religiones en el mundo – tanto moderno, como antiguo – contemplan inclusive, que la vida puede prolongarse más allá de la extinción física, pues la esencia humana – sí, aquella a la que se le otorga un valor especial –, permite fundamentar que la trascendencia de la existencia no se disuelve con la muerte.

Esto es sin duda un punto importante, pues en muchas ocasiones se pretende separar diametralmente la vida de la muerte, cuando ambas manifestaciones forman un *continuum*: con el nacimiento de una persona, es inevitable su desenlace. En tal sentido, la muerte no da culmen al ser humano, pues este no solo es un costal de huesos y músculos que vaga por un ambiente físico. Sus emociones, sentimientos, decisiones y relaciones son factores intersubjetivos que perduran varias generaciones, e inclusive los personajes ilustres trascienden el transcurrir del tiempo, por ejemplo, la historia

172, recuperado de: <https://revistas.esan.edu.pe/index.php/giuristi/article/view/13>.

²⁷ Cfr. Velázquez Moreno, Julián Eduardo, “Categorías esenciales para comprender la existencia del ser humano y sus transformaciones en la psicología humanista existencial”, en *El ágora USB*, Colombia, V. 10, No 1, Enero-Junio 2010, p. 44, recuperado de: <https://revistas.usb.edu.co/index.php/Agora/article/view/363/123>.

²⁸ Cfr. Tocci, Napoleón, *et. al.*, “Una perspectiva axiológica del cuerpo humano sin vida”, en *Revista de la facultad de ciencias de la salud. Universidad de Carabobo*, Venezuela, vol. 18, núm. 2, 2014, p. 12, recuperado de: <http://ve.scielo.org/pdf/s/v18n2/art03.pdf>.

occidental la hemos dividido artificialmente en dos: antes y después de Cristo, aunque ni quienes escriben ni quienes leen esto, lo hayan conocido personalmente. Así, Ortega Ruiz afirma que el hecho de que un hombre fenezca no implica que deje de ser considerado como tal, por tanto, no deja de ser un sujeto de protección por el derecho²⁹.

Con base en todas las consideraciones vertidas en este apartado, continuaremos con un análisis más puntual respecto a lo que implica la dignidad póstuma.

IV HACIA EL RESCATE DE LA IMPORTANCIA SOCIAL DE LA DIGNIDAD PÓSTUMA

En nuestro sistema jurídico, no existe un concepto legal respecto a la dignidad póstuma, sin embargo, debido a su comprensión global consideramos muy ilustrativo retomar el propuesto en la iniciativa de ley del Diputado Antonio de Jesús Madriz Estrada en la LXXIV Legislatura del Congreso del Estado de Michoacán de fecha 14 de julio de 2020, que la definía en su artículo 2º. fracción X, de la siguiente manera [Es la]: “(...) protección de la identidad, imagen, integridad, datos personales, información, historia, expediente clínico, perfiles digitales, así como el contenido de los atributos de la personalidad que se modifican con la muerte³⁰”.

Como puede fácilmente comprenderse la dignidad póstuma va más allá del debido respeto y cuidado al cadáver ya que abarca múltiples dimensiones en cuanto a la forma jurídica de atención a las

²⁹ Cfr. Ortega Ruiz, Luis Germán y Ducuara Molina, Sergio Arturo, “El cadáver humano y su incidencia jurídica”, en *Revista Verba Iuris*, núm. 14(42), p. 94, recuperado de: <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/verbaiuris/article/view/5660/5272>.

³⁰ Congreso del Estado de Michoacán de Ocampo, *Proyecto de decreto por el que adiciona el artículo 3 bis, 69 bis y reforma los artículos 16 y 71 a la Ley de Salud del Estado de Michoacán de Ocampo*. Recuperado de: <http://congresomich.gob.mx/file/Iniciativa-Reforma-Dignidad-Humana-Postuma-1-02-SEP-2020.pdf>.

personas fallecidas, que las afecta a ellas mismas, así como a sus familiares e inclusive a la sociedad y al Estado, conformando con ello un verdadero universo a ser estudiado desde diversos frentes, por ejemplo:

- a) Derechos: al entierro, a la preservación del cadáver, al manejo adecuado y preservación de la integridad del cadáver (aún en tiempos de crisis sanitarias), al luto y a los ritos mortuorios, a la verdad, al honor, a una adecuada memoria respecto a las víctimas, etc.
- b) Protección de imagen, datos, *herencia cibernética*, uso correcto del expediente clínico y privacidad de la información del difunto³¹.
- c) Adecuada regulación sobre inhumaciones, exhumaciones y necropsias, así la búsqueda de cadáveres indebidamente insepultos y el respeto al sepulcro.
- d) Desarrollo y aplicación ética de nuevas técnicas relacionadas con la medicina y la biotecnología: fecundación *postmortem*, criogenia, etc.
- e) Consideración de la muerte como Patrimonio Cultural, protección a los derechos de propiedad pero industrial y autorales morales perpetuos, etc.
- f) Denuncia y combate a las prácticas de la necropolítica.

Por ello, en la iniciativa en comento en el artículo 3º. Bis de la *Ley de Salud del Estado de Michoacán de Ocampo*, consideraba que las finalidades de la dignidad póstuma debían ser:

- I. El reconocimiento del derecho al luto de personas cercanas y familiares de una persona fallecida.
- II. El reconocimiento del derecho al trato respetuoso del cadáver de la persona fallecida.
- III. La protección y el acrecentamiento de los valores de la identidad, imagen y memoria de la persona fallecida;

³¹ En este rubro es importante mencionar como antecedente mexicano, el amparo en revisión 9/2021 en donde se hizo el análisis de constitucionalidad de los artículos 49, párrafo cuarto de la *Ley General de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados* y 70 de la *Ley de Protección de Datos Personales en Posesión de Datos Personales del Estado de Puebla*; respecto al acceso y rectificación de datos de las personas fallecidas.

- IV. El consentimiento expreso de familiares respecto del manejo al cadáver de la persona fallecida para los efectos de las disposiciones que lo ameritan.
- V. La protección simbólica de la imagen de la persona fallecida, cuyo único fin lícito es el de la investigación científica y tecnológica.

La dignidad póstuma de las personas fallecidas será protegida y garantizada por el Estado a través de la Secretaría de Salud, quedando prohibida toda difusión de contenido gráfico explícito de personas fallecidas sin el consentimiento expreso de su cónyuge, hijas e hijos, padres o familiares inmediatos, quedando exento de esta disposición las imágenes utilizadas para la cobertura periodística siempre que no permitan la identificación directa de la persona fallecida.

El derecho al luto de familiares, sus rituales y el acceso completo a la información de muerte estará protegido en cuanto a los actos relacionados con cadáveres de seres humanos, siempre que sea permitido por la autoridad sanitaria de la entidad federativa competente, en los términos de esta Ley y demás disposiciones generales aplicables³².

Como puede observarse, el texto normativo antes citado, no discrepa respecto al argumento central de nuestra propuesta: la dignidad es un *continuum* por lo que una persona aún después de fallecida debe seguir siendo respetada como tal. No obstante, cabe señalar que, desde el punto de vista teórico quizá por razones históricas derivadas del derecho internacional humanitario y debido a las consecuencias actuales de la Covid-19, se ha hecho mucho hincapié sobre todo al respeto al cadáver.

Así, Arriaga-Deza – citando a López Jacoiste – apunta que la dignidad de la persona aun después de extinguida su existencia, mantiene la significación y el respeto de quien fue. En tal sentido, coincide que la persona es una constante y, por ello su cuerpo iner-

³² *Ibid.*

te debe ser honrado de manera tanto simbólica como práctica³³. Además, el cuerpo inanimado al haber pertenecido a una persona representa un conjunto de memorias y relaciones para otros individuos; en ese sentido debe conferírsele respeto, siendo éste denominado jurídicamente de forma certera como dignidad póstuma³⁴, término que nos sirve para rescatar del olvido social al ser humano exangüe, ya sin posibilidad para expresar deseos, propósitos, intenciones, sufrimiento ni resistencia ante la violencia de otras personas. De esta manera, no cabe duda de que el cuerpo exánime constituye la mayor expresión de vulnerabilidad humana³⁵. Podemos concluir que, para este autor, los cadáveres no son cosas, son humanos y dicha categoría puede considerarse como un género, en tanto que sus especies pueden ser: vivo o muerto³⁶. Así, la dignidad póstuma también reconoce el valor de la persona, la cual se constituye en su memoria y la de su red de relaciones significativas, de lo cual se deriva una actitud de consideración a sus valores, creencias, preferencias religiosas, ideológicas y éticas, así como de su integridad, tanto física como ideológica³⁷.

Por su parte, Becchi refiere que la dignidad es un valor superior a la misma vida³⁸, en tal sentido:

³³ Cfr. Arriaga- Deza, Emma Vanesa, “Dignidad y dignidad póstuma: respeto al paciente y al fallecido”, en *Revista del cuerpo médico hospitalario nacional Almanzor Aguinaga Asejo*, Perú, Vol. 13 Núm. 3 (2020), p. 324, recuperado de: <https://docs.bvsalud.org/biblioref/2021/04/1177983/749-otro-1485-1-10-20201223.pdf#:~:text=%2D%20La%20dignidad%20es%20un%20valor,esto%20le%20llamamos%20Dignidad%20p%C3%B3stuma>.

³⁴ Cfr. *Idem*.

³⁵ Cfr. PINTO, Boris Julián, “Necroética: el cuerpo muerto y su dignidad póstuma”, en *Repertorio de Medicina y Cirugía*, Colombia, Vol. 27, núm. 1, 2018, p. 59, <https://www.fucsulud.edu.co/sites/default/files/2018-07/Reflexion-Necroetica-cuerpo-muerto.pdf>.

³⁶ Cfr. Ortega Ruiz, Luis Germán y Ducuara Molina, Sergio Arturo, *op. cit.*, p. 95.

³⁷ Cfr. Pinto, Boris Julián, *op. cit.*, p. 60.

³⁸ Cfr. Becchi, Paolo, *El principio de la dignidad humana*, México, Fontamara, 2012, p. 65.

[...] el cuerpo humano sin vida tiene valores inherentes a la persona humana, revestida de la dignidad que le es propia como condición especial que lo caracteriza desde la concepción hasta más allá de su muerte, en una existencia póstuma desconocida y mantenido en el recuerdo por siempre. En ese contexto el cuerpo humano sin vida a pesar de que no siente y no sabe lo que sucede a su alrededor, debe ser tratado dignamente, preservando su intimidad y su derecho natural a una muerte digna³⁹.

Conforme a lo anterior, la dignidad – por decirlo de alguna manera – sobrevive al cuerpo sin vida con base en las manifestaciones vitales de la persona que lo animó, es decir, al apartado esencial del que se revistió y que le dio significación como valor superior. En tal sentido ni el cuerpo ni la memoria de una persona pueden – ni deben –, ser tratados como simples objetos.

Por todos los motivos expuestos con anterioridad, es que se puede colegir que la dignidad es un concepto trascendente, que acompaña al ser humano desde el inicio de su existencia y que nunca se separa de él. La dignidad es ese valor que toda persona goza, sea cual sea la etapa en que se encuentre, esto es, sin importar si se es niño o adulto, si podemos manifestarnos desde la racionalidad o no, o bien, si se tiene vida o ya no.

La dignidad póstuma viene a ser el concepto que otorga valor a lo desvalorizado, que revaloriza lo objetivado y que permite que se logren perpetrar los anhelos de trascendencia por parte de los seres humanos.

V. LA DIGNIDAD PÓSTUMA Y EL MITO DE LA PLENITUD DE DERECHO

Al inicio mencionamos que la dignidad póstuma parece ser un principio *no expreso*, ya que existen diversas disposiciones sobre la dignidad y la muerte en nuestro sistema jurídico, por lo que, si hacemos

³⁹ Tocci, Napoleón, *et. al., op. cit.*, p. 12.

una interpretación adecuada, es posible decir que es un verdadero derecho humano.

Cobrar conciencia de lo anterior, nos permite reconocer a la dignidad póstuma como un derecho permanente, mientras la humanidad tenga existencia. Y que también puede considerarse como un derecho emergente, de conformidad con lo que señala el Instituto de Derechos Humanos de Catalunya:

Los derechos humanos emergentes son reivindicaciones legítimas de la sociedad civil dirigidas a la formulación de nuevos o renovados derechos humanos. Hace sesenta años que se redactó la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Desde entonces, tanto las sociedades nacionales como la sociedad internacional, han sufrido profundas transformaciones a medida que se intensificaba la globalización, apareciendo como resultado nuevas y apremiantes necesidades humanas. Los derechos humanos emergentes pretenden traducir estas nuevas necesidades en nuevos derechos⁴⁰.

Conforme a lo anterior, coincidimos con aquellos doctrinarios que consideran que los derechos humanos existen independientemente de su reconocimiento por parte de los gobiernos, ya que se ha demostrado que el Estado Legislativo de Derecho al tener como uno de sus pilares fundacionales *el mito de la plenitud del derecho*, ha sido un modelo histórico insuficiente para ampliar y garantizar la protección jurídica de las personas.

Utilizando la definición de mito de Héctor Zamitiz, podemos decir que éste se caracteriza por ser un conjunto de representaciones reales o imaginadas (conceptos, imágenes y símbolos) no ordenadas sistemáticamente, sino confundidas y amalgamadas en un todo⁴¹.

⁴⁰ Instituto de Derechos Humanos de Catalunya, *Derechos Humanos Emergentes*, recuperado de: <https://www.idhc.org/es/incidencia/proyectos/derechos-humanos-emergentes>.

⁴¹ Cfr. Zamitiz, Héctor, “El respeto al estado de derecho en México: Entre el mito y la verdad”, en *Revista Casa del Tiempo*, México, núm. 13, noviembre de 2008, p. 4, http://www.uam.mx/difusion/casadel tiempo/13_iv_nov_2008/casa_del_tiempo_eIV_num13_04_08.pdf

Conforme a lo referido, los mitos pueden contener historias fantásticas que tratan de dar explicación a hechos reales o pueden originarse en conceptos o teorías racionalmente construidas, por ejemplo: la “soberanía”, el “contrato social”, la “división de poderes” o la “revolución”⁴². Así, la sociedad se construye a sí misma a partir de enlaces normativos que emanan de una fuente central de poder construida desde relatos mitológicos que aportan una genealogía llamada a legitimar desde lo simbólico y casi propagandístico la violencia primigenia que concede posición hegemónica a una voluntad, que ha sido capaz de presentarse a sí mismo como una moral universal y exigible⁴³.

De tal forma, cuando se analiza al derecho desde una perspectiva mitológica, es observable que el mismo se encuentra cimentado en la voluntad hegemónica de quienes tienen el poder para establecer lo que es o no correcto, generando una idea de universalidad, que en el fondo no lo es tanto. Por ello, los sistemas jurídicos son una mitología contemporánea que busca legitimar el poder de facto⁴⁴ que el derecho convierte en una norma jurídica positiva, que rige a la sociedad como si se tratase de una moral objetiva e incuestionable⁴⁵. De esta manera, quienes ostentan el poder se legitiman y establecen las normas de conducta que regulan a un grupo, considerando que la protección de las personas, en mayor o menor medida, será otorgada por quienes tienen la oportunidad de hacerlo. Siendo así, la extensión de los derechos no se encuentra contenida en la prerrogativa en sí, sino en la oportunidad de amplitud que la voluntad legislativa conceda, creciendo o decreciendo, según sea necesario. Reconfirmando así que, todo mito puede ser modificable, según el narrador de la historia.

⁴² *Ibidem*, p. 5.

⁴³ Cfr. Zambrano, Álvarez, Diego, “El rol del mito en la filosofía del orden y del derecho”, en *Revista telemática de filosofía del derecho*, núm 21, 2018, pp. 47-75, <http://www.rtfed.es/numero21/02-21.pdf>

⁴⁴ Cfr. *Idem*.

⁴⁵ Cfr. *Idem*.

Zambrano Álvarez precisa que, los preceptos morales convertidos ya en prescripciones jurídicas, además de organizar el poder, también establecen restricciones a la conducta de personas libres y racionales que tienden naturalmente hacia su auto conducción⁴⁶. De tal manera, la voluntad de quien puede construir el sistema normativo puede establecer los límites de las personas que deban someterse al mismo. En ese sentido, una persona es tan humana como el legislador quiera que sea.

Esto parecería una locura si se piensa en el respeto y protección que parece tener la dignidad humana dentro de los sistemas normativos actuales, pero debe recordarse que el valor de la persona ha sido concedido en las legislaciones y no así reconocido. Para Montero, lo anterior ha generado una deshumanización en el estudio y la práctica del derecho, o para decirlo de forma más clara, es el olvido del ser humano a fin de centrar la atención en la ley misma, en el sistema, su funcionamiento, sus procesos y procedimientos, no en su destinatario y en los efectos negativos o positivos que se pudieran ocasionar⁴⁷.

Lo que se genera por conducto del mito del derecho, es que se conceda un valor preferente a la norma y no así a la persona, dando significados a los vacíos legales, por conducto de la comprensión normativa sin considerar de fondo el valor del ser humano. En ese sentido, al existir una voluntad hegemónica que otorga una moral universal incuestionable al colectivo por conducto de la práctica legislativa, supone un ente superior al deseo de una minoría, por lo que, al pensarse en el valor individual de la persona, éste pasa a un segundo término.

En tal forma, la dignidad humana contenida en todo ordenamiento jurídico es el reflejo de la extensión que el legislador quiera darle y la interpretación que los operadores de justicia estimen, por lo que el

⁴⁶ Cfr. *Idem*.

⁴⁷ Cfr. Montero, Alberto, "Teoría crítica, mito y derecho", en *Revista de derecho*, México, vol. 2, 2017, pp. 16-17, recuperado de: <https://una.uniandes.edu.co/images/pdf-edicion2/articulos/Montero-2017---UNA-Revista-de-Derecho.pdf>.

valor especial de la persona pasa a ser un medio para la consecución de los fines de alguien más. Siendo de esta manera, pareciera ser que la persona es un objeto que se encuentra al arbitrio de quien tiene la posibilidad de jugar con el sistema normativo a su antojo. Se hace creer a las personas que en ellos está el poder de decisión, sin embargo, esto no es más que una falacia, pues tal como Montero precisa:

Detrás de las leyes y las instituciones están el pacto social, la soberanía y los ciudadanos (los cuales conforman al ‘pueblo’ como titular originario del poder soberano), sin embargo, estos no ejercen el poder de modo directo, por ello, es necesaria la representatividad, misma que se legitima mediante el derecho al sufragio ejercido a través de un sistema político electoral. Así que, en última instancia, todo parece depender de los representados, sin embargo, su momento estelar es fugaz, se limita al sufragio (HABERMAS, Jürgen, 2004, pp. 21-24), una vez realizado este, el Estado, sus instituciones y quienes en su nombre realizan sus funciones no necesitan en ningún momento, ni por ninguna causa volver a los ciudadanos y al ‘pueblo’. Lo que equivale a admitir que el Estado y sus instituciones una vez que han recibido el soplo de vida, prescinden de quienes son la razón de su existencia (los ciudadanos), por lo que gobiernan y ejercen el poder sin considerarlos.

De tal forma, si observamos fácticamente que el valor de cada persona puede ser solo un aspecto relevante para el Estado en el momento en que se requiere de su voto, es evidente que el propio gobierno tiende a cosificar a las personas. En ese sentido, si la propia dignidad de una persona viva no logra del todo ser valorizada, la dignidad póstuma es un hecho irrelevante para el legislador, no obstante que su reconocimiento sea un imperativo social. Así, el fenómeno normativo formal es incompleto, sabemos en la práctica que los vacíos legales son innegables, por lo que la plenitud del sistema jurídico también es un mito por lo que la llamada *realidad jurídica*, solo se conforma con las representaciones que son útiles para lograr ciertos fines.

No obstante, la muerte en sí misma produce muchas alteraciones en las relaciones catalogadas como jurídicas, por lo que el Derecho debe intervenir con sus mitos para tratar de evitar la anarquía. En este sentido, se inventó todo un sistema sucesorio que se basa: “(...) sobre la ficción jurídica que la voluntad del difunto se prolonga aquí en la tierra más allá de su desaparición terrestre”⁴⁸. Ahora bien, si se ha contemplado a la entelequia sucesoria con fines meramente patrimoniales: ¿Qué motivos justificarían que dicha ficción no se considerara también para propósitos axiológicos? ¿No se ampliaría con ello una verdadera protección a la persona de manera más integral, y no solo respecto a los bienes económicos que se dejan tras la pérdida de la vida? ¿No lograríamos con ello dar coherencia a la realidad social, con la jurídica y la axiológica? ¿O un respeto más profundo a los derechos humanos? Si las ficciones jurídicas (mitos) sirven como dice Villoro para contrarrestar la anarquía -o el trato inhumano de unos frente a otros-: ¿No valdría la pena considerar a la dignidad póstuma como un verdadero derecho humano?

VI. A MODO DE EJEMPLO: ANÁLISIS DE LA DIGNIDAD PÓSTUMA DE LOS DIVORCIANTES EN EL ORDENAMIENTO CIVIL DE LA CIUDAD DE MÉXICO

Hasta este momento hemos afirmado que, la dignidad es un derecho innato de los seres humanos y que este hace referencia al valor que tiene cada persona por virtud de dicha humanidad. De igual manera, hemos afirmado que la extensión de la dignidad, no supone la más amplia protección que las normatividades nos han hecho creer, pues la extensión de la misma depende del ánimo del legislador y – en su caso – de los operadores del derecho.

De esta forma, surge una pregunta: ¿Qué es más valioso, la dignidad humana o la norma? La respuesta sencilla a este cuestiona-

⁴⁸ Villoro Toranzo, Miguel, *Introducción al Estudio del Derecho*, 21ª. edición, México, Porrúa, 2010, p. 342.

miento pareciera ser, aun actualmente (a pesar del cambio de paradigma hacía los derechos humanos), que la norma es más valiosa.

Entendamos primero una de las máximas de la vida en comunidad, el derecho de una persona culmina cuando comienza el derecho de un tercero. Si consideramos la anterior afirmación, podemos comprender que para que exista una convivencia armónica en la sociedad, las personas no pueden ejercer sus derechos de una forma ilimitada, por lo que es esencial que existan ciertas normas de conducta que generen una sana coexistencia, en donde la norma jurídica toma una gran importancia al establecer las bases de las relaciones interpersonales.

En este caso particular, se puede pensar en el derecho a la libertad, ya que el mismo nos permite tomar de forma autónoma las decisiones que afectarán a nuestra vida, sin embargo, ésta no permite que con el ejercicio de nuestras libertades podamos ocasionar una lesión a la esfera de derechos de otra persona. Por tal motivo, el legislador previó necesario establecer ciertos límites a este derecho, para que la vida en comunidad no fuese una anarquía descontrolada.

Ahora bien, cuando pensamos en la dignidad humana, el legislador ha “reconocido” que ésta es un derecho fundamental, la base de la normatividad y que no puede ser por tanto limitada, pues la misma hace referencia al valor de una persona que por sí misma es un fin, por lo que no puede ser tratada como un objeto para alcanzar alguna meta particular.

Este enfoque nos permitiría establecer que, ante un enfrentamiento entre la dignidad y una legislación, sería la dignidad quien saldría avante, pues ésta es la razón última sobre la que se tiene que interpretar las problemáticas que surjan en la normatividad, ya que es importante recordar que la dignidad es la base de todo sistema jurídico. Sin embargo, – como ya lo establecimos con anterioridad – fácticamente esto necesariamente, no es así.

Para una mayor ejemplificación, estudiaremos dos figuras del derecho familiar, que pareciera no generan un conflicto y que su

relación es sumamente armónica. El divorcio y las sucesiones, parecen ser dos figuras que contemplan de forma clara dentro de sus regulaciones a la dignidad humana, pero: ¿Qué pasa cuando se aplican en conjunto? ¿Son armónicas?

Como se ha manifestado hasta este momento, cuando se piensa en la dignidad humana, esta no puede solo cerrarse al criterio vital de la humanidad, pues como se ha observado, una persona es un todo que se encuentra configurado por un aspecto corpóreo y otro espiritual. Debemos recordar que, una parte de la configuración de la dignidad humana es el aspecto interno de la persona, tal y como son sus emociones, sentimientos, decisiones y relaciones.

De tal manera, las decisiones y las acciones de una persona cobran una gran importancia al tratarse de la dignidad, pues por conducto de estas, los seres humanos logran trascender la barrera tiempo / espacio, como ya ha quedado ejemplificado con anterioridad. De tal manera, la voluntad resulta ser un aspecto relevante al tratarse de la dignidad, pues esta es el medio por el cual una persona logra exteriorizar sus deseos particulares (libre desarrollo de la personalidad).

En ese sentido, al tratarse del juicio de divorcio, la voluntad de una persona tiene demasiada relevancia, pues con la reforma realizada al Código Civil para el Distrito Federal el día tres de octubre de dos mil ocho, mediante la cual se cambió el modelo legislativo del divorcio con causales a uno sin ellas, se establecía que la voluntad de una persona era suficiente para culminar con una relación matrimonial.

Como ya se ha visto, la voluntad es la forma en que la dignidad de una persona puede expresarse, por lo que el legislador estimó que era necesario quitar toda clase de candados para alcanzar a materializar los deseos de una persona, en este sentido, para poder poner fin al matrimonio.

Dentro del juicio de divorcio se otorgó la misma valía que tiene la voluntad en el matrimonio, pues para poder contraer un enlace nupcial es necesario que exista la voluntad de los contrayentes, ya que la falta de voluntad de uno, impide que se celebre el mismo. En

tal sentido, la reforma al juicio de divorcio planteó que el deseo de una persona por culminar su relación generaba el mismo resultado, esto es, la invalidación de un matrimonio.

Como ya ha sido planteado, la voluntad de las personas deviene, de entre diversos derechos, de la dignidad humana. La voluntad de un individuo por auto determinarse, vivir la vida que, a su parecer, es mayormente benéfica para su futuro o bien la decisión sobre el camino que deberá seguir para la consecución de su propia felicidad, encuentra sustento en esta idea de dignidad.

Incluso es relevante establecer que la conexión entre el divorcio y la dignidad humana no es solo un asunto doctrinal, pues el propio legislador estimó importante proteger la intimidad de los divorciantes, respecto de los actos de conflicto que hubiesen padecido ya que exponer ante un tribunal sus motivos o causales de divorcio afectaría su dignidad, imagen y reputación social⁴⁹. De esta manera, se reconoció que no solo los tratos inhumanos pueden atentar contra la dignidad, sino también el hecho de ventilar la intimidad de una pareja lesionaría el valor de las personas involucradas. Por tal motivo se estimó necesario erradicar el juicio con causales, para dar paso a la separación de una pareja solo por virtud de la manifestación de la voluntad de querer separarse (libre desarrollo de la personalidad).

Esta idea de que la simple voluntad de uno o, en su caso, ambos cónyuges, fuese suficiente para decretar el divorcio, parte de la base de la autonomía de la voluntad de las personas y que el Estado no debe empeñarse en mantener, de forma ficticia, un vínculo que en la mayoría de los casos resulta irreconciliable⁵⁰.

En ese sentido, el legislador capitalino dio gran relevancia a la dignidad humana, permitiendo el acceso a una vida libre de violencia, consiguiendo con ello la eliminación de ciertos derechos que ya

⁴⁹ *Cfr.* Diario de los debates de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, publicado el 27 de agosto de 2008, pp. 31 a 38, <http://www.aldf.gob.mx/archivo-29d877a2d-50013f22c7ee4613fc35a2d.pdf>.

⁵⁰ *Cfr. Idem.*

no eran acordes a su realidad, como serían los de cohabitación o la vocación hereditaria.

La incorporación de la dignidad humana en el entendimiento del divorcio permitió que las personas pudiesen acceder al derecho de separación, ya que lo que se logró fue erradicar los candados que la legislación establecía para que las parejas pudieran acceder al divorcio y con ello, se les retornara el derecho de libre autodeterminación que había sido secuestrado por virtud de la institución del matrimonio.

En tal sentido, lo que pretendió el legislador al establecer una interpretación más amplia del derecho al acceso al divorcio – tomando como base a la dignidad humana –, fue establecer que ésta debía ser el punto de partida sobre cualquier conflicto que se generara, ya que por su conducto se lograría establecer una correcta armonización de toda legislación. De esta manera, la dignidad encontraba una valorización superior al tratarse de la norma.

En este punto, parecería que la dignidad humana es tan amplia, que por su conducto se puede llegar a la modificación de la legislación para establecer una correcta armonía normativa, sin embargo, uno de los casos más claros que se tienen respecto de la desvalorización de la dignidad – póstuma –, se encuentra presente en el Código Civil para el Distrito Federal, ya que el artículo 290 de dicho ordenamiento, establece:

La muerte de uno de los cónyuges pone fin al juicio de divorcio, y los herederos tienen los mismos derechos y obligaciones que tendrían si no hubiere existido dicho juicio.

Ahora bien, este artículo de su simple lectura no genera ninguna controversia, pues es entendible que al llegar la muerte de una persona y no poder continuar con un juicio, éste tenga que culminar. Sin embargo, la segunda parte de dicho artículo supone una hipótesis normativa interesante ya que los derechos hereditarios de la pareja superviviente subsisten por voluntad de la ley y, no de

la persona; violándose con ello el principio de la dignidad humana e inclusive de la dignidad póstuma como trataremos de evidenciar a continuación.

Recordemos que en la legislación de la Ciudad de México se establecen dos formas de suceder, una por vía testamentaria y otra por la vía legítima:

- a) La primera de ellas – como bien su nombre refiere – es aquella disposición de los bienes a heredar, que se dará por conducto de un testamento, el cual puede definirse como un acto unilateral, individual, personalísimo, libre y revocable, a través del cual, una persona con capacidad jurídica para celebrarlo manifiesta su última voluntad respecto del destino que habrán de tener sus bienes y relaciones jurídicas que no se extinguen con la muerte, y reconoce y cumple deberes; acto que, si se sujeta a las formas y requisitos establecidos en la ley, surtirá efectos una vez que fallezca su autor⁵¹. En ese sentido, en una sucesión testamentaria podrá heredar el autor de la sucesión a cualquier persona que éste decida, familiar o no, sin mayores limitantes que las de no dejar en estado de indefensión a alguna persona cercana que, por su imposibilidad, carezca de medios para su subsistencia. Este tipo de sucesiones no genera problemas dentro del sistema jurídico, pues al establecerse la forma en que se dispondrá de los bienes de una persona, únicamente el sistema se debe limitar a cumplir con la voluntad del *de cuius*.
- b) Ahora bien, la sucesión legítima es la transmisión a título universal del patrimonio de una persona que fallece, la cual tiene lugar cuando ésta no se pronuncia respecto al destino que habrán de tener sus bienes, o bien, cuando lo ordenado por ella no puede atenderse y, en consecuencia, se rige por una serie de disposiciones legales que, presumiendo cuál hubiese sido la voluntad del autor de la sucesión, establecen quiénes son los sujetos que habrán de sucederlo y las porciones que a estos les corresponden⁵².

⁵¹ Cfr. Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Serie Derecho Sucesorio, Sucesión Testamentaria*, t. 2, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2015, p. 32.

⁵² Cfr. Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Serie Derecho Sucesorio, Sucesión Legíti-*

En tal sentido, existen dos puntos de suma relevancia dentro del entendimiento de las sucesiones legítimas. El primero de ellos corresponde a la falta de pronunciamiento respecto al destino de los bienes y, a la presunción de la voluntad de la persona respecto de quiénes podrán heredar los mismos:

- a) El primer punto destacado, es importante en relación con la falta de expresión de la voluntad del *de cuius*, ya que, al no existir una disposición testamentaria, los bienes de éste quedan vacantes, sin saber el deseo real de la persona que ha de suceder la propiedad.
- b) Por lo que hace al segundo punto, éste es relevante debido a que establece una presunción a la voluntad no expresada del autor de la sucesión, por conducto de las reglas que el propio sistema normativo establece. En ese sentido, la legislación civil de la Ciudad de México señala que la prioridad del acceso a los derechos sucesorios corresponde en primer lugar a los descendientes y posteriormente a los cónyuges, ascendientes/adoptantes, colaterales hasta el cuarto grado y en caso de que no existan familiares que puedan heredar, lo podrá hacer la beneficencia pública.

De tal manera, la legislación civil aplicable en la Ciudad de México estima que los cónyuges tienen un derecho preferente sobre los demás familiares del autor de una sucesión, con excepción de los descendientes. Así, cuando un cónyuge sobrevive, éste tendrá una limitante para heredar si sobreviven descendientes al autor de la sucesión, pues únicamente podrá acceder a la herencia, si carece de bienes o los mismos no igualaran la porción que a cada hijo le correspondiera⁵³.

ma, t. 3, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2015, p. 32.

⁵³ Artículo 1,624 del Código Civil para el Distrito Federal. - El cónyuge que sobrevive, concurriendo con descendientes, tendrá el derecho de un hijo, si carece de bienes o los que tiene al morir el autor de la sucesión, no igualan a la porción que a cada hijo debe corresponder. Lo mismo se observará si concurre con hijos adoptivos del autor de la herencia.

Por lo que hace a los demás familiares del autor de una sucesión, el cónyuge supérstite tendrá preferencia para suceder, pues si es que éste acudiera con los ascendientes la herencia se dividirá en dos partes y una de ellas le corresponderá al cónyuge⁵⁴; si concurriera con el adoptante, el cónyuge sobreviviente accederá a dos terceras partes de la herencia⁵⁵, lo que ocurrirá de la misma forma si éste acudiera en conjunto con los hermanos del autor de la sucesión⁵⁶.

Lo anterior es de destacarse, porque de conformidad con la legislación civil de la Ciudad de México, los cónyuges supérstites tienen un derecho preferente – en la mayoría de las situaciones – al momento de acceder a la sucesión legítima de su pareja, siendo importante remarcar que, este derecho es efectivo mientras siga vigente el matrimonio.

Ahora bien, retornando el punto inicial, es decir, conforme a lo establecido por el artículo 290 del Código Civil para el Distrito Federal, una pareja que comenzó con los trámites de divorcio y éste concluye por la muerte de alguna de las partes, genera que los derechos sucesorios subsistan, sin embargo, a la luz de la supletoriedad de la voluntad ya indicada para la sucesión legítima, esto carecería de sentido ya que si la última voluntad conocida del *de cuius* era la de querer romper todos los vínculos jurídicos, entonces: ¿Por qué han de subsistir los derechos hereditarios?

Esta pregunta admite dos posibles respuestas según se tomen en consideración diferentes supuestos:

⁵⁴ Artículo 1,626 del Código Civil para el Distrito Federal. - Si el cónyuge que sobrevive concurre con ascendientes, la herencia se dividirá en dos partes iguales, de las cuales una se aplicará al cónyuge y la otra a los ascendientes.

⁵⁵ Artículo 1,621 del Código Civil para el Distrito Federal. - Si concurre el cónyuge del adoptado con los adoptantes, las dos terceras partes de la herencia corresponden al cónyuge y la otra tercera parte a los que hicieron la adopción.

⁵⁶ Artículo 1,627 del Código Civil para el Distrito Federal. - Concurriendo el cónyuge con uno o más hermanos del autor de la sucesión, tendrán dos tercios de la herencia, y el tercio restante se aplicará al hermano o se dividirá por partes iguales entre los hermanos.

- a) Si se considera únicamente el texto legal establecido en la legislación civil, subsisten los derechos hereditarios.
- b) Si se considera la última voluntad conocida del autor de la sucesión, los derechos hereditarios deberían entenderse como concluidos.

Este último reparo encuentra sentido en uno de los fines del divorcio, pues este no es solo una figura jurídica que deja a los cónyuges en la posibilidad de entablar otra relación conyugal, pues el divorcio tiene de igual forma otros extremos como lo es la cesación de la vocación hereditaria. Esto encuentra sustento en la propia legislación, ya que en ningún apartado de la codificación civil se establece que las parejas separadas por virtud del divorcio mantengan derechos sucesorios recíprocos.

Lo anterior se entiende, si se considera que la finalidad de la sucesión legítima es ofrecer – ante la falta de voluntad testamentaria –, una posibilidad de traspasar los derechos de propiedad que tiene una persona a sus familiares más cercanos, por lo que, al ya no existir relación de filiación con la expareja, esta no tendría derecho para ser parte de la sucesión. En ese sentido cabe preguntarse: ¿Por qué subsisten los derechos hereditarios entre los divorciantes?

Si se considera que la dignidad póstuma, la cual refiere al valor del ser humano, puede lesionarse por virtud de la vulneración de los deseos previamente expresados en vida, es entonces imperante establecer una revalorización de lo manifestado por una persona en un escrito de divorcio presentado ante una autoridad. De igual manera debe decirse que el divorcio solo puede culminar por: virtud de una sentencia que pone fin al matrimonio, la reconciliación de la pareja y por la muerte de alguno de los cónyuges.

Por lo que hace al segundo supuesto, es decir, la reconciliación de la pareja es importante señalar que se requiere de una nueva manifestación de la voluntad de no querer separarse, con lo que se pondrá fin al trámite de divorcio. Esto es trascendente debido a que, para que la reconciliación sea la forma de finalización del juicio de divorcio, se requiere que las partes manifiesten su deseo de

continuar casados. Por tal motivo, si es que este deseo no se expresa, la muerte de alguno de los cónyuges durante el proceso de divorcio supone que no existió reconciliación entre la pareja, pues nunca se informó al juzgador de este deseo, por lo que la última voluntad conocida es la de querer separarse.

Siendo así, resulta importante que la dignidad póstuma sea considerada dentro de esta hipótesis normativa, pues al actualizarse la muerte de alguno de los divorciantes – de conformidad con todo lo aquí expuesto –, debería también considerarse el deseo de culminación de la relación, estableciendo la terminación de la vocación hereditaria.

Cárdenaz Krenz señala que, al morir una persona, en efecto se extingue su existencia física, mas no desaparece por completo. No solo porque igual podemos seguir hablando de ella, sino porque le perviven relaciones, decisiones tomadas, los hijos que tuvo, sus obras publicadas, los recuerdos que dejó, las disposiciones testamentarias de su patrimonio o su buen nombre⁵⁷. En tal sentido, las decisiones tomadas por una persona en vida, deben continuar teniendo efectos en el futuro después de su muerte, pues negar su valor, es negar que el ser humano es valioso por sí.

Este autor también sostiene que los muertos cuentan con derechos en tanto su condición pretérita de personas. Los tienen en forma limitada, restringida, sin poder ejercerlos por sí mismos, pero derechos, al fin y al cabo, como una prolongación trascendente de su personalidad y sobre la base de la dignidad póstuma que tiene todo ser humano⁵⁸. Por tal motivo, es esencial que se revaloricen las decisiones tomadas en vida. En tal virtud, la manifestación de querer culminar con la relación matrimonial es un ejemplo más de la voluntad pretérita trascendente de una persona, en donde su valor primordial le permite alcanzar sus deseos, aun cuando ya no se encuentre en un plano físico, pues su legado continuará por el resto de la existencia.

⁵⁷ Cfr. Cárdenas Krenz, Ronald, *op. cit.*, p. 172.

⁵⁸ Cfr. *Ibidem*, p. 192.

La dignidad póstuma de una persona supone dar valor a las decisiones tomadas en vida, lo que el sistema jurídico mexicano no contempla, aunque el mismo supuestamente descansa sobre la base de la dignidad humana. De tal forma, si lo que se pretende es dotar de mayor importancia al valor del individuo, dicha valía no solo puede ser concedida a una persona que físicamente se encuentra viva, pues un ser humano es más que un cuerpo. Por ello, es importante destacar que la personalidad jurídica —finalmente, una noción abstracta— trasciende a la persona en cuanto a su existencia física. Reconocer los derechos *post mortem* de la persona implica admitir que el ser humano no es solo existencia, sino también trascendencia⁵⁹.

Por estos motivos, es que arribamos al cuestionamiento: ¿Qué tan humanos somos para el sistema legal? Si tomamos en consideración el concepto dignidad como *continuum* que aquí proponemos, somos tan humanos como la propia dignidad pueda extenderse, es decir, la humanidad no puede limitarse a un aspecto del ser humano, como sería únicamente su manifestación vital, pues se debe considerar a la persona como un todo, incluyendo su aspecto espiritual, mismo que le otorga una de las características más importantes: la trascendencia.

Ahora bien, si esta pregunta la contestamos desde un plano estrictamente jurídico, una persona es tan humana como el legislador quiere que sea. Cuando se trata del divorcio o de las sucesiones, se ha creado un mito que señala que la dignidad es un aspecto fundamental. Sin embargo, en su punto de intersección, se ha establecido la inexistencia del valor de una persona, fragmentando de esta forma el sistema jurídico con la falta de sistematización legislativa.

En un punto, el legislador ha estimado a la voluntad como un pilar del sistema jurídico cuando se requiere resolver una problemática específica, sin embargo, en un ánimo inexplicable, también ha determinado que la dignidad humana tiene límites, los cuales se encuentran con la muerte de una persona. Lo anterior, ocasionó la

⁵⁹ Cfr. *Ibidem*, p. 194.

cosificación del ser humano al llegar su muerte, lo que supone una contradicción a la idea más pura de la dignidad, que tiene que ver con el valor máximo que nos permite ser y manifestar fines.

De tal manera, tanto el divorcio como las sucesiones legítimas se encuentran encasilladas a la voluntad del legislador, permitiendo la violación de la dignidad póstuma de una persona. Lo que nos permite recordar que la muerte de un ser humano, es la máxima expresión de vulnerabilidad que tiene un individuo. En palabras sencillas, la normatividad es más valiosa que una persona, perdiendo así el sentido del valor humano.

VII. CONCLUSIONES

Es incomprensible que, con el fallecimiento de una persona, ésta pierda de manera instantánea todo valor del que fuera objeto en vida, por tal motivo, la dignidad debe mantenerse como un valor primordial concedido en favor de la esencia humana y, no así del vehículo que la transporta.

Es de destacarse que, de conformidad con los postulados de Kant, una persona no puede ser un objeto, por tal motivo reducir la vida humana a un lapso definido en el tiempo y el espacio, es sinónimo de poner un sello de caducidad en toda persona, que establece que, una vez finalizada su vida corpórea, ésta se convierta entonces en un objeto más, situación que ni siquiera el derecho reconoce como tal ya que el cadáver no es considerado jurídicamente una cosa.

En ese sentido, cobra vital importancia que sea respetada la dignidad de una persona que, aunque de forma física ya no se encuentra, de manera esencial continúa habitando por conducto de sus relaciones, emociones y decisiones, trascendiendo un espacio físico, pero habitando de forma continua un espacio atemporal.

En tal virtud, debe comprenderse que el ser humano puede dividirse en dos aspectos que le dan forma, uno que representa su corporeidad en un plano físico, mientras que su parte esencial – in-

mersa en su valor – se contiene en un plano atemporal. Un cuerpo que vive es la suma de ambas partes, pero la falta de corporeidad no impide la continuación del ser, pues el apartado esencial nunca deja de existir.

Siendo de esta manera, se impone necesario considerar el valor de las personas fallecidas, por conducto de su dignidad póstuma como un verdadero derecho humano.

VIII. FUENTES DE CONSULTA

1. BIBLIOGRAFÍA

- ATIENZA, Manuel, “Un comentario sobre el concepto de dignidad”, en Salazar Ugarte Pedro, Larrañaga Monjarraz Pablo y Cerdio, Jorge (comp.), *Entre la libertad y la igualdad. Ensayos críticos sobre la obra de Rodolfo Vázquez*, tomo I, Instituto de Investigaciones Jurídicas México, UNAM, 2017. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4588/19a.pdf>.
- BECCHI, Paolo, *El principio de la dignidad humana*, México, Fontamara, 2012.
- GUASTINI, Ricardo, *Estudios de teoría constitucional*, México, Fontamara-Universidad Nacional Autónoma de México, Colección Doctrina Jurídica Contemporánea, 2001.
- KANT, Immanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, 16a. ed., trad. de Manuel García Morente, México, Porrúa, 2016.
- KÜBLER-ROSS, Elisabeth, *Sobre la muerte y los moribundos*, trad. de Macmillan Publishing Company, México, DeBolsillo, 2010.
- MORIN, Edgar, *El hombre y la muerte*, 4ª. ed., Barcelona, Kairós, 2003.
- QUINTANILLA MADERO, Beatriz, *Conducta humana. Bases antropológicas y neurobiológicas*, México, Trillas, 2014.

RECASENS SICHES, Luis, *Vida humana, Sociedad y Derecho. Fundamentación de la Filosofía del Derecho*, México, Biblioteca Virtual Universal, 2013.

Serie Derecho Sucesorio, Sucesión Legítima, t. 3, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2015.

Serie Derecho Sucesorio, Sucesión Testamentaria, t. 2, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2015.

VILLORO TORANZO, Miguel, *Introducción al estudio del Derecho*, 21^a. edición, México, Porrúa, 2010.

2. HEMEROGRAFÍA

ARRIAGA- DEZA, Emma Vanesa, “Dignidad y dignidad póstuma: respeto al paciente y al fallecido”, en *Revista del cuerpo médico hospitalario nacional Almazor Aguinaga Aseño*, Perú, Vol. 13 Núm. 3 (2020). <https://docs.bvsalud.org/biblioref/2021/04/1177983/749-otro-1485-1-10-20201223.pdf#:~:text=%2D%20La%20dignidad%20es%20un%20valor,esto%20le%20llamamos%20Dignidad%20p%C3%B3stuma>

BARRASÚS HERRERO, Juan Carlos, “Reconocimiento y reificación: La revisión de Axel Honneth de una categoría clave de la Teoría Crítica”, en *Logos. Anales del Seminario de Metafísica*, Revista electrónica, Vol. 46, 2013. Recuperada de: https://www.academia.edu/7918523/Reconocimiento_y_reificaci%C3%B3n_La_revisi%C3%B3n_de_Axel_Honneth_de_una_categor%C3%ADa_clave_de_la_Teor%C3%ADa_Cr%C3%ADtica

CÁRDENAS Krenz, Ronald, “¿Tienen derechos los muertos?”, en *Revista de derecho corporativo*, Universidad ESAN, Lima, Perú, enero-junio 2020, vol. 1, Núm. 1. <https://revistas.esan.edu.pe/index.php/giuristi/article/view/13>.

- ESTÉVEZ, Ariadna, “Biopolítica y necropolítica: ¿constitutivos u opuestos?”, en *Espiral, Estudios sobre Estado y Sociedad*, Revista electrónica, Vol. XXV, núm. 73, septiembre-diciembre de 2018, <http://www.scielo.org.mx/pdf/espiral/v25n73/1665-0565-espiral-25-73-9.pdf>
- HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, María de los Ángeles, “La Bioética y el Discurso de la Dignidad”, en *Neurociencias, Bioética y Derecho*, México, UNAM-FES ACATLÁN-DGAPA, 2017.
- MONTERO, Alberto, “Teoría crítica, mito y derecho”, en *Revista de derecho*, México, vol. 2, 2017. Recuperado en: <https://una.uniandes.edu.co/images/pdfedicion2/articulos/Montero-2017--UNA-Revista-de-Derecho.pdf>
- ORTEGA RUIZ, Luis Germán y Ducuara Molina, Sergio Arturo, “El cadáver humano y su incidencia jurídica”, en *Revista Verba Iuris*, núm. 14(42). <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/verbaiuris/article/view/5660/5272>
- PÉREZ TREVIÑO, José Luis, “La relevancia de la Dignidad Humana. Un comentario”, en *DOXA. Cuadernos de filosofía del derecho*, España, núm. 30, 2007. https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/13120/1/DOXA_30_23.pdf
- PINTO, Boris Julián, “Necroética: el cuerpo muerto y su dignidad póstuma”, en *Repertorio de Medicina y Cirugía*, Colombia, Vol. 27, núm. 1, 2018. <https://www.fucsalud.edu.co/sites/default/files/2018-07/Reflexion-Necroetica-cuerpo-muerto.pdf>
- QUINTERO ANGARITA, José Rafael, “Teoría de las necesidades de Maslow”, <https://doctorado.josequintero.net>
- TOCCI, Napoleón, *et. al.*, “Una perspectiva axiológica del cuerpo humano sin vida”, en *Revista de la facultad de ciencias de la salud. Universidad de Carabobo*, Venezuela, vol. 18, núm. 2, 2014, <http://ve.scielo.org/pdf/s/v18n2/art03.pdf>

- VELÁZQUEZ MORENO, Julián Eduardo, “Categorías esenciales para comprender la existencia del ser humano y sus transformaciones en la psicología humanista existencial”, en *El ágora USB*, Colombia, V. 10, No 1, Enero - Junio 2010. <https://revistas.usb.edu.co/index.php/Agora/article/view/363/123>
- WHITE, Michel, “Decir hola de nuevo. La incorporación de la relación de pérdida en la resolución de la aflicción”. Artículo escrito para ser presentado en el “*Loss and the Family International Colloquium*”, Ballymaole, County Cork, Irlanda, desarrollado entre el 5 y el 8 de julio de 1988. Recuperado de: https://www.academia.edu/31648858/DECIR_HOLA_DE_NUEVO
- ZAMBRANO ÁLVAREZ, Diego, “El rol del mito en la filosofía del orden y del derecho”, en *Revista telemática de filosofía del derecho*, núm. 21, 2018. <http://www.rtfed.es/numero21/02-21.pdf>
- ZAMITIZ, Héctor, “El respeto al estado de derecho en México: Entre el mito y la verdad”, en *Revista Casa del Tiempo*, México, núm. 13, noviembre de 2008. http://www.uam.mx/difusion/casadel tiempo/13_iv_nov_2008/casa_del_tiempo_eIV_num13_04_08.pdf

3. ELECTRÓNICAS

- Asamblea legislativa del Distrito Federal, *Diario de los debates de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal*, publicado el 27 de agosto de 2008. <http://www.aldf.gob.mx/archivo-29d877a2d-50013f22c7ee4613fc35a2d.pdf>
- Cambridge dictionary, “continuum”. Recuperado de: <https://dictionary.cambridge.org/es/diccionario/ingles/continuum>.
- Instituto de Derechos Humanos de Catalunya, *Derechos Humanos Emergentes*. Recuperado de: <https://www.idhc.org/es/incidencia/proyectos/derechos-humanos-emergentes>

- Organización de las Naciones Unidas, *Carta de las Naciones Unidas*. Recuperado en: <https://www.un.org/es/about-us/un-charter/preamble>
- Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española on line*, trascender, en <https://del.rae.es>
- UNESCO, Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos, <https://portal.unesco.org/es/>

4. LEGISGRAFÍA

- Código Civil para el Distrito Federal. Recuperado de: <http://aldf.gob.mx/archivo-c9dc6843e50163a0d2628615e069b140.pdf>
- Congreso del estado de Michoacán de Ocampo, *Proyecto de decreto por el que adiciona el artículo 3 bis, 69 bis y reforma los artículos 16 y 71 a la Ley de Salud del Estado de Michoacán de Ocampo*. Recuperado de: <http://congresomich.gob.mx/file/Iniciativa-Reforma-Dignidad-Humana-Postuma-1-02-SEP-2020.pdf>
- Consejo de Salubridad General, Guía Integral de cuidados paliativos, *Diario Oficial de la Federación*. Recuperado de: http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5377407&fecha=26/12/2014&print=true
- Registro Digital 242261, Séptima Época, Volumen 22, Cuarta Parte.
- Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tesis 1ª./J.37/2016, Décima Época, t. II, agosto de 2016. Recuperado de: <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2012363>
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo en Revisión 9/202, https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/listas/documento_dos/2021-05/9.pdf
- Tesis 1a./J.37/2016(10a), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. II, agosto de 2016.

Tesis I.11°. C.112 C, Décima Época, t. III, noviembre de 2020, p. 1995. Recuperado de: <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2022461>

EL DEBER DEL LEGISLADOR DE JUSTIFICAR LA PROPORCIONALIDAD EN NORMAS RESTRICTIVAS

THE LEGISLATOR'S DUTY TO JUSTIFY THE PROPORTIONALITY OF RESTRICTIVE RULES

DAVID ALEJANDRO PARADA SÁNCHEZ¹

BRANDON ARTURO LEMUS RAMOS²

RESUMEN: En el presente estudio, se expondrá el alcance que ha tenido el principio de proporcionalidad en el sistema jurídico mexicano, a través de los criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, identificando su técnica de aplicación y sus consecuencias en la resolución de problemas jurídicos nacionales. Con el objeto de identificar las dificultades y retos que ha implicado la aplicación del test de proporcionalidad en la jurisdicción constitucional; para demostrar la necesidad que los legisladores al motivar normas de carácter restrictivo, apliquen el test de proporcionalidad, a fin de que el Tribunal Constitucional analice la validez de la norma a través de la voluntad del legislador y no se desvirtúe por meros errores de técnica legislativa, logrando el equilibrio que se requiere en un Estado Republicano Democrático.

¹ Maestro en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México y en su sede Facultad de Estudios Superiores Acatlán; así como, profesor en la Licenciatura de Derecho y del Programa de Posgrado de Derecho en la misma institución. Contacto: davidparada@pariusyparley.com.mx, ORCID: <<https://orcid.org/0000-0002-5152-6286>>.

² Licenciado en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México en su sede Facultad de Estudios Superiores Acatlán; Especialista en Derechos Humanos a través del Programa de Posgrado de Derecho en la UNAM; estudiante en la Maestría en Derecho del Programa de Posgrado de Derecho en la UNAM. Contacto: brandonarturolemus@gmail.com, ORCID: <<https://orcid.org/0000-0001-6671-5250>>.

Fecha de recepción: 02 de agosto de 2021; fecha de aprobación: 11 de febrero de 2022.

PALABRAS CLAVE: *ponderación, proporcionalidad, principios, técnica legislativa, restricción de derechos fundamentales y validez sustancial de la norma.*

ABSTRACT: In this study, the scope that the principle of proportionality has had in the Mexican legal system will be presented, through the criteria of the Supreme Court of Justice of the Nation, identifying its application technique and its consequences in the resolution of national legal problems. In order to identify the difficulties and challenges that the application of the proportionality test in the constitutional jurisdiction has implied; to demonstrate the need for legislators to apply the proportionality test when justifying restrictive rules, so that the Constitutional Court can analyze the validity of the rule through the will of the legislator and not be distorted by mere errors of legislative technique, achieving the balance required in a democratic republican state.

KEYWORDS: *ponderation method, proportionality, principles, legislative technique, restriction of fundamental rights and substantial validity of the norm.*

SUMARIO: I. Introducción; II. Principios y Reglas; III. Ponderación: restricción de derechos fundamentales; IV. Test de Proporcionalidad; V. Técnica Legislativa: Exposición de Motivos; VI. Caso Charrería y Tauromaquia; VII. Caso uso lúdico de marihuana; VIII. La ponderación y proporcionalidad en la técnica legislativa; IX. Conclusiones X. Fuentes de consulta.

I. INTRODUCCIÓN

La distinción entre principios y reglas ha permeado con mayor intensidad en el Sistema Judicial Mexicano. A partir de la reforma de 2011 los tribunales de jurisdicción constitucional se han visto en la necesidad de desarrollar argumentación

más allá de la subsunción de la norma, recurriendo a otras herramientas hermenéuticas como el escrutinio y la ponderación; siendo esta última el objeto de estudio para este artículo.

La sociedad mexicana hoy día denota elevados niveles de complejidad, su heterogeneidad en todos los ámbitos requiere de una constante labor legislativa. El contexto social y la obligación del Estado de preservar el orden constitucional, ha llevado al inevitable camino de crear normas que restringen o limitan derechos fundamentales para beneficio o protección de otros derechos fundamentales.

Tales normas han sido necesarias para atender fenómenos sociales -algunas veces hasta culturales- que atentan derechos fundamentales, como la discriminación, la asimetría social-económica, las altas tasas delictivas y de corrupción, prácticas culturales como los espectáculos de animales en circos o la tauromaquia. Y también han llevado a replantear el estudio de prohibiciones normativas que se consideraban inmutables en la sociedad mexicana, como lo es el consumo de drogas, la interrupción legal del embarazo o el matrimonio entre personas del mismo sexo.

Todas estas normas al ser analizadas por el Tribunal Constitucional, han requerido de un estudio que va más allá de los métodos de meta-subsunción tradicionales, como la interpretación, la analogía o la mayoría de razón. La Suprema Corte de Justicia de la Nación, empujada por la comunidad académica, el gremio de la abogacía y de sus propios juzgadores, ha tenido que recurrir a la aplicación del Principio de Proporcionalidad y de su Test, también conocido como Ponderación.

En ese contexto, nos encontramos que el Test de Proporcionalidad al ser aplicado por los Jueces Constitucionales y los propios Ministros, se desarrolla de manera incompleta, deficiente o parcial, en gran medida porque el legislador al haber emitido esas normas restrictivas, fue omiso en establecer en su exposición de motivos, de qué manera verificó la optimización del derecho, como justifica el fin constitucional; y, cómo fue, que llegó a la conclusión que esa

medida restrictiva se trata de una medida necesaria, idónea y proporcional. El legislador incurre en la constante de dejar un vacío en la exposición de motivos, enfocándose a exponer aspectos sociológicos, jurídicos, económicos y demás, para justificar la norma; pero que son insuficientes para sostener su proporcionalidad.

Esta omisión, ocasiona que cuando se cuestiona la validez de la norma por no cumplir el Principio de Proporcionalidad, al ser sometida al test respectivo por el Tribunal Constitucional, no lo superan; en gran medida, por la ausencia de ese estudio en la exposición de motivos. Cuando el juez somete la norma al test de proporcionalidad, se observan dos escenarios: en uno, el juez se sustituye por el legislador al incorporar elementos no expuestos por éste para poder realizar una ponderación completa; en el otro aplica estrictamente la ponderación, y sin necesidad de desarrollarla de manera completa se decanta en declarar la invalidez de la norma, por la ausencia de argumentos del legislador atinentes a justificar la proporcionalidad de la norma.

En este texto, se sostendrá que el legislador tiene el deber constitucional de realizar un control de proporcionalidad en la exposición de motivos, cuando emita normas que restrinjan derechos fundamentales; lo cual, permitirá que la litis constitucional sea más concreta, evitará discrecionalidad –a veces arbitrariedad– por parte del Tribunal Constitucional al aplicar la Ponderación y garantizará que las decisiones del Tribunal Constitucional auténticamente fortalezcan el orden constitucional y la protección de los derechos fundamentales.

Para lograrlo, el artículo se desarrollará conforme a un método crítico, analítico, comparativo y funcionalista; se expondrá los fundamentos de la Teoría de Principios, el Principio de Proporcionalidad y su test o ponderación, a través de la Doctrina y de la Jurisprudencia Mexicana. Hecho lo anterior, se analizarán dos sentencias emitidas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en las cuales fue motivo de estudio la constitucionalidad de normas de carácter restrictivo, algunas con base en la ponderación y otras con

otros métodos, a pesar de que resultaba correcto aplicar ponderación y finalmente, la técnica legislativa. Todo ello, para evidenciar que el legislador tiene el deber constitucional de verificar que sus normas cumplan con el Principio de Proporcionalidad, para brindar certeza a los ciudadanos y fortalecer el Orden Constitucional y la protección de los Derechos Fundamentales en México; lo cual debe ser expreso en la exposición de motivos.

II. PRINCIPIOS Y REGLAS

Un sistema jurídico constitucional se integra por principios y reglas. Ambos son normas, sin embargo, su naturaleza, su finalidad y su realización son diferentes. Siendo que las primeras constituyen el parámetro de validez sustancial de las segundas, pues las reglas deben tender a optimizar a los principios, es decir, adoptar las medidas para que éstos sean realizables en el mundo fáctico y jurídico.

Robert Alexy expone que los derechos humanos tienen su fundamentación en el naturalismo jurídico, en este sentido son derechos subjetivos morales que ejercen su derecho central que es la dignidad frente a la relación soberana de ciudadano y Estado,³ esto es que defienden la integridad humana frente al poder organizado del Estado, sociedad, política y actos de autoridad, como tales son prerrogativas de carácter político-liberal, ya que no se les puede descontextualizar de su entorno político liberal de un “Estado” formado por individuos con derechos que deben ser respetados y promovidos para mantener la estabilidad, desarrollo y calidad de vida.⁴

Vida, Libertad, Igualdad y Dignidad son Principios y Derechos Humanos que se ven reflejados en los derechos constitucionales como derechos fundamentales, es decir como normas positivizadas en torno a una norma general constitucional, en suma, normas en

³ Cfr. Hierro L., Liborio, *Los Derechos Humanos Una concepción de la justicia*, Madrid, Marcial Pons, 2016, p. 116.

⁴ Cfr. *Idem*.

armonía con la Carta Magna.⁵ Dentro de la estructura de las normas de derechos fundamentales la distinción teórico estructural por excelencia es la que distingue entre reglas y principios, lo anterior se puede observar cuando se cataloga de principios a los valores y fines de las normas, y el carácter de regla se observa cuando se apela a la legalidad y fuerza de una constitución.⁶

Tanto principios como reglas son normas y se agrupan en el concepto de norma, pues “ambos establecen lo que es debido. Ambos pueden ser formulados, con la ayuda de las expresiones deónticas básicas del mandato, el permiso y la prohibición”⁷ entonces podemos observar que la distinción entre reglas y principios son distinciones entre dos tipos de normas.

La distinción puede partir del criterio de generalidad, el cual según este criterio observa que los principios son normas de un grado de generalidad relativamente alto, mientras las reglas, tienen un nivel relativamente bajo;⁸ por ejemplo una norma que consagre la libertad religiosa para todos tiene un nivel de generalidad alto, por otro lado, una norma que regula los requisitos para la apertura de establecimientos de práctica religiosa tiene un nivel de generalidad bajo. El primero como principio establece el parámetro, el cual deberá ser optimizado por la regla, como se ve el primero tiene un alto grado de generalidad o abstracción, que permite que el nivel de cumplimiento se dé en diversos grados; en cambio, la regla atiende a un fin específico y ésta se cumple en su totalidad o no se cumple. No se desvincula del principio, ya que la regla debe permitir que el principio sea realizable. Así, los requisitos que establezca deben atender a criterios de proporcionalidad y racionalidad, para que sea posible la apertura de un establecimiento donde se ejerza la libertad religiosa.

⁵ Cfr. Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, trad. Carlos Bernal Pulido, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012, p. 63.

⁶ Cfr. Idem.

⁷ *Ibidem*, p. 65.

⁸ *Idem*.

La diferencia entre reglas y principios es solo de carácter cualitativo, pues una observación más a profundidad advertirá que los principios fundamentan una regla en sí misma, incluso, pueden ser reglas fundadas sobre varios principios a la vez, pues debemos tener claro, que los principios ante su enorme abstracción requiere de un sinfín de normas que los optimicen, que los hagan realizables en la medida de lo posible. Robert Alexy menciona:

El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que se caracterizan porque pueden cumplirse en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas.⁹

En suma, los principios no pueden cumplirse o no cumplirse, sino optimizarse, pues con éstos se aspira a un ideal ético humanista propio de los Derechos Humanos, en consecuencia, son medibles en su materialización que se determinará por las situaciones fácticas en un momento determinado. En su esencia son estáticos, pero en su optimización son dinámicos, pues su nivel de cumplimiento es medible conforme al óptimo idóneo determinado por los procesos económicos, sociales, culturales y tecnológicos.

La optimización del principio se verá específicamente reflejado en las reglas, respecto de las cuales Alexy menciona “que solo pueden ser cumplidas o no”¹⁰, por lo tanto, las reglas son determinaciones, que aspiran a hacer realizable el principio en el mundo de lo fáctico y lo jurídico. Así, la regla será dinámica conforme a una adaptación a las circunstancias imperantes. Justamente en esa dinámica, resulta necesario verificar que la norma no se aleje del principio, por ser inidónea, irracional o desproporcional; incluso contraria al mismo, lo cual se logrará, mediante una dinámica equilibrada y funcional entre las funciones ejecutiva, legislativa y judicial.

⁹ Alexy, Robert, Teoría de los Derechos Fundamentales, op cit., pp. 67-67.

¹⁰ *Ídem*.

En el sistema jurídico mexicano podría surgir dudas si la optimización del principio se encuentra estipulado en la Constitución, cuya respuesta es que sí está preceptuado, lo cual, ubicamos en el artículo 1º Constitucional al establecer que “todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad todas las autoridades”.

El texto constitucional encarga las autoridades que en el ámbito de sus competencias logren el máximo de protección al señalar que se debe observar el principio de progresividad; es decir, que la protección de los derechos debe ser en la medida de lo posible con mayor amplitud; llevando implícita una regla de prohibición a la regresividad. Así que, todas las autoridades mexicanas están obligadas a lograr la optimización del derecho, con las únicas limitantes que sea material y jurídicamente posible; lo cual no queda al arbitrio de la autoridad, sino a una demostración que auténticamente están logrando el máximo de cumplimiento de los principios; esto es, conducir a su realización y observancia plena e inmejorable a favor del individuo.¹¹

La ponderación debe considerarse parte del parámetro de regularidad constitucional, el cual no se limita al texto de la norma nacional o internacional, sino que se extiende a la interpretación que hagan los órganos autorizados como tribunales constitucionales y organismos internacionales según corresponda.¹² Se trata de un mecanismo utilizado por Tribunales Extranjeros como el Español¹³

¹¹ IV2o.A.15 K (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Libro XXI, Junio de 2013, Tomo 2, p. 1289.

¹² 1a. CCCXLIV/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 24, Noviembre de 2015, Tomo I, página 986.

¹³ Orozco Solano, Víctor Eduardo, “La ponderación como técnica de aplicación de las normas sobre derechos fundamentales: una sentencia emitida por el Tribunal Constitucional Español en materia de libertad religiosa”, *Revista Judicial*, Costa Rica, número 109, septiembre 2013, p. 25.

y Alemania¹⁴; e Internacionales como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos; por lo que no hay duda que la ponderación de principios forma parte del parámetro de regularidad constitucional.

Los principios le dan contenido a las normas, convirtiéndolas así, en una herramienta de los Seres Humanos para lograr sus aspiraciones conforme a su interés personal y a la sociedad, para lograr el cumplimiento del interés colectivo, evitando contradicciones entre éstos. Privar a la norma de los principios, generaría un sistema jurídico vacío, con normas determinadas conforme a intereses particulares o de grupo. Así, los principios también cumplen con una función para evitar la arbitrariedad y la fragilidad del sistema jurídico.

Otro punto de diferencia a destacar, es que en cuanto a su aplicación; las reglas se aplican mediante un método hermenéutico de subsunción, esto es un proceso lógico racional argumentativo donde la hipótesis coincide con la conducta o hecho en el mundo fáctico, esto implica que ordenen algo de forma definitiva y categórica.¹⁵ A su vez, son sujetas de una metasubsunción¹⁶ cuando se está ante la oscuridad de la norma, los vacíos normativos, las antinomias o los conflictos entre normas.

En cambio, los principios al ser normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, en la medida de las posibilidades reales, fácticas y sobre todo técnicas-jurídicas,¹⁷ es decir, los principios se optimizan, adoptando los medios idóneos, efectivos y eficaces para lograr la mayor realización del principio.

¹⁴ Aguilera Portales, Rafael y LÓPEZ Sánchez, Rogelio, El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia mexicana (límites y restricciones a los derechos fundamentales), en García García, Mayolo y Moreno Cruz, Rodolfo (coords) *Argumentación jurídica. Fisonomía desde una óptica forense*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Estudios Jurídicos, número 249, México, 2014, p. 92.

¹⁵ Cfr. Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, trad. Manuel Atienza, 2a. ed. México, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 350.

¹⁶ Alexy, Robert, *Ensayo sobre la teoría de los principios y el juicio de proporcionalidad*, coord. Gonzalo Villa Rosas, 1a ed., Perú, Lima, Palestra Editores, p.173

¹⁷ *Idem.*

Un sistema jurídico debe ser congruente en lo formal y material, por ello, a través de la hermenéutica jurídica, se crean mecanismos para interpretar las normas, para resolver conflictos entre normas y cubrir los vacíos legales. Pero pueden existir conflictos de mayor complejidad, que no siempre pueden ser resueltos con los mecanismos hermenéuticos enunciados, pues va más allá del conflicto en la norma-regla; es decir, cuando existe un conflicto entre principios. En estos casos, el problema no surge de la norma en sí, sino de los principios que pretende proteger, creando un escenario en el cual, para proteger un principio, limita o reduce otro principio. Esto es lo que se conoce como colisión –aparente- entre principios, que al ser inderrotables entre sí, deben resolverse con la técnica de la ponderación, también denominada Test de Proporcionalidad.

III. PONDERACIÓN: RESTRICCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

El núcleo de la ponderación consiste en una relación que se denomina “ley de la ponderación” y que se puede formular de la siguiente manera: Cuando mayor sea el grado de no satisfacción o restricción¹⁸ de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro.¹⁹

El test de proporcionalidad permite verificar la norma restrictiva de derechos fundamentales cumpla con el principio de proporcionalidad, para ello, su estudio se realiza en tres etapas conforme a los subprincipios de necesidad, idoneidad, y proporcionalidad en sentido estricto. En efecto, estos principios exigen la máxima realización posible, relativa como tanto a las posibilidades fácticas como a las jurídicas, los subprincipios de idoneidad y necesidad se refieren al campo fáctico y el de proporcionalidad al jurídico, es aquí donde sucede la proporcionalidad.

¹⁸ Restricción o no satisfacción, que en esta tesis se denomina relativización.

¹⁹ Alexy, Robert, Teoría de la argumentación jurídica... op. cit., p. 351.

En suma, está técnica argumentativa “es el método propio de esta construcción teórica para determinar, en abstracto o en concreto, cómo, cuándo y en qué medida debe ceder el derecho fundamental que entra en colisión con otro o con un bien”.²⁰

Antes de seguir con la aplicación de los subprincipios, para llevar a cabo la técnica de la ponderación se debe observar una de las críticas -no sin fundamento- de la ponderación y que en casos como en el sistema jurídico, político y judicial mexicano es acertada: la arbitrariedad del uso de la ponderación, pues está puede ser una herramienta del poder para restringir y reducir los derechos fundamentales, relativizando a los principios.

Existen tres formas de relativizar derechos humanos y fundamentales, vía decisión judicial como ahora esa conformada sin ningún límite a través de la jurisprudencia o el precedente, por vía legislación omitiendo el reconocimiento de algún derecho humano o reconociéndolo son alcances limitados y por suspensión de garantías contempladas en la doctrina²¹ y en la Constitución.²²

²⁰ Bernal Pulido, C., El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos ... para el Legislador, 4^a ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, versión Kindle, pos. 10136.

²¹ Al respecto, véase: Samir Benavides, Farid, “Excepción, decisión y derecho en Carl Schmitt”, en *ARGUMENTOS UAM-X*, México. Disponible en: [/http://www.scielo.org.mx/pdf/argu/v19n52/v19n52a7.pdf](http://www.scielo.org.mx/pdf/argu/v19n52/v19n52a7.pdf)

²² En el sistema jurídico mexicano la suspensión de garantías se da en función del artículo 29 constitucional el cual menciona: Artículo 29. 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, con la aprobación del Congreso de la Unión o de la Comisión Permanente 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.

La relativización de los derechos fundamentales que se da a través de la decisión judicial o como se le conoce en la doctrina la *judicial review*,²³ está facultad o acción del juzgador para producir una norma individual denominada sentencia tiene muchas críticas alrededor, pues se considera que el juzgador no tiene las capacidades humanas, científicas ni éticas suficientes para decidir la justicia en la medida de lo posible, al contrario como afirmaba Ronald Dworkin con el concepto del Juez Hércules que tiene toda la capacidad para decidir sobre lo justo e injusto.²⁴

En efecto, el juzgador tiene mucho margen de error y de discreción para delimitar derechos humanos y fundamentales, sin necesidad de justificar su decisión de manera argumentativo, reduciendo la resolución al decisionismo,²⁵ sin embargo, toda resolución judicial presupone la relativización de los derechos fundamentales, pues estos no pueden aplicarse de forma absoluta pues generaría una infinitud de incertidumbres que colapsarían el concepto mismo de derechos humanos, la seguridad jurídica y la operatividad misma de la justicia estatal.

Toda relativización jurídica de derechos humanos y fundamentales consiste en la reducción de su carácter absoluto y universal situándose en un caso concreto y específico, delimitando sus efectos en torno al contexto que rodea al asunto de los materiales legales, el tiempo y la técnica del juzgador, es decir, validar la relativización.

Regresando al estudio de la ponderación, en el sistema jurídico mexicano se ha emitido jurisprudencia por medio de la cual se establecen los alcances de ésta y sus implicaciones, explicando el ejercicio argumentativo que debe cumplirse al estudiar los subprincipios de la Ponderación. En especial se hace hincapié en la ju-

²³ En español “revisión judicial” se refiere a la capacidad del Poder Judicial de revisar la constitucionalidad y por ende aplicación de un precepto legal sin necesidad de tomar en cuenta a otros poderes del Estado.

²⁴ *Cfr.* Gama, Leopoldo, *Derechos, democracia y jueces*, Madrid, Marcial Pons, 2019, pp. 24-25.

²⁵ *Ibidem*, pp. 114-115.

jurisprudencia con el rubro “Test de proporcionalidad, metodología para analizar medidas legislativas que intervengan con un derecho fundamental”.²⁶ En dicha jurisprudencia se consagra el método de ponderación adecuado al sistema normativo mexicano.

En ésta, se explica que la intervención legislativa debe perseguir un fin constitucionalmente válido; que la medida resulte idónea para satisfacer en alguna medida su propósito constitucional (idoneidad); que no existan medidas alternativas igualmente idóneas o más idóneas para lograr el fin perseguido (necesidad); que la restricción del derecho sea proporcional, es decir, ponderar en sentido estricto.

Esté método tendrá lugar en aquellos casos en que una medida altere o modifique las normas de derecho fundamental, al prever la protección de un derecho fundamental en perjuicio de otro. La Primera Sala de la Suprema Corte que ningún derecho fundamental es absoluto y admiten restricciones, pero no arbitrarias;²⁷ la restricción se puede dar a través del legislador al momento de formular una ley y para ser válida de cumplir con tres requisitos: ser admisibles dentro del ámbito constitucional -conforme a las limitantes que establece el artículo 29 de la Carta Magna-; atender a fines idóneos y ser la menos restrictiva para alcanzar dicho fin, es decir, cumplir con una regla de mínima invasión; y, que sea proporcional, esto es, que exista una correspondencia lógica y racional entre la importancia del fin buscado por la ley y los efectos perjudiciales que produce en otros derechos e intereses constitucionales.

En México aún existe suspicacia sobre la obligatoriedad para el juzgador de ponderar cuando se estudian normas restrictivas, ya que la Segunda Sala de la Suprema Corte lo ha dejado a discreción de Juez, a pesar de que el quejoso²⁸ lo invoque como concepto de

²⁶ Tesis 1^a CCLXIII /2016, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Decima Época, t. II, abril de 2016, p. 915.

²⁷ Tesis 1a/J. 2/2012, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. I, abril de 2011, p.533.

²⁸ Este criterio es cuestionable, pues si bien, la ponderación como método herme-

violación;²⁹ contrario a la Comunidad Europea, en donde es obligatorio para el Juez, al ser expreso el principio de proporcionalidad en el artículo 52 de la Carta Europea de los Derechos Fundamentales.

Cierto es que el juzgador tiene una amplia autonomía para elegir los métodos hermenéuticos con que resolverá la constitucionalidad de normas, pero ello no significa que pueda elegir aleatoriamente o arbitrariamente el mismo; por el contrario, debe atender al artículo 1° Constitucional en su principio de Progresividad de los Derechos Fundamentales, así como, a la Técnica Jurídica, la Teoría del Derecho y la Argumentación Jurídica, debiendo explicar las razones para no aplicar una ponderación en estos casos en específico.

IV. TEST DE PROPORCIONALIDAD

El test de proporcionalidad por sí mismo es una ponderación, de ahí que se use de manera indistinta en el presente estudio. La proporcionalidad ha sido expuesta como principio general del Derecho, como garantía constitucional y como método hermenéutico. La Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha determinado que se trata de un método hermenéutico³⁰, González-Cuéllar Serrano sostiene que la proporcionalidad es un “principio general del Derecho con una función hermenéutica”³¹ con la cual coincidimos y nos adherimos a ese criterio; por lo que éste se suma a los métodos hermenéuticos como la interpretación, las técnicas para integrar la norma y el escrutinio judicial, por mencionar algunos.

néutico no es única; también lo es que, si una de las partes sostiene su concepto de violación con el ejercicio de la ponderación, el juzgador debería analizar la constitucionalidad de la norma con ese método a fin de respetar el principio de exhaustividad, que debe cumplirse en toda resolución judicial.

²⁹ Tesis 2a./J. 10/2019, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Decima Época, t. I, febrero de 2019, p. 838.

³⁰ *Idem*.

³¹ Bernal, *op. cit.*, 11682.

Antes de aplicar el test de proporcionalidad, el juez debe verificar que la norma cumpla con un fin constitucionalmente válido. El parámetro para identificar que se trate de un fin constitucionalmente válido, requiere que se atienda a la protección o beneficio de los Derechos Fundamentales garantizados en la Constitución y en el orden Internacional. Si es así, se entra al análisis de los tres subprincipios: -mismo que ha aceptado y reconocido la Suprema Corte de Justicia de la Nación³²- idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Este método debe seguirse en ese orden, pues si no se supera una de sus etapas resulta innecesario pasar a la otra, pues la norma simplemente sería desproporcional, en consecuencia, sustancialmente inválida.³³

En el subprincipio de idoneidad, se debe analizar que la norma sea adecuada para lograr el fin constitucionalmente legítimo o válido; en esta etapa que el medio auténticamente logre la finalidad pretendida. En cuanto al subprincipio de necesidad, se verifica que el medio creado sea el más benigno con el derecho intervenido, es decir, que no hay una mejor alternativa para lograr la finalidad de la norma. Para ello, se debe hacer una labor creativa, motivada, fundada, incluso científica, para determinar si existen otros medios que puedan garantizar la prosecución del fin, con una menor intensidad en la afectación del derecho intervenido. De no existir otro medio que cumpla esas características, entonces la medida cumple con la necesidad.

Finalmente, la proporcionalidad en sentido estricto, bajo el cual se examinará que el grado de afectación se justifica por los beneficios o el grado de protección que se logra con los otros principios. Esto es, verificar que se cumpla con la máxima: cuanto más intensa sea la intervención legislativa en el derecho fundamental, mayor deberá ser la seguridad con la que dicha intervención contribuya a la obtención de su finalidad.

³² Tesis 1a./J. 2/2012 (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro V, t. 1, Febrero de 2012, p. 533.

³³ Bernal, *op. cit.* Pos. 15580.

Todo este método hermenéutico resulta en un estudio que si bien, no es perfecto y tiene críticas muy válidas; también lo es, que brinda mayor seguridad jurídica, pues obliga al juzgador a hacer un examen minucioso en este tipo de casos, que le permite a los ciudadanos comprender con mayor precisión el proceder de éste. Por lo tanto, es necesario que desde el acto legislativo se realice este ejercicio y se cumplan con sus requisitos, a fin de que los jueces realicen el estudio necesariamente conforme a los parámetros fijados por el legislador y no se sustituya por éste; con lo cual también se fortalece el principio Republicano, es decir, la división de funciones.

V. TÉCNICA LEGISLATIVA: EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

El origen del término de técnica legislativa aparece por primera vez en una serie de estudios sobre la codificación del código civil francés, acuñado en el título de la obra *La Technique Législative dans la Codification Civile Moderne* por el jurista Francois Géný.³⁴ Desde su aparición, la técnica legislativa en sentido estricto se refería a la composición y redacción *drafting* de leyes y disposiciones jurídicas

Por otra parte, la palabra legislativa es un adjetivo que alude a un conocimiento especializado referente a las aplicaciones y aspectos prácticos que son necesarios en la redacción, composición y elaboración de las leyes.

El autor Eliseo Muro Ruiz define que la técnica legislativa se concibe como: “el conjunto de factores para la estructuración de proyectos de ley y el uso del lenguaje apropiado en la ley”,³⁵ y, según este mismo autor, la norma posee un signo político, ideología e intereses, y uno técnico, la claridad de su redacción, lenguaje,

³⁴ Géný, Francois, “La Technique Législative dans la Codification Civile Moderne”, en *Le Code Civil 1804-1904*, Francia, Livre du Centenaire, 1904.

³⁵ Muro Ruiz, Eliseo, *Algunos elementos de técnica legislativa*, México, UNAM–Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, p.15.

estructura lógica, la inserción armónica dentro del sistema legal;³⁶ no se puede distinguir el derecho de la política y de la filosofía para su instrumentalización.

Por su parte Manuel Atienza matiza una división de la técnica legislativa y distingue cinco modelos, ideas o niveles de racionalidad para la elaboración legislativa:

- I) **La racionalidad comunicativa o lingüística:** se refiere a la capacidad de transmitir con fluidez un mensaje al receptor, en este caso el legislador debe ser capaz de transmitir la ley al gobernado;
- II) **La racionalidad jurídico-formal:** se trata de la forma lógica en que la nueva ley ha de insertarse armoniosa y sistemáticamente al ordenamiento jurídico;
- III) **La racionalidad pragmática:** puesto que la conducta de los gobernados debe adaptarse a la norma, esta debe ser lo bastante realista, adecuada, plausible y apropiada;
- IV) **La racionalidad teleológica:** pues debe existir un equilibrio entre los fines sociales perseguidos y los métodos o formas para alcanzarlos, y
- V) **La racionalidad ética:** las normas para buscar la integralidad deben ser susceptibles de reflejar los valores y justificaciones éticas dentro del contexto histórico y político de cada sociedad.³⁷

En el anterior sentido, la ciencia jurídica y técnica legislativa sistematizan el material didáctico con implicaciones en el trabajo legislativo, con el objeto de optimizar los valores y fines de las normas, a través de las decisiones políticas expresadas en las leyes; las cuestiones técnico-jurídicas con un enfoque de sensatez legislativa, tendientes a incrementar la certeza del derecho para el ciudadano y para los encargados de aplicarlo, con el objetivo de fomentar el Estado de derecho.

³⁶ *Ibidem.* p.16.

³⁷ Al respecto, véase: Atienza, Manuel, “Razón práctica y legislación” en *Revista Mexicana de Estudios Parlamentarios*, México, primera época, vol. I, núm. 3, septiembre-diciembre 1991, pp. 9-31.

La técnica legislativa, al ser un instrumento primordial para la creación de normas, se nutre de ciencias auxiliares para su correcta aplicación, como lo son: la sociología, el análisis económico del derecho, la ciencia política y cuestiones de historiografía. Sin embargo, la mayor parte de las leyes bien escritas y estructuradas deben partir de la racionalidad teleológica y la lógica jurídica.

Por último, para distinguir, existe una técnica legislativa interna y una técnica legislativa externa.³⁸ La primera, comprende todos los instrumentos de elaboración, integración formal, estructura interna y el desarrollo material de la ley; la segunda, comprende el contexto del cual se legitima la ley, la estructura, organización, funcionamiento del Poder Legislativo y los procedimientos legislativos durante todo el proceso legislativo.

También hay otros conceptos que son afines al concepto de técnica legislativa, uno de ellos es la lógica parlamentaria. La lógica parlamentaria puede definirse como “una serie de reflexiones útiles no sólo en las artes oratorias del sistema parlamentario, sino en las practicas diarias políticas de cada persona”³⁹, estas reflexiones son un método para defender bien toda clase de causas, sin dársele un ardite de la excelencia o de perversidad de lo defendido o atacado por la oratoria.⁴⁰ Tras esta definición de la lógica parlamentaria, suele definirse como una lógica política, ya que las cámaras del parlamento se conducen de una forma particular a la hora de tomar decisiones, así, nos damos cuenta que estas son tomadas por personas con intereses específicos, percatándonos de la necesidad de dotar de lógica sus acciones, que son impulsadas por intereses muy definidos.⁴¹

³⁸ Cfr. Grosso Marina, Beatriz (*et. al.*), *Técnica Legislativa: Marco Teórico*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2006, p.4.

³⁹ Hamilton, William Gerard, *Lógica Parlamentaria*, Senado de la República, México, 2007, p. 10.

⁴⁰ Cfr. *Ibidem*, p. 14.

⁴¹ Cfr. *Ibidem*, p. 16.

Por otro lado, Hamilton define a la técnica legislativa como un conjunto de principios jurídicos, postulados constitucionales, conocimientos de la legislación vigente, experiencias parlamentarias, debe sumar los usos, costumbres, prácticas y precedentes del derecho reglamentario que las asambleas han acordado a lo largo de su historia como poder legislativo. Así la técnica legislativa es un concepto omnicompreensivo, que toma conocimientos propios de la lógica y la lingüística, esto anterior no impide que la ley obedezca más a cuestiones políticas que a cuestiones de forma y lingüísticas.⁴²

Entonces también la técnica legislativa se concibe como la observancia de los principios básicos del sistema constitucional, que funda la validez del orden jurídico dentro del cual se integran las normas, tiene primordial naturaleza jurídica porque muchos de sus principios y reglas se contemplan en preceptos o artículos de diversa jerarquía legal. Todo lo anterior, deberá ser explicado y resuelto desde diferentes campos del conocimiento jurídico, político, económico, administrativo, parlamentario, de derecho internacional público y privado, ya que, por necesidad lógica, debe ser objeto de técnica legislativa. Lo cual deberá ceñirse a los procedimientos escritos y orales que den certeza y seguridad jurídica, ya que esto constituye una garantía para los gobernados. De ahí que sea necesario que la ley reúna todos los aspectos técnicos que se requiere para su elaboración.

VI. CASO CHARRERÍA Y TAUROMAQUIA

Este caso deriva de la sentencia de Juicio de Amparo en revisión 329/2020. Dicho amparo fue promovido contra la fracción IX del artículo 45 de la Ley de protección y Defensa de Derechos de los Niños y Niñas y Adolescentes del Estado de Baja California publicada el día 9 de marzo de 2018; en el cual se prohíbe a menores de edad el acceso o entrada, a los espectáculos públicos legales que

⁴² *Cf.* Hamilton, William Gerard, *op. cit.*, p. 17.

hagan uso de violencia extrema con animales tales como corridas de toros, novilladas, festivales taurinos, charrerías, jaripeo, rodeo y vaquereadas o equivalentes. Los quejosos fueron un menor aficionado a dichos eventos y sus padres.

El análisis de la SCJN gira en torno a los derechos fundamentales de los menores, los cuales conforme a La Convención sobre los Derechos del Niño menciona que se debe proteger a los menores de todas las formas de violencia y está obligación recae en los estados parte, como es el caso del mexicano. Lo anterior, sin duda repercute en la prohibición de la asistencia de niños, niñas y adolescentes a eventos donde se tiene por finalidad y resultado la muerte y tortura de un animal o ser sintiente.

En la resolución se declaró inconstitucional la norma en estudio, partiendo que la libre educación familiar es una garantía de los padres y del menor frente intervenciones de terceros ajenos al núcleo familiar, incluyendo al Estado, siempre que no se ponga en peligro la integridad y salud del menor. Los juzgadores exponen que el legislador fue omiso en restringir este derecho de forma adecuada al momento de emitir la norma impugnada, por considerarla sobre inclusiva y ambigua sin proporcionar elementos científicos y razonables para delimitar el derecho de la libertad en concreto, el de asistir a eventos de charrería y tauromaquia o similares, concluyendo:

En otras palabras, no se justificó que la distinción basada en la categoría sospechosa cumpla con una finalidad imperiosa desde el punto de vista constitucional que es atender al interés superior de la niñez; tampoco se logró exponer que esa distinción por razón de edad estuviera estrechamente vinculada con esa necesaria finalidad, ni que la medida legislativa esté directamente conectada con la consecución de ese objetivo constitucional, pues además, no puede considerarse que haya sido la medida menos restrictiva posible para conseguir efectivamente la finalidad imperiosa desde el punto de vista constitucional⁴³

⁴³ Amparo en revisión 329/2020, *Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la*

Como se advierte, la SCJN prescindió de realizar un estudio de proporcionalidad de la norma. Opta por realizar un escrutinio, al afirmar que se trata de normas que discriminan, por lo que es una norma de categoría sospechosa. En la misma resolución, la SCJN concluye que el legislador no justificó la necesaria finalidad, ni que la medida esté directamente conectada con la consecución del objetivo, ni que se tratara de la medida menos restrictiva. Entonces, se advierte que llevo a cabo el estudio parcial del escrutinio y parcial de la ponderación.

La argumentación y análisis de la SCJN fue de carácter sistemático, semántico y deductivo sin aplicar en ningún momento una técnica argumentativa o hermenéutica clara. Era factible aplicar la ponderación al actualizarse una colisión de la libre educación familiar contenido en los artículo 5 y 12 de la Convención sobre Derechos del Niño y el interés superior del menor; la libertad de pensamiento del menor con el interés público de una vida libre de violencia del menor; por lo que se daban todas las condiciones para ponderar principios.

En este orden de ideas, la sentencia fue favorable para el quejoso, sin embargo, advertimos dos puntos críticos y omisiones por parte de las autoridades, uno con respecto del Poder Legislativo y otro accesorio conforme la forma de solucionar la controversia del Poder judicial.

En primer lugar, la técnica legislativa es deficiente, pues si bien, el legislador en su exposición de motivos expuso la necesidad de evitar la participación infantil en actividades que se fomente la violencia en animales, con base en recomendaciones del Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas y el informe presentado por la Fundación Franz Weber; no se advierte una exposición clara en donde haya analizado la idoneidad de la medida, su necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Esas omisiones condujeron a que el Tribunal Constitucional resolviera sin una metodología clara; y si bien, ello no le es directamente imputable al legislador, de haber realizado un estudio sobre la proporcionalidad de la norma, el Tribunal se hubiera visto en la obligación de estudiar parte por parte la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad de la medida.

El legislador ocurrió a las observaciones del Comité de los derechos del niño y los informes de diversas organizaciones de la sociedad civil sobre el impacto de la violencia sobre la salud mental de un menor; los mismos no fueron suficientes para justificar la limitación de los derechos fundamentales del libre pensamiento y de la libre educación familiar. Pero, con el estudio de proporcionalidad por parte de éste, le hubiera hecho percatarse que requería de mayores elementos argumentativos y evidencia científica para justificar su medida; incluso lo hubiera llevado a señalar expresamente qué otras medidas fueron exploradas y porque no las consideró más idóneas.

Con el estudio anterior, seguramente el legislador hubiera considerado que una prohibición absoluta para los menores de edad resultaba desproporcional, considerando así emitir una norma con restricciones moduladas atendiendo a si la actividad era de charrería o tauromaquia y considerando la edad del menor. O incluso, adoptar medidas que los padres deban cumplir a fin de proteger el interés superior del menor. Recordemos, que la SCJN debe cumplir con una función de órgano revisor, mas no de creador de normas o medidas. Por ello, la aplicación de la proporcionalidad por parte del legislador, hubiera permitido que en este caso emitiera una norma, menos restrictiva y modulada, para que pudiera superar el test de proporcionalidad o el escrutinio que deficientemente desarrolló el Tribunal Constitucional.

VII. CASO USO LÚDICO DE MARIHUANA

El presente caso es realmente paradigmático, se trata del Juicio de Amparo en revisión 1115/2017, el cual derivó de una petición a la Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios (en adelante COFEPRIS), órgano desconcentrado de la Secretaría de Salud, la expedición de una autorización que le permitiera el consumo individual del estupefaciente Cannabis Sativa (en adelante Marihuana). La autorización, se solicitó expresamente para que el peticionario pueda consumir marihuana regularmente, de forma personal y con fines meramente lúdicos y recreativos, además de derechos correlativos al autoconsumo, el cual fue negado y posteriormente se tramitó el amparo.

El quejoso argumentó que le fue vulnerada su dignidad humana, identidad personal, derechos de la personalidad, propia imagen, libre desarrollo, a la autodeterminación individual, libertad personal y corporal, así como el derecho a disponer de la salud propia, e invocó expresamente la inconstitucionalidad de las normas por ser desproporcionales.

Contrario al caso anterior, la SCJN determinó llevar a cabo un test de proporcionalidad, perfectamente delineado conforme a la teoría de la ponderación, a pesar de la total omisión del legislador de sostener la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad de la prohibición. En ese sentido, la SCJN aludió a que el Estado no puede imponer modelos y estándares de la vida a los ciudadanos, ni intervenir en asuntos propios de la esfera personal y privada de éstos. Esto bajo el argumento de que la protección estatal de corte paternalista protegería solo a inválidos, incapaces y menores por sus deficiencias tanto humanas, como culturales y sociales; sin embargo, la protección estatal y restricción no sería válida para mayores de edad, pues se presumiría su total autonomía de elección sobre su propia salud y cuerpo.

De igual forma, la SCJN de manera oficiosa añadió argumentos científicos y médicos sobre los efectos de la marihuana en los sistemas nerviosos de los consumidores como la sensación de euforia, sedación y relajación; alteraciones de la percepción temporal, actividad analgésica y antiinflamatoria, debilidad muscular, hipotermia y otros efectos no mortales al organismo; dichos efectos no corresponden a un desarrollo integral de la persona pero los beneficios psicosociales son mayores pues al defender la libertad individual es proporcional al deseo y plan de vida de la autonomía personal.

En el análisis de la medida legal contra el derecho fundamental de la dignidad y libertad, se menciona que el libre desarrollo de la personalidad incluye el rechazo total de las formas de represión estatal, así como que el ser humano es el mejor juez de sus propios intereses.

Por último, debemos señalar que la SCJN en este asunto si atendió el test de proporcionalidad para resolver la constitucionalidad de la norma que prohibía el autoconsumo lúdico. Sobre la constitucionalidad de los fines perseguidos con la medida (artículos 235, 237, 24, 247 y 248 de la Ley general de Salud) menciona que al ser medidas de carácter administrativo y no penal no deberían estar sujetas a prohibiciones constitucionales y más aún cuando solo se pidió el permiso para consumo más no comercialización (lo cual traería aparejados temas de índole penal). Sin embargo, las medidas están contempladas como protección al derecho a la salud contenidos en el artículo cuarto constitucional.

En segundo término, se analizó la idoneidad de la medida, la relación empírica entre la lesividad de la medida y el beneficio para proteger la salud determina este paso. La SCJN no negó la afectación de la salud del consumo de marihuana, sin embargo, estas afectaciones conforme a los estudios médicos -que ésta invocó- ocurren de forma inmediata y no existe un agravamiento por consumo crónico por lo cual no existe ninguna afectación más allá de los efectos negativos que cualquier otra sustancia fumada, como es el caso del tabaco cuyo consumo no está regulado de forma restrictiva para mayores de edad con relación al de la marihuana.

Por lo anterior, consideró que la medida no es idónea para proteger la salud pues es desproporcional al fin perseguido toda vez que un sujeto responsable es dueño de su propia integridad y no es congruente la prohibición de una sustancia que no es más dañina que otras legales. En este orden de ideas, el último paso de la necesidad de la medida impugnada resulta ineficaz y podría utilizarse el permiso para igualmente proteger la salud de los ciudadanos autónomos (pues el permiso solo sería para mayores de edad) y al mismo tiempo no lesionar la libertad de consumo y el libre desarrollo de la personalidad.

Como se puede observar, la SCJN sí utilizó el test de proporcionalidad y a pesar de la omisión del legislador de realizar argumentos para justificar proporcionalidad, la SCJN se sustituyó para incorporar diversos elementos de valoración que llevaron a analizar la colisión de derechos fundamentales, como fue la valoración de estudios científicos, estadísticos, política pública y derecho comparado.

Con ello, se llevó a cabo un análisis enriquecedor sobre constitucionalidad del autoconsumo de la marihuana, un caso paradigmático, que derivó en las actuales reformas que permiten su consumo lúdico. Sin embargo, advertimos la falta de uniformidad por parte de la SCJN, pues no hay un criterio definido sobre en qué casos resolverá las colisiones de principios conforme a la ponderación; tampoco en qué supuestos adoptará la incorporación oficiosa de los elementos argumentativos y científicos que debió establecer el legislador para justificar la proporcionalidad de la restricción; pues en este caso, se pudo llegar al mismo resultado con el argumento esgrimido para la sentencia sobre charrería y tauromaquia, es decir, mediante el argumento basado en que el legislador no cumplió con su deber de explicar y justificar la restricción.

Es indudable que la SCJN ante lo polémico y delicado del tema a nivel nacional e internacional, prefirió desarrollar de manera completa el test de proporcionalidad, para brindar mayor seguridad jurídica sobre su decisión. Sin embargo, este es un caso excepcional, porque advertimos que la tendencia de la SCJN es limitarse a la exposición de motivos del legislador, como ocurrió en caso de charrería y tauromaquia anteriormente analizado.

Aún así, no es aceptable que el legislador omita justificar la proporcionalidad de sus normas, porque la validez de la norma queda a la suerte de la discrecionalidad de la SCJN para resolver el asunto. En este caso, si el legislador hubiera ponderado y optimizado su norma previamente, habría establecido los estudios que sostuvieran la necesidad de prohibir el consumo de cannabis, las razones para descartar otros estudios y justificaría metódicamente la restricción de un principio de beneficio de otro. De esta forma, el quejoso se hubiera ocupado de plantear una antítesis dentro de la litis constitucional, para que fuera la SCJN quien de manera objetiva e imparcial se pronunciara sobre la constitucionalidad de la norma. Esto, podría haber llevado a un resultado diverso; e incluso, de el mismo resultado, se tendría la certeza que el principio republicano y democrático fue estrictamente respetado, al no haberse suplido las deficiencias del legislador.

VIII. LA PONDERACIÓN Y PROPORCIONALIDAD EN LA TÉCNICA LEGISLATIVA

Del análisis de los dos casos anteriores se puede afirmar que la proporcionalidad en la técnica legislativa es absolutamente inexistente, esto trae consigo que el Poder Judicial sea un revisor con facultades para decidir sobre la política pública al resolver estas controversias de manera discrecional, pues por ejemplo, en el primer caso de los eventos taurinos y charrería, no fue necesario usar la ponderación más que solo denotar el fallo legislativo, en el segundo caso del consumo lúdico de la marihuana, si se utilizó la ponderación pero para subsanar los fallos legislativos; en ninguno de los casos se utilizó una ponderación que controvierta una ponderación formulada por el legislador (al ser inexistente), pues en el mejor de los casos, la SCJN se substituyó por éste, determinando las medidas más idóneas y con ello incidir directamente en la política pública.

Lo anterior es grave, puesto que no aporta a desarrollar una democracia válida y un sistema Republicano funcional, pues no hay una comunicación eficaz entre los poderes legislativo y judicial, ni una clara separación entre sus funciones; en cambio se centraliza el poder revisor en el Poder Judicial, teniendo el papel de un legislador negativo o fantasma⁴⁴, al grado de intervenir con mayor intensidad en la política pública.

La omisión del legislador, entre sus muchas consecuencias acarrea que el Juzgador no se vea vinculado a Ponderar Principios, pues el legislador no lo hizo; y si el Juzgador decide ponderar, entonces lo hará sobre una norma en la que el Legislador no cuidó el cumplimiento de los subprincipios, así que, su estudio será discrecional y probablemente ajeno a las razones que empujaron al legislador a emitir la norma, al no contar con argumentos sistematizados. Peor aún, esto ocasiona que la función judicial vaya más allá, al realizar un estudio que en muchas ocasiones implica cuestionar la política pública, interfiriendo directamente sobre la función del Legislativo o Ejecutivo.

Cabe señalar lo que se ha denominado también como “la cuestión cultural” de los jueces. La cuestión cultural entendida como esfera de sociabilidad y del carácter del papel del juez es importante por varios motivos: permea en todas las aristas, la actividad judicial; pre actúa a modo de “lente” a través de la que él se percibe a sí mismo y percibe la significación práctica de la propia función que desempeña; y, porque, en consecuencia, se halla muy ligada a la cuestión ideológica.⁴⁵

Por lo anterior, la politización del rol judicial en la motivación de las decisiones dentro de las sentencias, toma por consecuencia, la necesidad de una exigencia de alta racionalidad para evitar el defecto y desgaste de la legitimidad del papel del juez; por ende, si los juristas se transforman a un papel más político y activista o

⁴⁴ Las ideas del legislador negativo, fantasma puede profundizarse en Waldron, J., *Contra el gobierno de los jueces*, Madrid, Siglo XXI, 2012.

⁴⁵ Cfr. Alexy, Robert y Ibáñez Perfecto, Andrés, *Jueces y ponderación argumentativa*, *op. cit.*, p. 72.

militante, deberían existir reglas claras que brinden objetividad a las decisiones judiciales y sobre todo para regular las normas que delimitan las garantías de los derechos fundamentales.⁴⁶

Entonces, surge la interrogante ¿cuál es la alternativa ante una posible arbitrariedad judicial a raíz de la ineficacia de ponderación en el Poder Legislativo? Bueno, pues una solución eficaz sería integrar un modelo de ponderación obligatorio desde la misma norma, lo cual se justifica con el principio de optimización, que deriva de la obligación de las autoridades de proteger, garantizar, promover y respetar los derechos humanos, previsto en el artículo 1º Constitucional. La referida norma debe establecer un protocolo que exija del legislador cumplir con un estudio sobre optimización y proporcionalidad sobre temas que incidan directamente en derechos fundamentales y sobretodo, cuando ello imple restricciones. En pocas palabras, dotar a la técnica legislativa de la ponderación y proporcionalidad.

La proporcionalidad debería reflejarse en la fase prelegislativa y estar insertada en un apartado especial en la exposición de motivos dentro de la iniciativa de reforma de ley. La fase prelegislativa es de suma importancia, para Manuel Atienza,⁴⁷ la fase prelegislativa comienza cuando un hecho fáctico impacta en la sociedad, de tal manera que representa un problema social, se analiza el problema, se delimitan objetivos, se propone una solución tanto legal como no legal para solucionar el problema, se justifica éticamente el fin y los medios, y culmina con una propuesta de solución legislativa. No obstante, las causas de confrontar un problema de forma legislativa son multifactoriales.⁴⁸

Dicho de otro modo, la fase prelegislativa culmina con una propuesta de ley, a su vez, también abarca cuestiones relacionadas con la negociación entre los diversos actores involucrados, tanto públicos como privados, como, por ejemplo: una cuestión de cabildeo, con esto se pretende generar un acuerdo acerca de los fines políticos.

⁴⁶ *Ibidem*, p.76

⁴⁷ *Cfr.* Atienza, Manuel, *op. cit.*, pp. 385-403.

⁴⁸ Al respecto, véase: Mora Donatto, Cecilia, *Teoría de la Legislación*, UNAM-México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012, pp.16-19.

El objetivo de esta etapa es la construcción de consensos sobre lo que se espera de la norma jurídica, resguardar el orden institucional sin quitar importancia a las negociaciones extralegales y el choque de intereses, y culminar con un acuerdo general dentro de la sociedad, de cara a la nueva ley.

La ponderación y proporcionalidad se debería llevar a cabo siguiendo las pautas expuestas en las jurisprudencias antes citadas, es decir la metodología siguiente:⁴⁹

- I) Que la intervención legislativa persiga un fin constitucionalmente válido;
- II) Que la medida resulte necesaria y adecuada para satisfacer en alguna medida su propósito;
- III) Que no existan medidas alternativas igualmente idóneas para lograr dicho fin, pero menos lesivas para el derecho fundamental y;
- IV) Que el grado de realización del fin perseguido sea mayor al grado de afectación provocado al derecho fundamental por la medida impugnada.

Estos pasos deben estar integrados en los reglamentos de ambas Cámaras y en la Ley Orgánica del Congreso de la Unión, incluso replicarse en las legislaturas, debe estar añadido de forma obligatoria para presentar iniciativas y aprobar normas, es un mandato constitucional y una tecnología democrática que equilibraría no solo los poderes de la Unión, sino se reflejaría en leyes verdaderamente de vanguardia en la protección de los derechos fundamentales, sobre todo aliviaría la carga excesiva de asuntos en defensa constitucional que paralizan y conllevan arbitrariedad o incertidumbre en la labor del Poder Judicial.

Asimismo, el sistema Republicano se fortalecería, al brindar mayor seguridad jurídica entre los ciudadanos y respecto de la labor de los Tribunales, pues a los primeros, les permitirá conocer las razones que llevaron al legislador a adoptar esas medidas restricti-

⁴⁹ Tesis 1ª. CCLXIII/2016, *op. cit.*, p. 915.

vas y debatirlas de ser necesario; a su vez, el Juez analizará la proporcionalidad de la norma conforme a las bases cimentadas por el Legislador, evitando así, la discrecionalidad del Juez del Tribunal Constitucional.

En el orden social, evitaría los excesos de desorden público y violencia de los *lobbys* ante la propia ciudadanía y demás instituciones; en el campo económico, nivelaría la competencia entre sectores económicos evitando la explotación y monopolios así como excesos del mercado; en el orden político evitaría la corrupción y daría una disciplina de gobernabilidad adecuada para los servidores públicos y órganos del Estado y en el orden jurídico traería leyes más justas y democráticas; en suma la libertad adecuada para una vida adecuada y digna.

Se fortalecería la vida democrática de la sociedad mexicana, pues el cumplimiento de la proporcionalidad, elevaría el debate político y social, forzando a todos los participantes a adoptar propuestas idóneas, racionales y razonables que permitan la emisión de normas sujetas a un control constitucional más robusto desde la labor legislativa.

Por ello, es exigible al legislador que en sus razones para crear una norma jurídica que limite derechos fundamentales, observe el principio de proporcionalidad, para evitar que situaciones fácticas y poderes hegemónicos o factores reales del poder suelen influyan en el carácter científico del derecho y sobre todo en las prácticas constitucionales de los mismos, teniendo como resultado un uso ineficiente de la ciencia jurídica, incluso, un uso incluso corrupto disfrazado de legalidad.

VIII. CONCLUSIONES

El nuevo paradigma de los derechos humanos y su aplicación en el sistema jurídico mexicano distingue normas en forma de principios y en forma de reglas, cuya diferencia radica en el grado de concreción, siendo los primeros realizados en la medida de las posibilidades fácticas y jurídicas y las segundas realizadas de forma

categoría. Los principios deben ser optimizados y cuando hay una colisión entre éstos, la mejor forma para resolverlo es mediante la ponderación.

La ponderación es aplicable cuando una norma restringe derechos fundamentales, ocasionando una colisión entre principios, cuya estudio debe atener a la premisa “si mayor es el grado de afectación de un principio, mayor importancia es la realización del segundo”, así obedece a una estructura triádica de tres subprincipios, el principio de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, sin perder de vista el fin constitucionalmente válido como requisito *sine qua non* para poder entrar al estudio de los subprincipios.

El ordenamiento jurídico mexicano ha adoptado la ponderación y la ha insertado en el derecho mexicano a raíz de diversas jurisprudencias y en la Constitución, siendo ésta una estructura idéntica al análisis de Alexy, aunque sin claridad de los casos en que debe ser aplicada por los órganos judiciales constitucionales. Lo anterior se refleja en dos casos paradigmáticos: dos amparos que resuelve la SCJN sobre temas de Tauromaquia y asistencia de menores a dichos eventos y del consumo lúdico de la marihuana correspondientemente. En ambos casos se señala la omisión grave por parte del legislador a la hora de emitir normas que lesionaron derechos fundamentales de los menores en el caso de la tauromaquia y de los adultos en el caso de la marihuana.

Entonces, el poder legislativo tiene como obligación atender los mandatos sobre la ponderación y proporcionalidad, implementándolos como parte de su técnica legislativa al crear norma que restrinja derechos fundamentales, puesto que la omisión del legislador de atender los mandatos de ponderación y proporcionalidad emitidos vía jurisprudencia por la SCJN, trae consigo conflictos de índole social, económico, político y jurídico que se traducen en ingobernabilidad, violaciones sistemáticas de derechos humanos y abusos de particulares.

IX. FUENTES DE CONSULTA

I. BIBLIOGRAFÍA

- AGUILERA PORTALES, Rafael y López Sánchez, Rogelio, El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia mexicana (límites y restricciones a los derechos fundamentales), en García García, Mayolo y Moreno Cruz, Rodolfo (coords.) Argumentación jurídica. Fisonomía desde una óptica forense, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Estudios Jurídicos, número 249, México, 2014.
- Alexy, Robert, *Ensayo sobre la teoría de los principios y el juicio de proporcionalidad*, coord. Gonzalo Villa Rosas, 1a ed., Perú, Palestra Editores, 2019.
- _____, *Teoría de la argumentación jurídica*, trad. Manuel Atienza, 2a. ed. México, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- _____, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, trad. Carlos Bernal Pulido, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012.
- ALEXY, Robert y Ibáñez Perfecto, Andrés, *Jueces y ponderación argumentativa*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas
- BARAK, Aharon, *Proporcionalidad. Los derechos fundamentales y sus restricciones*, tr. Gonzalo Villa Rosas, Lima, Palestra Editores, 1a edición, 2017.
- BERNAL PULIDO, Carlos, El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos ... para el Legislador, 4^a ed., Universidad Externado, Edición de Kindle, Colombia, 2014.
- GAMA, Leopoldo, *Derechos, democracia y jueces*, Madrid, Marcial Pons, 2019.

- GRIMM, Dieter, *Constitucionalismo y Derechos Fundamentales*, Madrid, Trotta, 1ª ed, 2006.
- GROSSO MARINA, Beatriz, (*et. al.*), *Técnica Legislativa: Marco Teórico*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2006.
- HAMILTON, William Gerard, *Lógica Parlamentaria*, Senado de la República, México, 2007.
- HIERRO L., Liborio, *Los Derechos Humanos Una concepción de la justicia*, Madrid, Marcial Pons, 2016.
- MORA DONATTO, Cecilia, *Teoría de la Legislación*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012.
- MURO RUIZ, Eliseo, *Algunos elementos de técnica legislativa*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007.
- OROZCO SOLANO, Víctor Eduardo, “La ponderación como técnica de aplicación de las normas sobre derechos fundamentales: una sentencia emitida por el Tribunal Constitucional Español en materia de libertad religiosa”, *Revista Judicial*, Costa Rica, número 109, septiembre, 2013.
- WALDRON, J., *Contra el gobierno de los jueces*, Madrid, Siglo XXI, 2012.

2. HEMEROGRAFÍA

- ALEXY, Robert, “Sobre la ponderación y la subsunción. Una comparación estructural”, en *Foro Jurídico* 9. Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/download/18513/18753/0>
- ATIENZA, Manuel, “Razón práctica y legislación” en *Revista Mexicana de Estudios Parlamentarios*, México, primera época, vol. I, núm. 3, septiembre-diciembre 1991.
- GÉNY, Francois, “La Technique Législative dans la Codification Civile Moderne”, en *Le Code Civil 1804-1904*, Francia, Livre du Centenaire, 1904.

SAMIR BENAVIDES, Farid, “Excepción, decisión y derecho en Carl Schmitt”, en *ARGUMENTOS UAM-X*, México.

3. JURISPRUDENCIA

Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Jurisprudencia. Décima Época. Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Abril de 2011, Tomo I. Tesis 1a/J. 2/2012, p.533.

Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Jurisprudencia. Décima Época. Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación Tesis. Febrero de 2019, Tomo I. Tesis 2a./J. 10/2019, p. 838.

Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Tesis aislada. Décima Época. Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Abril de 2016, Tomo II. Tesis 1a/CCLXIII /2016, p.915.

Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Tesis aislada. Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Cuarto Circuito. Décima Época. Libro XXI, Junio de 2013, IV.2o.A.15 K, p. 1289

Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Tesis aislada. Primera Sala, Libro 24, Noviembre de 2015, Tomo I , p. 986, 1a. CCCXLIV/2015 (10a.), p. 986.

4. SENTENCIAS

Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, amparo en revisión 1115/2017, 11 de abril de 2018, <https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=225073>

Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, amparo en revisión 329/2020, 25 de noviembre de 2020, <https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/Detalle-Pub.aspx?AsuntoID=273124>.

EL DERECHO HUMANO AL ACCESO A LA JUSTICIA, COMO LÍMITE A LA DISCRIMINACIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN MÉXICO

THE HUMAN RIGHT TO ACCESS TO JUSTICE AS A LIMIT TO DISCRIMINATION AGAINST PEOPLE WITH DISABILITIES IN MEXICO

RUBÉN ESCOBEDO CABELLO¹

NATALIA TÉLLEZ GONZÁLEZ²

RESUMEN: El derecho de acceso a la justicia es considerado como humano, ya que dentro del sistema jurídico que rige al Estado, tal acceso es un presupuesto indispensable y puerta de entrada a la materialización de otros derechos de la misma índole; asimismo, este derecho, al estar reconocido en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en los diferentes tratados internacionales de los que el Estado Mexicano es parte, y en las diferentes leyes, tales como; la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, la Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad; constituye un límite a la discriminación de las personas con discapacidad en México. Ahora bien, no puede desconocerse que el contenido de esta prerrogativa es muy amplio y puede variar desde la perspectiva a partir de la cual sea analizada.

PALABRAS CLAVE: *Acceso a la justicia, límites, poder, Estado, personas con discapacidad.*

¹ Profesor de asignatura del Posgrado en Derecho de la Facultad de Estudios Superiores Acatlán, Maestro en Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, Doctor en Ciencias de la Educación. Contacto: <rbn@live.com.mx>. ORCID: <<https://orcid.org/0000-0003-3732-6349>>.

² Licenciada en Derecho de la Universidad la Gran Colombia. Actualmente en proceso de titulación del Programa de Posgrado Maestría en Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Estudios Superiores Acatlán. Contacto: <natytellez-1994@hotmail.com>. ORCID: <<https://orcid.org/0000-0001-5613-9851>>.

Fecha de recepción: 02 de agosto de 2021; fecha de aprobación: 09 de marzo de 2022.

ABSTRACT: The right of access of justice is considered a human right, since within the legal system that governs the State, such access is an indispensable budget and gateway to the realization of other rights of the same nature; also, this right, as it is recognized in the Political Constitution of the United Mexican States, in the different international treaties to which the Mexican State is a party, and in the different laws, such as; the Federal Law to Prevent and Eliminate Discrimination, the General Law for the Inclusion of People with Disabilities; it constitutes a limit to the discrimination of persons with disabilities in Mexico. However, it cannot be ignored that the content of this prerogative is very broad and may vary from the perspective from which it is analyzed.

KEYWORDS: *Access of justice, Limits, Power, State. People with disabilities.*

SUMARIO: I. Introducción; II. Principales nociones sobre la discapacidad en México; III. Principales nociones sobre justicia y acceso a la justicia; IV. Normatividad general que regula el derecho de acceso a la justicia; V. El acceso a la justicia como límite a la discriminación de las personas con discapacidad en México; VI. Conclusiones; VII. Fuentes de consulta.

1. INTRODUCCIÓN

El presente artículo tiene como objetivo principal: analizar los diversos fundamentos teóricos y jurídicos que se relacionan con el acceso a la justicia como un derecho humano, el cual sirve como limitante a la discriminación.

En el presente artículo, se utilizan los siguientes métodos: el método deductivo, toda vez, que el análisis que se realiza de los diversos ordenamientos jurídicos, parte de los contenidos más generales, como lo son los tratados internacionales, para posteriormente analizar los ordenamientos nacionales. Se utiliza el método analítico debido a que se descompone en sus diversos elementos los ordena-

mientos y teorías jurídicas que fundamentan el presente artículo. El método sistemático, se utiliza debido al orden lógico que presenta la selección de los temas que se desarrollan en el artículo.

El acceso a la justicia es un derecho fundamental y básico del Estado de Derecho, gracias a este, todas las personas y especialmente las personas con discapacidad pueden hacer oír su voz, ejercer los demás derechos e incluso hacer frente a la discriminación; es por ello que los diferentes ordenamientos jurídicos internacionales y nacionales se han encargado de crear diferentes mecanismos que protejan y/o garanticen el mismo para estas personas.

En este sentido, existen diferentes instrumentos jurídicos internacionales, tales como; la Declaración Universal de los derechos humanos, los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos, y Económicos, Sociales y Culturales, entre otros de los que el Estado Mexicano es parte. Los tratados anteriores, aun cuando son de carácter general, sus disposiciones resultan aplicables a las personas con discapacidad, al señalar cada uno de ellos que está prohibido establecer distinciones entre las personas en el ejercicio de los derechos que ellos prevén, y entre cuyas distinciones, es posible incluir la condición de discapacidad.

Por su parte, en cuanto a tratados internacionales específicos en el tema de la discapacidad, se menciona la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, y por lo que respecta las disposiciones en el derecho interno de origen nacional, la Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad y la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, son las encargadas de prevenir y eliminar todas las formas de discriminación y desarrollar los derechos de las personas con discapacidad, incluyendo entre su articulado una serie de normas jurídicas que, partiendo del reconocimiento de derechos de estas personas, detallan las medidas que las diversas autoridades deben instrumentar para que aquellas puedan ejercer sus derechos en igualdad de condiciones que las personas sin discapacidad.

El presente artículo parte de las principales nociones sobre la discapacidad, debido a que este grupo vulnerable corresponde al objeto de estudio del mismo. Posteriormente, se hará referencia a las principales normas que regulan el derecho de acceso a la justicia y que protegen a las personas con discapacidad en México; asimismo, se dará a conocer el contenido del derecho de acceso a la justicia y como este se convierte en un límite para la discriminación de las personas con discapacidad en México y finalmente, se llegará a unas conclusiones.

II. PRINCIPALES NOCIONES SOBRE LA DISCAPACIDAD EN MÉXICO

El tema de las personas con discapacidad cobra relevancia debido a que es preocupante la situación que viven estas personas en México; ya que en los últimos años se han convertido en el grupo vulnerable más discriminado.

Según *EL ECONOMISTA*, uno de los principales periódicos de México, “en el país 25 de cada 100 personas discapacitadas fueron víctimas de discriminación al menos una vez en el año, este grupo presenta la prevalencia más alta de todos los considerados. En el ámbito laboral son más susceptibles a no tener empleo o a trabajar en condiciones de desprotección”.³ Es decir, pese al esfuerzo de los ordenamientos jurídicos por proteger a estas personas y poner un alto a la discriminación, este grupo continúa siendo uno de los más vulnerables en términos sociales y económicos.

Partiendo de lo anterior, es importante hacer claridad en ¿qué es la discapacidad? ¿qué tipos de discapacidad existen? y, por último, pero no menos importante ¿qué se entiende por discriminación?

Para dar respuesta a los interrogantes anteriores, se trae a colación diferentes definiciones, desde los instrumentos internacionales hasta los nacionales, tales como; la Convención sobre los Dere-

³ García, Ana K., “Personas con discapacidad, el grupo más discriminado en México”, en *EL ECONOMISTA*, México, 07 de enero de 2019.

chos de las Personas con Discapacidad, la cual, desde su preámbulo indica que esta última “es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones que las demás”.⁴

De la anterior definición, se desprende que la Convención destaca un elemento muy característico de la discapacidad, consistente en que es un concepto que evoluciona de acuerdo a la cultura y la época, por lo que es un vocablo que podría modificarse.

Por su parte, la Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad de México, la cual en su artículo segundo, numeral noveno, indica que la discapacidad “es la consecuencia de la presencia de una deficiencia o limitación en una persona, que al interactuar con las barreras que le impone el entorno social, pueda impedir su inclusión plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás”.⁵ Esta normatividad, tiene como fin asegurar el pleno ejercicio de los derechos humanos y libertades fundamentales de las personas con discapacidad, asegurando su plena inclusión a la sociedad en un marco de respeto, igualdad y equiparación de oportunidades.

En este orden de ideas y según las anteriores definiciones, se puede decir que los elementos que conforman la discapacidad son tres: una diversidad funcional, el entorno o contexto que rodea a la persona con diversidad funcional y la interacción de ambos elementos, que trae como resultado que la persona con discapacidad participe plenamente en la sociedad.

En lo referente al segundo interrogante ¿qué tipos de discapacidad existen? la misma Ley General para la inclusión de las personas con discapacidad, es la que aporta la respuesta y expresa que

⁴ Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2008.

⁵ Diario Oficial de la Federación, Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad, México, 30 de mayo de 2011. Artículo 2do., numeral noveno.

actualmente se presentan la discapacidad física, la cual consiste en “la secuela o malformación que deriva de una afección en el sistema neuromuscular a nivel central o periférico, dando como resultado alteraciones en el control del movimiento y la postura...”⁶

Adicionalmente, existe la discapacidad mental, la cual define como “la alteración o deficiencia en el sistema neuronal de una persona, que aunado a una sucesión de hechos que no puede manejar, detona un cambio en su comportamiento que dificulta su pleno desarrollo y convivencia social...”⁷

En el mismo sentido, se tiene la discapacidad intelectual, la cual “se caracteriza por limitaciones significativas tanto en la estructura del pensamiento razonado, como en la conducta adaptativa de la persona...”⁸

Por último, existe la discapacidad sensorial, la cual se conoce como “la deficiencia estructural o funcional de los órganos de la visión, audición, tacto, olfato y gusto, así como de las estructuras y funciones asociadas a cada uno de ellos...”⁹

Es menester mencionar que los anteriores son solo algunos de los tipos de discapacidad que se conocen, cada una afecta a las personas de forma diferente y muy particular.

Por otro lado, sobre el último cuestionamiento ¿qué se entiende por discriminación? la misma norma establece que “se entenderá cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar, menoscabar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo...”¹⁰

⁶ *Ídem*, Art. 2, fracción X.

⁷ *Ídem*, fracción XI.

⁸ *Ídem*, fracción XII.

⁹ *Ídem*, fracción XIII.

¹⁰ *Ídem*, fracción XIV.

En México de conformidad con el INEGI (Instituto Nacional de Estadística y Geografía) viven alrededor de 7.1 millones de personas con alguna discapacidad, lo que representa aproximadamente al 6% de la población total. Pese a los esfuerzos realizados, de orden nacional e internacional, en erradicar la discriminación este grupo continúa siendo uno de los más rezagados y vulnerables en términos sociales y económicos.

En la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ya mencionada, se establece que este grupo vulnerable deberá disfrutar de condiciones adecuadas para acceder a los diferentes empleos y a la seguridad social. No obstante, el ejercicio efectivo de estos derechos se encuentra limitado por procesos de discriminación que impiden a los discapacitados acceder a empleos; lo anterior, de acuerdo con el documento sobre discriminación estructural del Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (CONAPRED).¹¹

III. PRINCIPALES NOCIONES SOBRE JUSTICIA Y EL ACCESO A LA JUSTICIA

En el presente apartado se realiza un análisis del término justicia, en donde se busca integrar los diversos elementos que componen a la definición de justicia, posteriormente, se realiza un análisis de lo que es el acceso a la justicia, finalizando, con la integración de estos dos términos.

A lo largo de la historia de la humanidad, se ha intentado definir ¿qué es la justicia?, obteniendo de esta manera diversas acepciones del término; debido a la complejidad de este, no se ha podido definir por los diversos filósofos. Una de las definiciones básicas, que se ha utilizado al momento de acercarse al término, ha sido: “darle a cada quien lo que se merece”, al primer problema que nos enfrentamos es poder responder ¿qué se merece?, entrando en la parte subjetiva del término.

¹¹ Solís, Patricio, *Discriminación estructural y desigualdad social*, Consejo Nacional para prevenir la Discriminación, México, 2017.

Una de las formas en que se le ha definido a la justicia, es como un valor, identificando al termino de valor, como la parte axiológica incluyendo un cumulo de elementos subjetivos que parten del individuo dependiendo de la importancia que este le dé, uno de los valores que se relaciona y con los que se pretende incluir en la definición de justicia es la felicidad.

La felicidad, es un valor que incluye dentro de sus elementos correlacionados a la justicia, va ser justo aquello que me haga feliz. Hans Kelsen menciona que: “se entiende por felicidad un sentimiento subjetivo, es decir, lo que cada uno considera como tal”.¹² Como se observa en la cita que se presenta, la subjetividad del término felicidad y justicia parte de un elemento semejante, que es el sentimiento, este al ser parte del sujeto, contienen una carga alta de subjetividad, al momento de querer definir a la justicia como la felicidad, se enfrenta a problemas subjetivos para poder definir ¿qué es lo que me hace feliz?

En relación con la libertad, se encuentran problemas al querer definir los límites de la libertad, esto debido a que donde termina la libertad de un sujeto comienza la libertad de otro. Hans Kelsen señala que: “en este caso, es imposible evitar que la felicidad del uno entre en conflicto con la felicidad del otro”.¹³ Como se puede analizar de lo antes dicho y de la cita que se presenta, la felicidad de las personas se encuentra en conflicto cuando la razón de ser de esa felicidad depende del mismo objeto, el cual es único e irremplazable.

El análisis que se realizó, en relación con la justicia y la felicidad, se hizo con el objeto de ejemplificar uno de los valores con los que Hans Kelsen identifica como una posibilidad de definir a la justicia. Es así, como este autor va identificando diversos valores, con el fin de poder definir ¿qué es la Justicia?

¹² Kelsen, Hans, ¿Qué es la justicia?, México, UNAM, 2001, p.8.

¹³ *Ídem.*

El problema con la justicia, se da cuando existe un conflicto de intereses, es decir, cuando un sujeto considera tener mejor derecho que otro, es entonces cuando se debe realizar una valorización de los intereses y derechos de los sujetos. Hans Kelsen señala que: “aunque la pregunta acerca de cuál sea el valor supremo no puede ser contestada racionalmente, el juicio subjetivo y relativo, con el que en realidad se responde a la misma, es presentado, por lo general, como una afirmación de valor objetivo, o lo que es lo mismo, como norma de validez absoluta”.¹⁴ En relación a la cita anterior, se puede decir, que la posible respuesta para la valorización del conflicto de intereses se encuentra en lo que establezca la norma jurídica.

Hans Kelsen realiza el análisis para poder definir ¿qué es la justicia?, concluye que la justicia no puede ser definida, debido a la carga subjetiva que contiene el término, pero afirma que, si en algún momento se quisiera acercarse a una definición más próxima, se tendría que tomar en cuenta al valor universal que es el amor, desde el punto de vista metafísico – religioso, como fundamento al argumento anterior Hans Kelsen menciona que:

Es notable como se acerca en este punto la filosofía de Platón a la de Jesús, cuyo contenido más importante es igualmente la justicia. Después de haber rechazado enérgicamente la fórmula racionalista del Antiguo Testamento: “ojo por ojo, diente por diente” – el principio de represalia – Jesús proclama la nueva y verdadera justicia, el principio del amor: el mal no debe pagarse con el mal sino con el bien, no rechazar el mal sino al delincuente y amar al enemigo...¹⁵

Una vez ya analizada la definición de justicia, a continuación, se define lo que es el acceso a la justicia, para poder definir que es el acceso a la justicia se tiene que resolver la problemática epistemológica respecto si el acceso a la justicia, es una garantía o es un derecho.

¹⁴ *Ibidem.* p.15.

¹⁵ *Ibidem.* p. 22.

El acceso a la justicia, ha sido identificado como una garantía, debido a que a partir del término se integran diversos conceptos procesales que buscan la protección de un derecho, cuando se habla de acceso a la justicia se identifica con demanda, contestación de demanda y todo el proceso judicial.

En el título del presente artículo, se hace la afirmación de que el término de acceso a la justicia es un derecho humano, depende de la visión con la que se observe el término es como se puede definir, es decir, si el término se analiza de forma individual, se puede afirmar que es un derecho humano, debido a la importancia que este tiene en la vida de las personas, si se observa al término, desde una óptica integradora de conceptos, como lo son: proceso, demanda, sentencia etc. Se estaría hablando de una garantía que tiene la finalidad de proteger un derecho. Es decir, el término de acceso a la justicia, es un término dual, que puede ser definido desde dos perspectivas, desde la óptica de ser una garantía y desde el punto de vista de ser un derecho humano.

El acceso a la justicia, es un derecho humano que busca integrarse con otros conceptos y garantizar otros derechos humanos, es decir, el acceso a la justicia por si solo es un derecho humano, en conjunto con otros elementos procesales, es una garantía. Loretta Ortiz Ahlf menciona que:

Debe tomarse en cuenta que dicho derecho todavía se encuentra sujeto a un proceso de evolución que no ha concluido; por lo tanto, lo viable es determinar, de acuerdo con el contexto actual, las obligaciones mínimas que tienen los Estados en relación con este derecho, puntualizando que el derecho de acceso a la justicia constituye la puerta de acceso para el reclamo de los otros derechos humanos.¹⁶

El acceso a la justicia de conformidad a la cita anterior, se puede decir, que se está frente a un supra derecho, requiriéndose de este derecho para poderse hablar de la existencia de los otros derechos humanos.

¹⁶ Ortiz Ahlf, Loretta, *El derecho de acceso a la justicia de los inmigrantes en situación irregular*, México, UNAM, 2019, p. 408.

IV. NORMATIVIDAD GENERAL QUE REGULA EL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA

Para hablar del derecho de acceso a la justicia se debe entender que este se encuentra establecido como derecho humano en los siguientes mecanismos internacionales, es decir, se le debe reconocer a todo ser humano por el simple hecho de serlo, es un derecho universal, que corresponde a todo habitante de la tierra; interdependiente, porque está vinculado a otros derechos humanos; indivisible, debido a que no puede separarse de otros derechos; y progresivo, toda vez que está en una constante evolución desde el momento en que surgió la Declaración Universal de Derechos Humanos en 1948.

Como indica Nikken “la expresión más notoria de esta gran conquista es el artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”.¹⁷

La anterior declaración, marca un hito en la historia de los derechos humanos en el mundo; fue elaborada por representantes de todas las regiones del mundo con diferentes antecedentes jurídicos y culturales.

El presente instrumento desde su preámbulo considera la libertad, la justicia y la paz; es por ello que en su artículo 8 establece: “toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley”.¹⁸

Este artículo trae intrínseca la promesa de una reparación para todas las personas cuando sus derechos humanos son vulnerados; asimismo, se puede indicar que la justicia incluye proporcionar los recursos efectivos en contra de la injusticia.

¹⁷ Nikken, Pedro, *El concepto de derechos humanos*, San José, Costa Rica, Instituto Americano de Derechos Humanos, 1997, p. 40.

¹⁸ Declaración Universal de Derechos Humanos, París, 10 de diciembre de 1948, Art. 8.

Asimismo, el artículo 10 de la presente declaración, establece: “toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”.¹⁹

El presente artículo indica que el acceso a la justicia es un derecho humano esencial, y por lo tanto en principio reconoce el derecho a la igualdad, debido a que todas las personas sin discriminación tienen el derecho a ser oídas públicamente y con justicia.

Por otro lado, la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece la obligación para los Estados partes, del desarrollo progresivo entre otros de los derechos civiles y políticos, como medios de protección de los demás derechos y libertades; es por lo anterior que en su artículo 8 establece las garantías judiciales para todas las personas sin discriminación alguna.

En el mismo sentido, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, es un instrumento tan completo que, para no limitar el derecho de acceso a la justicia, establece en su artículo 25 la protección judicial, donde indica que el derecho humano de acceso a la justicia funge como puerta de entrada a la materialización de otros derechos de la misma índole, y es por ello que el sistema interamericano la considera fundamental.

Por último, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos En relación al tema del acceso a la justicia, el artículo 14 es muy completo al establecer el mismo, e indica lo siguiente:

Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil.²⁰

¹⁹ *Ídem*, Art. 10.

²⁰ Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, Nueva York, 16 de di-

La primera parte del artículo, al igual que los demás instrumentos internacionales, difunde la garantía que tienen todas las personas sin excepción ante los Tribunales, a ser oídas y con las garantías mínimas dentro del proceso judicial.

Dentro del ámbito nacional, el derecho de acceso a la justicia de toda persona se encuentra reconocido en el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de la siguiente manera: "...toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales..."²¹

El anterior contenido normativo solo es una parte del cuerpo del acceso a la justicia. Son muchos los instrumentos que propenden la protección de este derecho; asimismo, es una garantía muy amplia y reconocida, porque permite a su vez un trato igual para todas las personas sin importar su condición.

V. EL ACCESO A LA JUSTICIA COMO LÍMITE A LA DISCRIMINACIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN MÉXICO

Gracias a las garantías contenida en el derecho de acceso a la justicia, este se erige como un pilar esencial de contrapeso a la discriminación, debido a que implica que los ciudadanos puedan acceder a los mecanismos de protección de los derechos fundamentales en contra de los actos que impliquen una vulneración a su esfera jurídica; lo anterior produce que los administradores de justicia se ajusten a la norma para evitar ser objeto de sanciones. Por consiguiente, este derecho trae implícita la línea de defensa de los ciudadanos para hacer frente a la discriminación.

ciembre de 1966, Art. 14.

²¹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México, 05 de febrero de 1917, Art. 17.

En México, el derecho de acceso a la justicia de forma particular para las personas con discapacidad se encuentra reconocido en el artículo 13 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad:

“1. Los Estados Partes asegurarán que las personas con “discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás”, incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales, con inclusión de la etapa de investigación y otras etapas preliminares.

Este apartado de la presente Convención, es el principal límite que pone el derecho de acceso a la justicia frente a la discriminación que sufren las personas con discapacidad, teniendo en cuenta que reconoce el derecho a la igualdad que tienen todas estas personas en todos los procedimientos.

2. A fin de asegurar que las personas con discapacidad tengan acceso efectivo a la justicia, los Estados Partes promoverán la capacitación adecuada de los que trabajan en la administración de justicia, incluido el personal policial y penitenciario”.²²

Asimismo, se reconoce el deber positivo de los Estados, en específico para el presente artículo el Estado Mexicano, para promover una adecuada administración de justicia en pro de las personas con algún tipo de discapacidad.

De esta manera, tal como lo dispone el artículo 13 de la Convención, existe la obligación para las autoridades judiciales de asegurar un acceso a la justicia, lo que implica que se lleven a cabo todas las medidas necesarias para que las personas con discapacidad puedan ejercer ese derecho en igualdad de condiciones que el resto de la población.

²² Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2008, Art. 13.

Por su parte, en el ámbito nacional, los artículos 28 a 31 de la Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad²³, regulan el contenido del acceso a la justicia de la siguiente manera:

El artículo 28 se encarga de reconocer un trato digno y apropiado para todas las personas con discapacidad.

Por su parte, el artículo 29, promueve una de las garantías de acceso a la justicia para las personas con discapacidad en México, la cual consiste en que estas gozan del derecho a contar con un traductor o interprete en los casos en que se requiera.

En este orden de ideas, el artículo 30, indica que todas las personas con discapacidad tienen el derecho a recibir una atención adecuada por parte de las instituciones de administración e impartición de justicia.

Finalmente, el artículo 31, argumenta que todas las personas con discapacidad cuentan con todos los recursos necesarios para su debida atención.

De lo anterior, se desprende que el derecho de acceso a la justicia tiene una doble noción, pues a la vez que se constituye como un derecho autónomo, es un medio para la realización y concreción de todos los demás derechos.

²³ Artículo 28. Las personas con discapacidad tendrán derecho a recibir un trato digno y apropiado en los procedimientos administrativos y judiciales en que sean parte, así como asesoría y representación jurídica en forma gratuita en dichos procedimientos, bajo los términos que establezcan las leyes respectivas.

Artículo 29. Las instituciones de administración e impartición de justicia contarán con peritos especializados en las diversas discapacidades, apoyo de intérpretes de Lengua de Señas Mexicana, así como la emisión de documentos en Sistema de escritura Braille.

Artículo 30. Las instituciones de administración e impartición de justicia implementarán programas de capacitación y sensibilización dirigidos a su personal, sobre la atención a las personas con discapacidad.

Artículo 31. El Poder Ejecutivo Federal y los Gobiernos de las Entidades Federativas, en coordinación con el Consejo, promoverán que las instancias de administración e impartición de justicia, cuenten con la disponibilidad de los recursos para la comunicación, ayudas técnicas y humanas necesarias para la atención de las personas con discapacidad en sus respectivas jurisdicciones.

Como derecho autónomo previsto por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la noción de “acceso a la justicia”, de acuerdo con Francisco Bariffi, “[...] es amplia y exhaustiva y puede ser analizada al menos, en tres dimensiones diferentes: legal, físico y comunicacional”.

La legal se refiere a que las personas con discapacidad puedan participar, sin importar la calidad con la que lo hagan, en los procesos judiciales por derecho propio.

La física se relaciona con el hecho de que todas las instalaciones judiciales sean accesibles, y la comunicacional establece que cualquier información que se proporcione a las personas con discapacidad sea de igual forma accesible y se presente en medios alternativos de comunicación, como por ejemplo: Lengua de Señas, en formatos digitales, entre otros.

Lo anterior permite inferir que el contenido del derecho de acceso a la justicia pone un límite a la discriminación que sufren las personas con discapacidad, debido a que se parte del reconocimiento de todas las barreras que propician una desigualdad de las personas con discapacidad en el derecho de acceso a la justicia para estar en posibilidad de implementar ajustes que efectivamente, en la práctica, eliminen las situaciones de desigualdad y discriminación, los cuales podrán ser tan variados como las necesidades del caso lo establezcan.

Finalmente, muchas veces los esfuerzos del contenido del derecho de acceso a la justicia establecido de manera expresa en las normas para erradicar la discriminación, no se ven reflejados en las cifras anteriormente expuestas de las personas con discapacidad que sufren esta exclusión.

VI. CONCLUSIONES

Al finalizar el presente artículo sobre el derecho de acceso a la justicia como límite a la discriminación de las personas con discapacidad en México, se puede concluir lo siguiente:

- Existen diferentes instrumentos normativos que se encargan de reconocer y propender por la garantía del derecho de acceso a la justicia de las personas con discapacidad, tales como; la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- La Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad en México, se encarga de definir los conceptos de discapacidad, los tipos de discapacidad más comunes, tales como; discapacidad física, mental, sensorial e intelectual; así como la discriminación.
- El tema de la discriminación de las personas con discapacidad en México cobra vital importancia, debido a que, de todos los grupos vulnerables de México, el que corresponde a las personas con discapacidad es el que más sufre de discriminación según las cifras proporcionadas por el INEGI y el periódico EL ECONOMISTA.
- El derecho de acceso a la justicia se convierte en un límite a la discriminación de las personas con discapacidad en México de conformidad con el contenido del mismo establecido en el artículo 13 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, y los artículos 28 al 31 de la Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad.
- A pesar de los esfuerzos del contenido del derecho de acceso a la justicia para poner un límite frente la discriminación que sufren las personas con discapacidad en México, estas personas forman parte del primer grupo vulnerable más discriminado en México.

VII. FUENTES DE CONSULTA

1. BIBLIOGRAFÍA

KELSEN, Hans, *¿Qué es la justicia?*, México, UNAM, 2001.

NIKKEN, Pedro, *El concepto de derechos humanos*, San José, Costa Rica, Instituto Americano de Derechos Humanos, 1997.

ORTIZ AHLF, Loretta, *El derecho de acceso a la justicia de los inmigrantes en situación irregular*, México, UNAM, 2019.

SOLÍS, Patricio, *Discriminación estructural y desigualdad social*, Consejo Nacional para prevenir la Discriminación, México, 2017.

2. HEMEROGRAFÍA

GARCÍA, Ana K., “Personas con discapacidad, el grupo más discriminado en México”, en *EL ECONOMISTA*, México, 07 de enero de 2019.

3. LEGISGRAFÍA

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Diario Oficial de la Federación, México, 05 de febrero de 2017.

Convención Americana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969.

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2008.

Declaración Universal de Derechos Humanos, París, 10 de diciembre de 1948.

Diario Oficial de la Federación, Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad, México, 30 de mayo de 2011.

Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, Diario Oficial de la Federación, México, 11 de junio de 2003.

Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad, Diario Oficial de la Federación, México, 30 de mayo de 2011.

Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, Nueva York, 16 de diciembre de 1966.

PROPUESTAS PARA UNA MEJOR TUTELA DEL DERECHO A LA PENSIÓN EN MÉXICO

PROPOSALS FOR A BETTER PROTECTION OF THE PENSION RIGHT IN MEXICO

RUBÉN ESCOBEDO CABELLO¹

TOMÁS PORTILLO JUÁREZ²

RESUMEN: El presente artículo tiene como finalidad, exponer las principales propuestas generadas a través de la elaboración de la tesis de maestría titulada *la violación al derecho humano a la seguridad social, en su aspecto pensionario, en la Ciudad de México, en el periodo 2012-2019*. Ha sido analizado el contexto histórico dentro del cual se han visto afectados los sistemas de seguridad y de las pensiones, y que es el mismo que ha originado el desarrollo de la flexibilidad laboral, dentro de la cual se encuentran fenómenos como la subcontratación. Considerando los alcances de la normativa internacional, y la situación de la normativa nacional respecto de la vida laboral en México, se plantean propuestas acordes con los instrumentos internacionales, y que representan una adecuación de la normativa a la realidad diaria de los trabajadores mexicanos.

PALABRAS CLAVE: *seguridad social, subcontratación, derecho a la pensión, derecho humano a la seguridad social, sistema de pensiones.*

ABSTRACT: The main purpose of this essay is to expose the main proposals generated through the development of the master's thesis entitled *The violation to the human right to social security in its pension terms, in Mexico City, in the pe-*

¹ Catedrático del posgrado en Derecho de la UNAM. Contacto: <rbn@live.com.mx>, ORCID: <0000-0003-3732-6349>.

² Egresado de la maestría en Derecho de la UNAM. Contacto: <legenv24@gmail.com>, ORCID: <0000-0003-2785-0390>.

Fecha de recepción: 02 de agosto de 2021; fecha de aprobación: 24 de marzo de 2022.

riod 2012-2019. It has been analyzed the historical context within which the social security systems have been affected, and which are the one that have originated the development of labor flexibility, within which outsourcing is found. Considering the scope of international regulations, and the situation of national regulations regarding working life in México, proposals are in accordance with international instruments, and that represent an adaptation of regulations to the daily reality Mexican worker.

KEYWORDS: *social security, outsourcing, pension right, human right to social security, pension system.*

SUMARIO: I. Introducción; II. Marco teórico; III. Marco jurídico; IV. El limitado ejercicio del derecho a la pensión en México; V. Propuestas para una mejor regulación de la subcontratación y del derecho humano a la pensión; VI. Conclusiones; VII. Fuentes de consulta.

I. INTRODUCCIÓN

El presente escrito toma como referencia la tesis de investigación de maestría, realizada en el periodo 2018 a 2020, cuyo objeto de estudio fueron, tanto la subcontratación como el sistema de pensiones en México. La delimitación del tema fue la siguiente: en cuanto a su temporalidad, los años 2012 a 2020; y territorialmente, la Ciudad de México. El estudio se enfocó en los trabajadores tutelados por el apartado A del artículo 123 constitucional.

La hipótesis de proyecto fue, que, en su interacción, tanto la subcontratación, como el sistema de pensiones vigentes en México, generan afectación al derecho a la pensión de los trabajadores. Si bien la hipótesis a primera vista, parece de fácil comprobación, el mayor interés en la realización de este trabajo se enfocó en dos aspectos: el primero de ellos, fue el realizar un análisis de los factores

que violan el derecho a la pensión de los trabajadores, a partir de la subcontratación, desde una perspectiva enfocada en el derecho del trabajo, y desde la defensa de los derechos del trabajador, alejándose un poco, del enfoque más recurrente que atiende a los aspectos de evasión fiscal, evidentes también en este tema, pero que han predominado en el análisis sobre el incumplimiento de las obligaciones patronales, dejando de lado, muchas veces, la óptica del trabajador. El segundo aspecto, fue, que partiendo de lo anterior, se pudieran encontrar aristas del problema central, no tan visibles respecto de los objetos de estudio, y que pudieran aportar información no tan evidente, para la comprobación de la hipótesis, esto, lograría superar el hecho de que a primera instancia, la comprobación de la hipótesis era fácilmente deducible, pero se buscaban argumentos y propuestas completamente enfocadas en el área de la persona del trabajador como sujeto de derechos. En ambos casos el resultado fue satisfactorio, ya que se considera que se logró realizar un análisis del tema y finalmente, un conjunto de propuestas, enfocados en los trabajadores, y desde la perspectiva de la afectación a su derecho a la pensión, con independencia de otros enfoques, como el que el Derecho Fiscal puede aportar. En cuanto al segundo punto, se obtuvieron conclusiones y propuestas, cuyas primeras ideas aparecieron con el avance de la investigación, y que al inicio de la misma no aparecían dentro del panorama general de la soluciones y conclusiones más evidentes. Las propuestas fueron reforzadas con la entrada en vigor de las reformas correspondientes, las cuales, como se apunta en el presente trabajo, continuaron con el mismo enfoque que desde hace años se ha dado problema, acentuando el incumplimiento de los empleadores y su afectación al Estado.

Ambas reformas, una en materia de pensiones y otra en materia de subcontratación, como se ha dicho reforzaron las conclusiones a la que se llegaron en el estudio referido, en el sentido de que, el problema de origen para ambas instituciones, no ha sido atacado en México, subsistiendo figuras y procedimientos tanto en el Dere-

cho del Trabajo como en el sistema de pensiones, que deben de ser atendidos de fondo. En específico la ambigüedad en la aplicación del salario mínimo, y el anacronismo de los conceptos relativos a las relaciones de trabajo, y su consecuente resultado, que es el solapar una realidad laboral en México, sostenida y argumentada sobre instituciones legales que han dejado de garantizar los derechos de los trabajadores, dando prioridad a aspectos económicos, cuyos compromisos nacionales e internacionales han desviado al papel del Derecho del Trabajo de su principio fundamental: la defensa del trabajador.

I. MARCO TEÓRICO

1. EL DESARROLLO DE LOS ESQUEMAS DE SUBCONTRATACIÓN EN EL SIGLO XX

Se pueden seguir las palabras de Sánchez Castañeda, quien afirma que, por la globalización y las recurrentes crisis económicas, las empresas tuvieron que adaptarse a nuevas formas de producción.³ En este sentido, apunta el autor, se fue diluyendo la forma bilateral de la relación de trabajo entre empleador y empleado, y fue reemplazada por una forma triangular de relación de trabajo.⁴

Con la forma triangular, ha surgido una “empresa fuera de la empresa”.⁵ Esta empresa fuera de la empresa, se desarrolla a través de tres elementos: la externalización, la reubicación, y la reestructuración.⁶ Ha sido la externalización, a través del modelo de la subcontratación, la figura predominante en este reacomodo empresarial. Como se ha señalado, al buscar la expansión geográfica,

³ Sánchez Castañeda, Alfredo, et. al., *La subcontratación: un fenómeno global*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011. p. IX.

⁴ *Ídem*, p. IX.

⁵ *Ibidem*, p. 1.

⁶ *Ibidem*, p. XIII.

la empresa tuvo que disminuir su tamaño para coordinarse con otras empresas en la medida de su rentabilidad. Entonces, las actividades de la misma se redujeron a las elementales.⁷ Así, la empresa externalizó las demás actividades, para dar valor agregado a sus productos, o bien para abaratar la producción. Este segundo caso ha sido muy usado con la figura del outsourcing, con la finalidad de no cumplir con derechos laborales de los trabajadores, bajando los costos para los empleadores.⁸

Tomando en consideración la descripción de arriba, el mismo autor define a la subcontratación de la siguiente manera: “es una forma de externalización por medio de la cual, una empresa contrata a una o varias empresas, para que realicen, por su cuenta, una parte de su producción, o de partes necesarias de su producción”.⁹ Así mismo, la subcontratación se puede dividir en subcontratación para la producción de bienes y servicios, y subcontratación por mano de obra.¹⁰

En el caso de la subcontratación por bienes y servicios, la empresa “usuaria”, contrata a otra para la satisfacción de un bien o servicio. Interesa el resultado final, con independencia de las horas de trabajo utilizadas o el personal empleado. En este primer caso, los trabajadores son supervisados por la empresa contratada, no por la usuaria. En este esquema se encuentran los servicios de: construcción, limpieza, seguridad, transporte, entre otras.¹¹ Con respecto a la subcontratación por mano de obra, la empresa contratista dota de mano de obra a la usuaria. El pago se da por trabajador, no por mano de obra, y es la empresa usuaria la que supervisa al trabajador.¹²

⁷ *Ibidem* p. 1.

⁸ *Ibidem*, p. 2.

⁹ *Ibidem*, p. 6.

¹⁰ *Ibidem*, p. 7.

¹¹ *Ídem*.

¹² *Ídem*.

Estos esquemas descritos, como ya se ha comentado, se refieren a estrategias llevadas cabo por las empresas para lograr una mayor rentabilidad para la producción, con la finalidad de hacer frente a las exigencias del mercado global. Sin embargo, esta práctica ha sido muchas veces empleada, con la pura finalidad de disminuir los costos a través de la evasión de las obligaciones patronales. Esto ha llevado a que una práctica de naturaleza económica, llegue a identificarse con un esquema aplicado adrede con una intención ilícita. Tal es el caso de su uso en México, en donde, lejos de significar un aumento en la calidad de bienes y servicios, sólo ha servido para mermar los derechos de los trabajadores. Esta situación, en definitiva, sitúa a la realidad laboral en México, dentro de una situación contradictoria con los avances de las prácticas económicas internacionales, haciendo uso de los nuevos modelos de contratación para violentar derechos, es vez de cumplir con los nuevos paradigmas relativos a la tutela de los derechos a nivel internacional.

2. EL CAMBIO DE PARADIGMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

Al igual que la subcontratación, los actuales sistemas de pensiones son el reflejo de la transición en los sistemas económicos. Una marcada diferencia entre ambos, es el hecho de que la subcontratación se extendió junto con el sistema neoliberal y el fenómeno de la globalización. Entonces la subcontratación, hoy en día, es un resultado de los mismos. Por otro lado, los sistemas de seguridad social, surgieron dentro de regímenes que implementaron políticas de corte social, ya fuera por inclinación política o por presión por parte de la población. Estos regímenes han dado paso a la apertura económica, y, por lo tanto, la seguridad social y el derecho a la pensión circunscrito en ella, son instituciones que tienen que subsistir hoy en día frente a un cambio de paradigmas, muy distintos a aquellos que los vieron surgir.

En un aspecto doctrinario, es conveniente retomar algunas formas de entender a la seguridad social. Un concepto es el siguiente: “El conjunto de instituciones, principios, normas y disposiciones que protege a todas las personas contra cualquier contingencia que pudieran sufrir y las previene, a fin de permitir su bienestar mediante la superación de aspectos psicofísicos, moral, económico, social y cultural”.¹³ Por otra parte, la Organización Internacional del Trabajo, ha definido a la seguridad social de la siguiente manera:

La protección que la sociedad proporciona a sus miembros, mediante una serie de medidas públicas, contra las privaciones económicas y sociales que de otra manera derivarían de la desaparición o de una fuerte reducción de sus ingresos, como consecuencia de enfermedad, maternidad, accidente de trabajo o enfermedad profesional; desempleo, invalidez, vejez y muerte, y también de la protección en forma de asistencia médica, y de ayuda a las familias con hijos.¹⁴

Hay que señalar, que el reconocimiento de los derechos sociales surgió junto con el reconocimiento de los derechos de los trabajadores, durante la segunda mitad del siglo XIX y los inicios del siglo XX.¹⁵ A su vez, con dicho reconocimiento surgió el Derecho Social, y tras de este, se desarrollaron otras ramas de mayor especialidad, como el Derecho de la Seguridad Social, y el Derecho del Trabajo.¹⁶ Es importante tener esto en cuenta dada la gran relación que existe entre los conceptos y normativas referentes a estas diversas disciplinas.

Como se ha dicho, los sistemas de pensiones, han tenido que adaptarse a los cambios en el modelo económico. Como parte del fenómeno de privatización de los sectores productivos del Estado,

¹³ *Ibidem* p. 15.

¹⁴ *Ibidem* p. 18.

¹⁵ Kurczyn Villalobos, Patricia, “Seguridad Social”, en Héctor Fix Zamudio, (ed.), *Instituciones sociales en el constitucionalismo contemporáneo*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016 p. 202.

¹⁶ *Ibidem*. p. 203.

30 países privatizaron sus sistemas de pensiones, entre 1981 y 2014. De ellos 14 países fueron latinoamericanos. Esta privatización fue llevada a cabo primero, en Chile, por Augusto Pinochet. El objetivo era reducir el costo fiscal de la seguridad social, implementando las cuentas individuales administradas por empresas privadas. El único sector que se mantuvo dentro del viejo sistema de pensiones en Chile, fue el militar. .¹⁷

Tras su implementación, se consideró como “pionero” al nuevo sistema, y sus defensores consideraron que el mismo debía ser replicado en otros países, así, los organismos internacionales empezaron a recomendar su adopción, siendo sus principales promotores: el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional, y la OCDE. El Banco Mundial, a través de la publicación *Averting the Old Age Crisis: policies to protect the old and promote growth*, impulsó un debate internacional, proponiendo a los sistemas de pensiones como una estructura compuesta de tres “pilares”, uno de los cuales, correspondía al ahorro individual invertido en los mercados de capital, y el cual debía preponderar sobre otro pilar, que correspondía al del fondo público de pensiones. Con esta perspectiva el Banco Mundial tachaba al sistema tradicional de pensiones, como un fracaso.¹⁸

Ante este nuevo paradigma, han tenido que enfrentarse los derechos sociales. Es pertinente recordar que tanto la seguridad social en su aspecto pensionario, como el Derecho del Trabajo, han sido históricamente instituciones destinadas a disminuir brechas sociales, y buscar la existencia de una base homogénea de satisfactores básicos para la sociedad. Circunscribiendo, como lo hace la normativa mexicana, a la seguridad social dentro de las relaciones de trabajo, se refuerza la idea de que ambas instituciones tienen como finalidad disminuir las grandes brechas socioeconómicas. El Derecho del Trabajo, se ha desarrollado en torno a la protección de

¹⁷ Ortiz, Isabel y Favio Valverde Durán, (eds.), *Reversing Pension Privatizations. Rebuilding public pension systems in Eastern Europe and Latin America*, Ginebra, 2018, p. 5.

¹⁸ *Ibidem*, p. 7.

los derechos del trabajador, entendiendo su situación, como desfavorable por su naturaleza, ante las herramientas que posee el empleador ante un conflicto de intereses.

Dicha protección del trabajador se ha identificado como la base de los principios del Derecho del Trabajo. El doctrinario Humberto A. Podetti lo ha ubicado como el principio nuclear de la disciplina, denominándolo como principio de centralidad de la persona del trabajador.¹⁹

II. MARCO JURÍDICO

1. LA REGULACIÓN DEL DERECHO A LA PENSIÓN Y EL OUTSOURCING EN LA NORMATIVA INTERNACIONAL

Hay que puntualizar, que el derecho a la pensión, se encuentra circunscrito aún, en el Derecho a la seguridad social, el cual es de mayor amplitud, por lo que en los diversos instrumentos internacionales en los que se reconoce el derecho a la seguridad social, el derecho a la pensión aparece como uno de sus componentes. Teniendo en cuenta lo anterior, es conveniente hacer una revisión de la normativa internacional y nacional, respecto de la seguridad social, para encontrar lo referente al derecho a la pensión.

En cuanto a la subcontratación, hay que recalcar que no se han generado instrumentos internacionales que la regulen. En lo que respecta al derecho a la pensión, hay que hacer hincapié en los cuatro principios del mismo, en cuanto a su consideración como un Derecho Económico Social y Cultural, es decir a su universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, dentro del marco de los derechos que da la seguridad social. Resultar de especial interés, la consideración del principio de progresividad al momento de revisar los instrumentos internacionales.

¹⁹ Podetti, Humberto A., “Los principios del Derecho del trabajo”, en Néstor De Buen Lozano (ed.), *Instituciones del derecho del trabajo y de la seguridad social*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1997, p. 144.

De entre los instrumentos internacionales, hay que mencionar a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. La Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su artículo 22, primer párrafo, se reconoce el derecho a la seguridad social:

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.²⁰

En el mismo instrumento, se menciona más a detalle el derecho a la seguridad social, en el artículo 25, primer párrafo:

Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios, tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez, y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.²¹

También es importante recordar al Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, dentro de los cuales, como se ha comentado, se ubica al derecho a la pensión y, por consiguiente, el derecho a la seguridad social. Es conveniente recordar textualmente, su artículo 2 primer párrafo, que a la letra señala que:

Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progre-

²⁰ Organización de las Naciones Unidas, *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, 1948, artículo 22.

²¹ *Ibidem*, artículo 25.

sivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular, la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.²²

En el artículo 9 de la misma norma, se hace referencia al derecho a la seguridad social: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social.”²³ Recalcando el principio de progresividad, en párrafo 9 de la Observación General no. 3 de los Derechos Económicos Sociales y Culturales, hace referencia al mismo, de la siguiente manera:

La expresión “progresiva efectividad” se usa con frecuencia para describir la intención de esta frase. El concepto de progresiva efectividad constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve periodo de tiempo. En este sentido, la obligación difiere en manera importante de la que figura en el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos e incorpora una obligación inmediata de respetar y garantizar todos los derechos pertinentes. Sin embargo, el hecho de que la efectividad a lo largo del tiempo, o en otras palabras progresivamente, se prevea en relación con el Pacto no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo.²⁴

²² Organización de las Naciones Unidas, *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, 1966, artículo 2.

²³ *Ibidem*, artículo 9.

²⁴ Organización de las Naciones Unidas, *Observación general N.3: La índole de las obligaciones de los Estados Partes*, párrafo 9, <https://www.escr-net.org/es/recursos/observacion-general-no-3-indole-obligaciones-estados-partes>

2. LA REGULACIÓN DE LA SUBCONTRATACIÓN EN MÉXICO. LA REFORMA DE 2021. EL PROBLEMA DE LA SUBCONTRATACIÓN ABUSIVA

La subcontratación fue regulada en la Ley Federal del Trabajo en 2012 en el artículo 15 y los subsiguientes artículos 15 A, 15 B, 15 C y 15 D. Durante diecinueve años, dichos artículos delimitaron la actividad de la subcontratación.

Es claro que la entrada en vigor de la regulación del outsourcing en 2012, no logró evitar las prácticas abusivas de esta figura. En febrero de 2020, el director del IMSS afirmó que la evasión fiscal de las empresas outsourcing respecto del Instituto, generaba una pérdida por 21 mil millones de pesos. También mencionó que, se había detectado a 14,553 empresas que habían dado de baja a todo su personal en el mes de diciembre de 2019, y lo habían vuelto a contratar en enero de 2020.²⁵

Para obtener una panorámica objetiva de la incidencia de la subcontratación en el país, y en Ciudad de México en particular, se encuentra la información publicada por el INEGI en los Censos Económicos en 2014 y 2019. De acuerdo con esta información, la Ciudad de México ocupa los primeros lugares en todas las ramas medibles en la que se realiza subcontratación en el país. En 2013, el 22.5% del personal contratado en la Ciudad de México, lo era a través de subcontratación, sólo por debajo de Quintana Roo, con un 35.9%, y Baja California Sur, con 25.8%.²⁶ En cuanto a las ramas de la industria con mayor subcontratación en la entidad, en el mismo año, destacaban la relacionadas con los servicios, con un

²⁵ Roldán, Marilú, “Piden cortar de tajo y acabar con la fiesta del outsourcing ilegal”, en *La silla rota*, México, Ciudad de México, 12 de febrero de 2020, <https://lasillarota.com/nacion/piden-cortar-de-tajo-y-acabar-con-la-fiesta-del-outsourcing-ilegaloutsourcing-imss-uf-senado/361076>.

²⁶ Instituto Nacional de Estadística y Geografía, *Censos económicos 2014. Personal ocupado subcontratado en las unidades económicas. Outsourcing*, México, 2014, p.19.

39.6% de personal subcontratado²⁷

En cuanto a la información publicada de los Censos Económicos de 2019, se puede observar que, en la Ciudad de México, en 2018, se encontraba la cuarta parte del total nacional de personal subcontratado, con 1,074,907 personas no dependientes de la unidad económica para la que trabajaban. Y de entre las ramas con mayor subcontratación, vuelven a destacar las de servicios y comercio.²⁸

Un sector en el que se ha presentado en gran medida la práctica del outsourcing, ha sido en el público. Tan solo en el año 2019, las Secretarías del Gobierno de la Ciudad de México, destinaron al menos \$134 000 000, en contratos de subcontratación de personal para limpieza en sus instalaciones.²⁹

En cuanto a la práctica ilegal de la subcontratación, la titular de la Secretaría del Trabajo y Previsión Social, declaró en enero de 2020, que, durante 2019, se habría detectado a 5 millones de trabajadores laborando bajo un esquema ilegal de subcontratación, así como a 6 mil empresas que llevarían a cabo esta práctica ilegal.³⁰

Las malas prácticas de las empresas subcontratistas, detectadas durante la pandemia de 2020, fueron el detonante para realizar la esperada reforma a la regulación de la subcontratación, y el 23 de abril de 2021, entró en vigor una reforma que intenta prevenir los abusos patronales que no se pudieron erradicar con la regulación anterior.

²⁷ *Ibidem*, p. 57.

²⁸ Instituto Nacional de Estadística y Geografía, *Censos económicos*, 2019, <https://www.inegi.org.mx/app/saic/default.html>

²⁹ Plataforma Nacional de Transparencia, <https://consultapublicamx.inai.org.mx/vut-web/faces/view/consultaPublica.xhtml#sujetosObligados>

³⁰ Instituto Mexicano del Seguro Social, “Con ingresos no recaudados por *Outsourcing* se podrían comprar más medicamentos y equipo médico: Zoé Robledo”, en *IMSS Prensa*, México, Ciudad de México, febrero 2020, No. 088/2020, <http://www.imss.gob.mx/prensa/archivo/202002/088>

En el artículo 12 de la LFT quedó establecida la prohibición de la subcontratación, en el sentido de que un empleador ponga a disposición de otro empleador a sus trabajadores. Sin embargo, en el numeral siguiente, el 13, se estableció que la subcontratación continuará en los denominados servicios especializados u ejecución de obras especializadas, poniendo como parámetro el que dichos trabajos y obras no entrarán en el objeto social de la empresa. También se creó el registro nacional de empresas subcontratistas, estipulando que las beneficiarias que adquieran servicios de subcontratistas no inscritas en dicho registro, y que incumplan con sus obligaciones patronales, sean obligadas solidarias, respecto de los trabajadores involucrados en la relación laboral.

Por otro lado, de la reforma implementada, se desprende una grave afectación a los trabajadores, respecto del Reparto de Utilidades, siendo este un derecho, que, en muchos, casos, representa una compensación en el ingreso del trabajador frente a los bajos sueldos. En este sentido, se abandona al trabajador a su propia capacidad de conquista de derechos a través de la negociación colectiva, que hoy en día sigue siendo muy cuestionada debido a su actuar alienado con los intereses de los empleadores. Así, pues, la supuesta prohibición de la subcontratación, únicamente ha reafirmado lo establecido por la regulación de 2012, imponiendo candados a la sustitución patronal y creando el registro de subcontratistas.

3. LA REGULACIÓN DEL SISTEMA DE PENSIONES EN MÉXICO. TASA DE REEMPLAZO. INFORMALIDAD LABORAL. DENSIDAD DE COTIZACIÓN. NIVELES SALARIALES. SALARIO MÍNIMO

En la Constitución mexicana, también se encuentra el derecho a la pensión previsto dentro del derecho a la seguridad social, siendo este último, de una mayor amplitud. Ambos se encuentran tutelados a través del artículo 123 constitucional. En el caso del apartado

A, dicho derecho se contempla en la fracción XXIX del mismo artículo, como seguro de vejez, siendo uno de los elementos de la seguridad social:

XXIX. Es de utilidad pública la Ley del Seguro Social, y ella comprenderá seguros de invalidez, de vejez, de vida, de cesación involuntaria del trabajo, de enfermedades y accidentes, de servicios de guardería y cualquier otro encaminado a la protección y bienestar de los trabajadores, campesinos, no asalariados y otros actores sociales y sus familiares.³¹

Hay que aclarar, que se ha afirmado que en México existe una multiplicidad de sistemas de pensiones. La CONSAR distingue nueve tipos de sistemas de pensiones, que coexisten con el de aportaciones definidas, vigente desde 2007.³² Pero ubicándose en el sistema de aportaciones definidas, el panorama de los trabajadores que se encuentran en él, es poco alentador. El Banco Interamericano de Desarrollo, ha advertido que, de los trabajadores mexicanos que para 2019, se encontraban cotizando en una AFORE, tan solo el 25% llegaría a contar con las semanas requeridas para tener derecho a una pensión.³³ Este bajo acceso a la pensión, fue uno de los principales motivos que originaron la reforma de 2020. El objetivo de la misma fue el facilitar el acceso a una mayor cantidad de trabajadores al ejercicio del derecho a la pensión. Así pues, entre las principales modificaciones a la Ley del Seguro Social, hay que enumerar las siguientes:

³¹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

³² Comisión Nacional del Sistema de Ahorro para el Retiro, *Diagnóstico del Sistema de Ahorro para el Retiro en México. Funcionamiento, beneficios y retos*, México, 2018, p.25.

³³ Azuara, Oliver y Mariano Bosch, (et. al.), *Diagnóstico del sistema de pensiones mexicano y opciones para reformarlo*, Banco Interamericano de Desarrollo, marzo 2019, p. I, https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/Diagn%C3%B3stico_del_sistema_de_pension_es_mexicano_y_opciones_para_reformarlo_es_es.pdf

1. Reforma al artículo 162, a través de la cual, disminuyeron las semanas de cotización para acceder a una pensión garantizada, pasando de 1250 a 1000 semanas, teniendo como requisito, los 60 años de acuerdo con el artículo 154.

En el artículo cuarto transitorio, se estableció que, a la fecha de entrada en vigor de la reforma, las semanas mínimas serán de 750, incrementando 25 semanas anualmente, hasta llegar a las 1000 semanas contempladas en el artículo 170, en el año 2031. En cuanto a las prestaciones en especie, la versión original de la ley, ya establecía las 750 semanas como requisito.

2. Se reformó el artículo 168, a través del cual, se estableció que el monto de aportación a la subcuenta de retiro, cesantía en edad avanzada y vejez, aumentaría en relación inversa al salario del trabajador, yendo desde un ingreso de 1 UMA a \$10.75, a 4 UMA's, con una cuota social de \$6.25, y la aportación patronal se aplicará en un rango que va desde el 3.1250 % - para trabajadores que ganen 1 Salario Mínimo- hasta el 11.875%, para trabajadores que arriba de 4.01 UMA's.
3. Reforma al artículo 170, a partir del cual se determinó una tabla fija para calcular la cuantía de la pensión garantizada. La misma dejó de estar calculada con base en el salario mínimo, para serlo respecto de la UMA, por lo que se podrán generar pensiones garantizadas por debajo del salario mínimo. De acuerdo con el gobierno federal, esta reforma permitirá el aumento en 40% la pensión de los trabajadores, así como un incremento en los trabajadores que accederán a una pensión garantizada, la cual es actualmente de apenas el 34 por ciento, y se estima que subirá al 82%.

Además de lo anterior, se ha afirmado que con la reforma, se incrementará la tasa de reemplazo, concepto que es definido por la OCDE como: “el nivel de los beneficios de una pensión que adquiere un trabajador en los esquemas públicos y privados de pensiones, en comparación con sus ingresos durante su vida laboral”³⁴ Hay que señalar que la tasa de reemplazo de las pensiones en Méx-

³⁴ Organisation of Economic Co-operation and Development, *Pensions at a Glance*

ico, se encuentra muy por debajo de los pisos sugeridos por la OIT, del 40% y 45%, en sus Convenios 102 y 128, respectivamente. En 2019, México tenía una de las tasas de reemplazo más bajas de entre los miembros de la Organización, con un 25.7% para las personas con un ingreso medio³⁵

Sin embargo, aun cuando la tasa de reemplazo se acerque o supere los pisos recomendados por la OIT, esta sería el reflejo de una vida laboral inmersa en la informalidad y un bajo nivel salarial. Y es que, de acuerdo con el INEGI, para 2019, el 56.2% de la población ocupada en México, se encontraba en la informalidad³⁶

La informalidad necesariamente afecta la perspectiva de retiro de un trabajador, puesto que, si a lo largo de su vida económicamente activa, no se tiene acceso a un trabajo formal de manera constante, entonces habrá una afectación a la densidad de cotización sobre la que se calculará su retiro. La densidad de cotización se puede definir como el tiempo en que el trabajador, durante toda su vida laboral, cotiza al sistema de pensiones. Por ejemplo, si un trabajador ha estado en el mercado laboral por 10 años, pero sólo cotizó 5 años, su densidad de cotización será del 50%. Si el mismo trabajador hubiera cotizado durante los mismos 10 años, entonces su densidad de cotización sería del 100%.³⁷

Así, pues, si en México, menos de la mitad de la población económicamente activa tiene acceso a empleo formal, se puede entender entonces, que, con más de la mitad de la población económicamente activa en la informalidad, la densidad de cotización en

2019: *OECD and G20 indicators*, OECD Publishing, París, 2019, p. 146

³⁵ *Ibidem*, p. 147.

³⁶ Instituto Nacional de Estadística y Geografía, *Encuesta Nacional de Ocupación y Empleo, ENOE. Cuarto trimestre de 2019. Principales indicadores laborales de las ciudades*, México, febrero 2020, p. 6.

³⁷ Instituto Mexicano del Seguro Social, *La densidad de cotización: Elemento fundamental de las pensiones*, 2022, <http://www.pension-ims.com/index.php/blog/27-la-densidad-de-cotizacion-elemento-fundamental-de-las-pensiones>

México, en 2019, fuera apenas del 44.3%.³⁸

Otro problema fundamental es el nivel salarial en México. Para el cuarto trimestre de 2019, apenas dos millones de personas en el país, percibían arriba de 5 salarios mínimos, mientras que 28 millones de personas, de una población económicamente activa de 55 millones, tenían un ingreso máximo de 2 salarios mínimos.³⁹

El salario mínimo refleja un nivel de bienestar, en la medida en que se vea relacionado con un óptimo nivel adquisitivo. El salario mínimo está contemplado en el artículo 123 de la Constitución Federal, que indica: “Los salarios mínimos generales deberán ser suficientes para satisfacer las necesidades normales de un jefe de familia, en el orden material, social y cultural, y para proveer a la educación obligatoria de los hijos”.⁴⁰ Y en la Ley Federal del Trabajo, en su artículo 90, se transcriben literalmente las líneas del precepto constitucional: “El salario mínimo deberá ser suficiente para satisfacer las necesidades normales de un jefe de familia en el orden material, social y cultural, y para proveer a la educación obligatoria de los hijos”.⁴¹

Regresando al tema del poder adquisitivo del salario mínimo en México, es necesario considerar los diferentes niveles de pobreza y lo que necesita una familia para subsistir en México. Para esto es de utilidad analizar el criterio de pobreza que utiliza el CONEVAL, institución que ha definido a la pobreza de una manera multidimensional, definiéndola como sigue: “Una persona se encuentra en situación de pobreza multidimensional, cuando no tiene garantiza-

³⁸ Secretaría de Hacienda y Crédito Público “Diagnóstico de la Generación AFORE IMSS”, *Apuntes sobre el SAR no.2*, México, 2019, p. 5, https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/509334/2_AP-nov-19_Diagnostico_IMSS_GA.pdf

³⁹ Instituto Nacional de Estadística y Geografía, *Población ocupada según nivel de ingreso, nacional trimestral*, 17 de febrero de 2022, <https://www.inegi.org.mx/app/tabulados/default.html?nc=602>

⁴⁰ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *op. cit.*

⁴¹ Ley Federal del Trabajo.

do el ejercicio de al menos uno de sus derechos para el desarrollo social, y sus ingresos son insuficientes para adquirir los bienes y servicios que se requiere para satisfacer sus necesidades.”⁴²

El criterio del CONEVAL, permite hacer referencia a la distinción entre nivel de ingresos, y la situación de carencia en otros ámbitos. De manera que se considera un nivel más amplio de bienestar, que va más allá de la dimensión del ingreso, la cual conforma uno de los indicadores. En total, se consideran 5 indicadores: población en situación de pobreza, población en situación de pobreza extrema, población vulnerable por ingresos (quienes no tienen carencias sociales, pero tienen un ingreso menor a la línea de bienestar), población vulnerable por carencias sociales, y población no pobre y no vulnerable. Las carencias sociales que se consideran son las siguientes: rezago educativo; acceso a los servicios de salud; acceso a la seguridad social; acceso a la alimentación; calidad y espacios de la vivienda; y acceso a los servicios básicos en la vivienda.⁴³

El nivel de pobreza según ingreso, es dividido en dos, que es la línea de pobreza extrema por ingresos, equivalente a la canasta básica por persona al mes, y la línea de pobreza por ingresos, equivalente al valor de la canasta alimentaria y de la canasta no alimentaria por persona al mes⁴⁴. La primera determina el nivel de bienestar mínimo, la segunda determina el nivel de bienestar. En la canasta no alimentaria se incluyen bienes como: transporte público (\$259.20), educación cultura y recreación (\$323.41), o artículos de esparcimiento (\$4.91). En total se contemplan 12 rubros, que, en 2020, dan una cantidad de \$3,255.60 en zonas urbanas.

⁴² Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social, *Metodología para la medición multidimensional de la pobreza en México*, México, 2012, p. 8.

⁴³ Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social, *Medición de la pobreza, 2008-2018*, https://www.coneval.org.mx/Medicion/PublishingImages/Pobreza_2018/Serie_2008-2018.jpg

⁴⁴ Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social, *Medición de la pobreza*, <https://www.coneval.org.mx/Medicion/MP/Paginas/Lineas-de-bienestar-y-canasta-basica.aspx>

De acuerdo con estas variables, a septiembre del 2020, la línea de pobreza por ingresos es de \$3,255.00 al mes, en zonas urbanas, y \$2,130.24 en zonas rurales, mientras que la línea de pobreza extrema por ingresos es de \$1,671.38 en zonas urbanas y \$1,202.05 en zonas rurales. Es decir, que una persona con un ingreso mensual igual o superior a \$3,255.60, tendría acceso a los bienes y servicios básicos, y no estaría considerada por debajo de la línea de pobreza por ingresos.⁴⁵ Sin embargo, según datos del CONEVAL, en 2018, el 41.9% de la población mexicana, se encontraba en situación de pobreza, es decir 52.4 millones de mexicanos. 48.8%, o 61.1 millones, se encontraban por debajo de la línea de pobreza por ingresos, y 57.3%, correspondiente a 71.7 millones, carecían de acceso a la seguridad social.⁴⁶ Apenas el 21.9 % por ciento de la población, no caía en algún tipo de pobreza o carencia social.

Lo anterior supone que apenas 27.4 millones de personas, tendrían acceso a un ingreso superior a los \$3,255.60 que representan los bienes básicos, y aparte de ello no tendría carencias sociales. Esto explica el argumento de que, el salario mínimo en 2020, correspondiendo a poco más de \$3,500 mensuales, ubicaría a un trabajador por encima de la línea de pobreza.

III. EL LIMITADO EJERCICIO DEL DERECHO A LA PENSIÓN EN MÉXICO

Uno de los grandes problemas que se encuentran al estudiar el impacto de la subcontratación ilegal en México, es la ausencia de un registro de empresas subcontratistas, una ausencia que fue atendida después casi 10 años de entrada en vigor de la regulación de esta práctica en México.

⁴⁵ *Metodología para la medición multidimensional de la pobreza en México*, op. cit., p. 6.

⁴⁶ Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social, *Pobreza en México*, <https://www.coneval.org.mx/Medicion/MP/Paginas/Pobreza-2018.aspx>

Por otro lado, también existe una carencia de información por parte de los trabajadores para hacer efectivos sus derechos laborales. Al no haber existido durante años un registro de empresas subcontratistas, el trabajador no tenía la posibilidad de verificar por sí mismo, que se encontraba sujeto a una relación laboral que respetara sus derechos.

Sin embargo, un problema aún mayor se encuentra al considerar la perspectiva de retiro del trabajador, no sólo ante la afectación del *outsourcing* ilegal, sino en el hecho de transitar una vida económicamente activa, en un país en donde más de la mitad de la población económicamente activa está en la informalidad, y en donde aunado a eso, más de la mitad de dicha población percibe 2 salarios mínimos.

Por lo tanto, las condiciones que ha exigido el sistema de pensiones en México vigente desde 1997, no responde a la realidad de la vida laboral en país. Antes de haber implantado como requisito un mínimo de 1250 semanas de cotización, y el cálculo de una pensión, sobre un fondo individual de ahorro, se debió haber garantizado que los trabajadores mexicanos tuvieran las posibilidades de gozar de los derechos laborales y de seguridad social necesarios para el cumplimiento de dichos requisitos.

Las empresas subcontratistas, al no cumplir con los derechos de seguridad social de los trabajadores, repercuten en el fondo de ahorro de los mismos. Esto disminuye la densidad de cotización, y retrasa el ejercicio del derecho a la pensión por parte de los trabajadores. En el caso de que el trabajador no cotice respecto de su sueldo real, genera también una repercusión en su fondo de ahorro. Estos hechos, junto con la falta de empleo formal, vuelven inalcanzable el requisito impuesto por la ley, respecto de las semanas de cotización.

Por otro lado, en el supuesto de que se obtengan las condiciones para acceder a una pensión mínima garantizada, esta era calculada sobre un salario mínimo, que en la práctica no cumple con su función, que es abastecer al trabajador de lo mínimo indispensable para su subsistencia. Este problema se ha agravado aún más tras la

reforma, que avala que los trabajadores tengan pensiones por debajo del salario mínimo, al indexar la figura a la Unidad de Medida y Actualización.

Todo lo anterior, se traduce, y traducirá, en una baja tasa de reemplazo en cuanto a las pensiones, o bien, una tasa de reemplazo que en la realidad no satisface las necesidades de un pensionado. Aparte de ello, hay que considerar la heterogeneidad entre los diversos sistemas de pensiones en el país, que dificulta la homologación de derechos. Por lo tanto, se puede decir, que, como se ha planteado en la hipótesis, existe una combinación entre la presencia del outsourcing ilegal, y el actual sistema de pensiones, que genera una afectación generalizada al derecho a la pensión de los trabajadores en México.

III. PROPUESTAS PARA UNA MEJOR REGULACIÓN DE LA SUBCONTRATACIÓN Y DEL DERECHO HUMANO A LA PENSIÓN

1. PROPUESTAS PARA UNA MEJOR REGULACIÓN DE LA SUBCONTRATACIÓN

Si bien la reforma que ha entrado en vigor en abril de 2021, ha solventado la ausencia de un registro nacional de las empresas que tengan como objeto la subcontratación, se ha dejado de lado un elemento fundamental para la prevención de la subcontratación ilegal, que es la defensa por parte del trabajador mismo respecto de sus propios derechos. La nueva etapa de conciliación, deja en estado de indefensión al trabajador, frente a las conocidas presiones por parte de los empleadores, de llegar a un convenio favorable a los intereses de la empresa.

Aunado a lo anterior, el derecho a la pensión, sigue siendo considerado como derecho de segunda, al no ser una de las causales por las cuales el trabajador quede exceptuado de agotar, la ahora obligatoria, etapa de conciliación en el nuevo proceso laboral.⁴⁷

⁴⁷ Ley Federal del Trabajo, *op. cit.* artículo 365 Ter.

Por lo tanto, se concluye que la mejor vía para regulación de la subcontratación, lejos de estar en la prohibición de la misma, se encuentra en la facilidad que se le pueda dar a los trabajadores para ejercer la defensa de sus derechos. Esto se debe de manifestar en un fácil acceso del trabajador al conocimiento sobre si, su empleador incurre o ha incurrido en ilegalidades respecto de los derechos de otros trabajadores. Además, tanto la etapa obligatoria de conciliación como los convenios que se realicen en cualquier otra etapa del juicio, debieran de excluir a lo relativo a las cuotas obrero patronales, para que las mismas sigan un procedimiento independiente.

2. PROPUESTAS RELATIVAS A LA MEJOR TUTELA DEL DERECHO A LA PENSIÓN

En cuanto al derecho a la pensión, se concluye que, los parámetros internacionales a través de los cuales se busca satisfacer la evaluación de las pensiones en México, indican por sí mismos, que, la base del cálculo de la pensión garantizada, es decir, el salario, es la raíz del problema respecto de las pensiones en México. Sin embargo, este problema implica, a su vez, otras situaciones viciadas, que trastocan algunos de los conceptos fundamentales del Derecho del Trabajo en México.

3. INGRESO DE BIENESTAR

Si la pensión se calcula sobre el salario, y la base de la figura del salario es el salario mínimo, en el sentido de que esta figura denota la idea de un ingreso suficiente para la subsistencia de una familia, entonces al reevaluar el salario mínimo y su cálculo, resultará que todo lo que se concibe a través de él, a su vez, tiene que ser replanteado. El problema no es tanto que no haya sido cuestionada la idoneidad del salario mínimo en México, sino que no hay información objetiva

y de fácil acceso, respecto de la cual, se pueda verificar un nivel de ingreso que genere con certeza el acceso a niveles de bienestar, y que sirva como un parámetro a las políticas salariales.

Al no saber qué ingreso se necesita para un nivel de bienestar, sólo se sabe que el salario mínimo no es suficiente, pero no existe una meta clara hacia la cual guiar los ingresos en México. Para lograr esto, habría que diferenciar entre el salario mínimo, y un ingreso que alcance una meta definida de bienestar. Es por ello que se propone la creación del ingreso de bienestar.

La implementación de una figura como la del ingreso de bienestar, generaría una mayor claridad en el estudio de los ingresos de los trabajadores mexicanos. Facilitaría el estudio de los niveles de bienestar y de pobreza. Además, atendería a una realidad de la vida laboral a nivel internacional, que es la multiplicidad de actividades económicas que realiza un individuo para solventar sus necesidades.

Los elementos para determinar un ingreso de bienestar, pueden estar ya en uso, por ejemplo, a través de las mediciones que realiza el CONEVAL respecto de situación de: pobreza, pobreza extrema, población vulnerable por ingresos, población vulnerable por carencias sociales y población o pobre y no vulnerable. Así, la determinación de un ingreso de bienestar podría surgir como una herramienta para impulsar políticas públicas, basada en parámetros ya existentes en México.

4. RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA PENSIÓN COMO DERECHO HUMANO EN LA CPEUM

El derecho a la pensión, dentro de los derechos sociales, está reconocido por los tratados internacionales que se han mencionado en el presente texto. Considerando el principio de progresividad, también ya comentado, se puede considerar al derecho a la pensión de manera expresa en la Constitución Federal, lo cual generaría nuevas herramientas jurídicas como apoyo a los trabajadores en la

defensa de sus derechos. Lo anterior estaría en conformidad con lo expuesto en el principio de progresividad en conformidad con el Pacto Internacional de los Derechos Económicos Sociales y Culturales, y de su Observación General no. 3, citados en este texto.

Y se considera al derecho a la pensión como un derecho humano, entonces deja de estar supeditado a la relación bilateral tradicional del trabajo, o a la dimensión trilateral que ha surgido de la flexibilización de las relaciones de trabajo. Esto, como un reflejo de la dinámica del mundo laboral, que se ha transformado desde el desarrollo del derecho del trabajo, hace más de un siglo, hasta las primeras décadas del siglo XXI.

5. AMPLIACIÓN DEL CONCEPTO DE TRABAJO EN LA LEGISLACIÓN MEXICANA

La Organización Internacional del Trabajo ha definido al trabajo como: “el conjunto de actividades, remuneradas o no, que producen bienes o servicios de una economía, o que satisfacen las necesidades de una comunidad, o proveen los medios de sustentos necesarios para los individuos”.⁴⁸ Atendiendo a esta definición empleada por la OIT, se puede concebir al trabajador, sin los límites que impone la relación a uno o varios empleadores, trasladándolo al actor de todo el conjunto de actividades, aún las no remuneradas, que le permitan la satisfacción de sus necesidades. Se propone, entonces, la adopción del concepto de trabajador, en la legislación mexicana, para armonizarlo con el concepto de trabajo de la OIT.

Como se ha señalado antes, dentro de los márgenes del principio de progresividad, se encuentra la implementación de los elementos técnicos y materiales necesarios, por parte del Estado, para lograr la máxima implementación posible de los Derechos Económicos,

⁴⁸ Organización Internacional del Trabajo, ¿Qué es el Trabajo decente?, https://www.ilo.org/americas/sala-de-prensa/WCMS_LIM_653_SP/lang-es/index.htm

Sociales y Culturales. Es por ello que se considera pertinente y necesario, cambiar los paradigmas del Derecho del trabajo y del sistema de pensiones en México, para que la tutela de los derechos de los trabajadores, estén acordes con la realidad laboral del siglo XXI.

Al romper los márgenes tradicionales del concepto de trabajador, e implementando el uso del ingreso de bienestar dentro de la legislación mexicana, se estarían generando nuevas herramientas para la implementación de políticas públicas, así como de elementos legales que permitirían una posición más activa por parte de los trabajadores en la defensa de sus derechos.

IV. CONCLUSIONES

A pesar de las reformas implementadas en 2020 y 2021 tanto a la regulación de la subcontratación, como al sistema de pensiones, existen figuras y procesos que necesitan ser revisados a mayor profundidad, para que las reformas que se implementen, tengan un verdadero impacto en la calidad de vida de la población mexicana.

Las propuestas que se han expuesto en el presente texto, buscan facilitar una tutela más efectiva, respecto del derecho a la pensión y en general, de los derechos laborales y de seguridad social, derechos que muchas veces han visto violentados aquellas personas que han concluido, o están por concluir, su vida laboral.

Se ha apelado al principio de progresividad, precisamente sobre el entendimiento de que la naturaleza misma de los Derechos Económicos Sociales y Culturales, por un lado, complica la completa tutela efectiva de los mismos, de una forma inmediata, debido a las exigencias materiales a las que estas se enfrentan; pero por el otro lado, deben de garantizarse gradualmente mediante el desarrollo de todas las medidas técnicas posibles para su progresiva implementación. Por lo tanto, la generación de figuras jurídicas que tengan como consecuencia, que se ahonde en cuestionamientos concretos – como lo es el desarrollo de la figura de ingreso de

bienestar- y proporcionen más herramientas legales a la población para defender sus derechos – como la inclusión expresa del derecho humano a la pensión en la Constitución Federal-, lejos de sobrepasar las limitantes materiales para tutelar dichos derechos, generarían, a mediano y largo plazo, respuestas más claras y con bases más objetivas, que se podrían usar, tanto para la implementación de políticas públicas, como para una mayor conciencia y defensa de los derechos de los trabajadores en México.

V. FUENTES DE CONSULTA

1. BIBLIOGRAFÍA

AZUARA, Oliver y Mariano Bosch (*et. al.*), *Diagnóstico del sistema de pensiones mexicano y opciones para reformarlo*, Banco Interamericano de Desarrollo, marzo 2019.

COMISIÓN NACIONAL DEL SISTEMA DE AHORRO PARA EL RETIRO, *Diagnóstico del Sistema de Ahorro para el Retiro en México. Funcionamiento, beneficios y retos*, México, 2018.

CONSEJO NACIONAL DE EVALUACIÓN DE LA POLÍTICA DE DESARROLLO SOCIAL, *Metodología para la medición multidimensional de la pobreza en México*, México, 2012.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA Y GEOGRAFÍA, *Censos económicos 2014. Personal ocupado subcontratado en las unidades económicas. Outsourcing*, México, 2014.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA Y GEOGRAFÍA, *Encuesta Nacional de Ocupación y Empleo, ENOE. Cuarto trimestre de 2019. Principales indicadores laborales de las ciudades*, México, febrero 2020.

KURKCYN VILLALOBOS, Patricia, “Seguridad social”, en FIX ZAMUDIO, Héctor, (Ed) *Instituciones sociales en el constitucionalismo contemporáneo*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016.

ORGANISATION OF ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, Publishing, *Pensions at a Glance 2019: OECD and G20 indicators*, OECD Publishing, Paris, 2019.

ORTIZ, Isabel y Favio Valverde Durán, (eds.), *Reversing Pension Privatizations. Rebuilding public pension systems in Eastern Europe and Latin America*, Ginebra, 2018.

PODETTI, Humberto A., “Los principios del Derecho del trabajo”, en Néstor De Buen Lozano (ed.), *Instituciones del derecho del trabajo y de la seguridad social*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1997.

SÁNCHEZ CASTAÑEDA, ALFREDO, (et. al.), *La subcontratación: un fenómeno global*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011.

2. HEMEROGRAFÍA

INSTITUTO MEXICANO DEL SEGURO SOCIAL, “Con ingresos no recaudados por Outsourcing se podrían comprar más medicamentos y equipo médico: Zoé Robledo”, en *IMSS Prensa*, México, Ciudad de México, febrero 2020, No. 088/2020, <http://www.imss.gob.mx/prensa/archivo/202002/088>

ROLDÁN, MARILÚ, “Piden cortar de tajo y acabar con la fiesta del outsourcing ilegal”, en *La silla rota*, México, 12 de febrero de 2020, <https://lasillarota.com/nacion/piden-cortar-de-tajo-y-acabar-con-la-fiesta-del-outsourcing-ilegaloutsourcing-imss-uif-senado/361076>.

2. LEGISGRAFÍA

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948.

Ley Federal del Trabajo, México 1970.

Observación General N.3: la índole de las obligaciones de los Estados partes, 1990.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1966.

2. ELÉCTRONICAS

CONSEJO NACIONAL DE EVALUACIÓN DE LA POLÍTICA DE DESARROLLO SOCIAL, *Medición de la pobreza*, <https://www.coneval.org.mx/Medicion/MP/Paginas/Lineas-de-bienestar-y-canasta-basica.aspx>

CONSEJO NACIONAL DE EVALUACIÓN DE LA POLÍTICA DE DESARROLLO SOCIAL, *Medición de la pobreza, 2008-2018*, https://www.coneval.org.mx/Medicion/PublishingImages/Pobreza_2018/Serie_2008-2018.jpg

CONSEJO NACIONAL DE EVALUACIÓN DE LA POLÍTICA DE DESARROLLO SOCIAL, *Pobreza en México*, <https://www.coneval.org.mx/Medicion/MP/Paginas/Pobreza-2018.aspx>

INSTITUTO MEXICANO DEL SEGURO SOCIAL, *La densidad de cotización: Elemento fundamental de las pensiones*, 2022, <http://www.pension-ims.com/index.php/blog/27-la-densidad-de-cotizacion-elemento-fundamental-delas-pensiones>

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA Y GEOGRAFÍA, *Censos económicos*, 2019, <https://www.inegi.org.mx/app/saic/default.html>

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA Y GEOGRAFÍA, *Población ocupada según nivel de ingreso, nacional trimestral*, 17 de febrero de 2022 <https://www.inegi.org.mx/app/tabulados/default.html?nc=602>

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, *Observación general N° 3: La índole de las obligaciones de los Estados Partes*, párrafo 9, <https://www.escri-net.org/es/recursos/observacion-general-no-3-indole-obligaciones-estados-partes>

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, ¿Qué es el Trabajo decente?, https://www.ilo.org/americas/sala-de-prensa/WCMS_LIM_653_SP/lang--es/index.htm

PLATAFORMA NACIONAL DE TRANSPARENCIA, <https://consultapublicamx.inai.org.mx/vutweb/faces/view/consultaPublica.xhtml#sujetosObligados>

SECRETARÍA DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, “Diagnóstico de la Generación AFORE IMSS”, *Apuntes sobre el SAR no.2*, México, 2019, https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/509334/2_AP-nov-19_Diagno_stico_IMSS_GA.pdf

PRISIÓN PREVENTIVA EN LA CIUDAD DE MÉXICO COMO MEDIO PARA OBTENER JUSTICIA

PREVENTIVE PRISON IN MEXICO CITY AS A MEANS TO OBTAIN JUSTICE

JAVIER DIEZ GARCÍA¹

MARGARITA JEZABEL MÁRQUEZ TORRES²

RESUMEN: En 2016 entró en vigor el sistema procesal penal acusatorio y oral, con el objetivo de “resolver las contiendas con gran economía de tiempo y recursos”,³ de una forma eficiente, transparente y humana, en contraposición al sistema inquisitivo, en el que se propiciaba la “opacidad y corrupción, además de ser lento y costoso”.⁴ No obstante, los beneficios del nuevo sistema no se han logrado, pues se observa un incremento en las solicitudes de prisión preventiva en la Ciudad de México. Así, dicha medida cautelar se convierte en una regla procesal más que en una excepción.

¹ Doctor en Derecho. Maestro en Litigación en Juicios Orales y Especialista en Estrategias de Defensa en Juicios Orales. Profesor de Derecho Penal en la FES Acatlán. Correo electrónico: dr.javier.diez@outlook.com ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9351-4072>

² Licenciada en Derecho y Especialista en Derecho Penal por la UNAM. Maestranda en Derecho en la FES Acatlán de la UNAM. Secretaria Auxiliar Judicial de la Juez de Control 33 del Sistema Procesal Penal Acusatorio de la Ciudad de México. Correo electrónico: jezabelmarquez28@gmail.com ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0577-9984>

Fecha de recepción: 03 de junio de 2022. Fecha de aprobación: 24 de junio de 2022.

³ García Ramírez, Sergio, “Objeto y fines del proceso penal”, *Revista Mexicana de Justicia*, núm. 31-32, México, UNAM, enero-diciembre, 2018, p. 38.

⁴ Moreno Hernández, Moisés, “El proceso penal acusatorio mexicano y sus objetivos frustrados”, *Revista Digital de Ciencias Penales de Costa Rica*, núm. 1, Costa Rica, Universidad de Costa Rica, 2021, p. 2.

Esta investigación parte de una metodología histórica, documental, asentada en una técnica mixta, basada en el estudio fenomenológico de casos a través de entrevistas a las víctimas de delitos, con el objetivo de explicar si el fenómeno del aumento de la prisión preventiva proviene de que la ciudadanía la perciba como medio de justicia a modo de venganza.

PALABRAS CLAVE: *Derecho penal, castigo, pena, víctima, delincuente, medida cautelar, prisión preventiva, justicia.*

ABSTRACT: The accusatory criminal procedure system took effect in 2016; its principal objective was to “solve disputes with a time and resources economy”, in an efficient, transparent and human way; in contrast with the inquisitive system, which promoted the “opacity and corruption, being also slow and expensive.” Nevertheless, the new system’s benefits have not been accomplished, since an increase in the requests for preventive prison is observed in Mexico City. Therefore, preventive prison becomes a procedure rule more than an exception. This research starts from a historical and documentary methodology, set on a qualitative and quantitative technique, based on the phenomenological study of cases through interviews with the victims of crimes, to explain if the phenomenon of the rise of preventive prison comes from the perception of citizenship about it as a way of getting justice through vengeance.

KEYWORDS: *Criminal law, punishment, penal sanction, victim, criminal, preliminary injunction, preventive prison, justice.*

SUMARIO: I. Introducción; II. Derecho penal y pena como retribución; III. La Ciudad de México y su intento de humanización; IV. Reforma en seguridad y justicia; V. La realidad de las medidas cautelares y la experiencia en el servicio público; VI. Conclusiones; VII. Bibliografía

1. INTRODUCCIÓN

Esta investigación tiene su génesis en la labor jurisdiccional llevada en los Juzgados de Control del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México, constituidos a raíz del reciente sistema procesal penal acusatorio implementado en el 2016, cuyo objetivo principal era hacer más eficientes los procesos y llevarlos a cabo con perspectiva de respeto de derechos humanos. Sin embargo, se ha observado que, durante el proceso, las víctimas solicitan que su agresor se encuentre privado de la libertad a pesar de existir otras medidas cautelares que buscan asegurar la presencia del imputado en el procedimiento, así como garantizar la seguridad de la víctima e impedir obstaculizaciones al proceso. Derivado de lo anterior, es pertinente preguntarse los motivos por los que las víctimas solicitan que sus agresores sean privados de la libertad y si, dentro de estos motivos, se manifiesta una sensación de obtención de justicia para las víctimas. En consecuencia, se analizarán las deficiencias que ha tenido el sistema procesal penal acusatorio para que este fenómeno siga sucediendo.

Con base en ello, y a partir de los resultados obtenidos, se advertirán tres cuestiones principales para explicar el fenómeno del aumento de la prisión preventiva: i) la ciudadanía relaciona directamente la privación de la libertad como una forma de obtener justicia a través de la venganza; ii) esta situación se ha generado por el desconocimiento de las medidas cautelares a las que pueden tener acceso y; iii) las víctimas no se sienten seguras a menos que el agresor se encuentre en prisión debido a la inacción del Estado. Es así que el presente trabajo estará dividido en tres partes: en primer lugar, se aborda la interpretación de la pena a través de la historia del derecho penal como consecuencia de un castigo asociado a la venganza y el suplicio; en segundo término, se presenta una recapitulación de la justicia penal en la Ciudad de México, desde el palacio de Lecumberri hasta la reforma penal del 2016 mencionada

anteriormente y, finalmente, se realiza un análisis de los resultados obtenidos de las entrevistas realizadas a las víctimas y responder a la incógnita de qué entienden éstas por justicia y su relación con el aumento de solicitudes de prisión preventiva para los delincuentes. De esta forma, se explicarán las razones que han hecho que una medida cautelar como la prisión preventiva se convierta en una regla procesal más que en una excepción, prestando especial atención al componente psicológico de justicia que encierra esta figura para la víctima.

II. DERECHO PENAL Y PENA COMO RETRIBUCIÓN

Para comprender las implicaciones del incremento en la solicitud y uso de la prisión preventiva resulta fundamental partir de que la división y análisis del Derecho Penal no siempre fue tan clara y delimitada como hasta ahora la conocemos, pues el transcurrir de los años nos lleva a una gran evolución, no sólo dogmática, sino de campos de aplicación. Dividir el Derecho Público del Derecho Privado fue el primer paso para establecer que existía un Derecho que afectaba o regulaba las relaciones que tenemos como entes particulares y aquellos en los que indudablemente el Estado tenía participación. De este modo, se puede establecer que el Derecho Público se relaciona con aquellas cuestiones en las que el Estado se encuentra involucrado, mientras que el Derecho Privado se avoca a regular aquellos conflictos en los cuales solo participan particulares.

Aunado a lo anterior, hemos de remontarnos a la época antigua en donde aún existían clanes o comunidades definidas jurídicamente para percatarnos de que, si bien no contaban con un derecho escrito, esto no significaba una falta de normas de convivencia. En este sentido, dentro de estas rudimentarias esferas sociales se suscitaban hechos dañinos para la comunidad producidos por los miembros de ésta, y es a partir de ahí cuando se asevera que el crimen nace con el hombre a pesar de que aún no existían ordenamientos jurídicos

ni, en ocasiones, una sociedad organizada. Lo anterior lo refiere, de una manera más sencilla, Espinosa Gómez al señalar que “se parte de que el derecho no es un ser que se encuentra como dado en la naturaleza, sino que implica el ser creado. Su causa eficiente es el hombre, con lo cual queda asentado que es un producto humano [...] En lo formulado mediante la norma jurídica queda inmersa como una válvula de seguridad, la coercibilidad, entendida como la posibilidad [...] del uso legítimo de la fuerza”⁵. Es preciso decir, entonces que, aún y cuando el hombre no encontraba una manera de comunicarse a través de las palabras, ya presentaba conductas que afectaban a los demás.

De igual forma, hay que considerar que la fe *mágica*, la autoridad de los magos, de los profetas o incluso el poder de los sacerdotes son el antecedente más longevo del Derecho Penal, incluso algunos autores lo señalan como su fuente más directa, pues basta recordar la sanción de brujería para comprender esa vinculación inicial entre el aspecto penal y el mundo místico.⁶ Como consecuencia de lo anterior, en ocasiones, cualquier acción era originariamente *ex delicto*, desconociendo por completo las obligaciones y los contratos, es por ello que el Procedimiento Expiatorio entre los clanes era ajeno a la distinción entre delito e infracción jurídica, ya que, por un lado, el delito exige venganza y la infracción conlleva sin lugar a dudas una reparación del daño, y si en algún momento se llegaba a presentar esta distinción, era muy rudimentaria⁷.

⁵ Espinosa Gómez, Magdalena de Lourdes, “¿Qué es y para qué sirve el derecho?”, en Cáceres Nieto, Enrique *et al.*, *Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho*, México, UNAM, 2005, pp. 147 y 148.

⁶ Véanse Pradilla Barnuevo, Francisco de la, *Suma de las leyes penales*, Valladolid, Lex Nova, 1996; Cortijo Ocaña, Antonio y Gómez Moreno, Ángel, *Las minorías: Ciencia y religión, magia y superstición en España y América (siglos XV al XVII)*, EEUU, Universidad de California, 2015.

⁷ Weber, Max, *Economía y Sociedad*, Primera Edición electrónica, México, Fondo de Cultura Económica, 2014, p 685.

La falta de distinción entre reparación del daño y el castigo como venganza se debía principalmente a dos cuestiones: por una parte, la falta de análisis de la noción de culpa y de los grados de culpabilidad -este último relacionado con la intención del delincuente-, y por otra, las consecuencias jurídicas de una sentencia, debido a que tendían a evitar el establecimiento de una distinción entre sanciones civiles y penales al considerarse de la misma naturaleza las consecuencias jurídicas sobre, por ejemplo, la disputa de la tierra y el asesinato. En este sentido, Weber explica que:

Los conflictos entre individuos pertenecientes a un mismo clan son resueltos por los ancianos. En todos estos casos, tanto el fundamento como la clase y medida de los castigos dependen del arbitrio de los que detentan el poder, razón por la cual no existe, propiamente hablando, un derecho penal. Éste se desarrolló, si bien de manera incipiente, extramuros de la comunidad doméstica, en aquellos casos en que la conducta del sujeto dañaba en la totalidad de sus miembros a una comunidad vecinal, a un clan o a una asociación política de la que el propio sujeto formaba parte.⁸

En ese contexto, el Derecho Penal se desarrolló fuera de los clanes y comunidades ya que sólo se consideraba que se actualizaban las figuras de este derecho cuando las agresiones se presentaban fuera de estas, y era hasta ese momento cuando se generaba un impacto que ameritaba un castigo.

1. LA VENGANZA

La venganza se considera el primer castigo o retribución que se encontraba para sancionar los actos que dañaban a otras personas y se puede resumir como aquellas acciones que emprende un hombre cuando recibe una agresión y mediante la cual se siente satisfecho. En este tenor, dicho castigo no se imponía por un ente superior, sino entre iguales.

⁸ *Ibidem*, p. 688.

Para comprender lo que implica la venganza dentro del derecho penal, es necesario partir de que ésta se puede dividir de acuerdo a cuatro tipos: privada, familiar, divina y pública. Por lo que corresponde a la primera, se puede resumir con la Ley del Tali3n, es decir, hacer justicia por propia mano, lo cual se encuentra vinculado con el segundo tipo, esto es, la venganza familiar, en la que ya no era la v3ctima directa del delito, sino sus allegados, los que se encontraban facultados para castigar a quien da3o a su familiar. En cuanto a la tercera, es decir, la venganza divina, esta se encontraba justificada por la afrenta a los dioses o, dicho en otras palabras, el castigo a imponer derivaba del hecho de que un individuo hab3a llevado a cabo una conducta que ofend3a a las deidades. Por 3ltimo, el cuarto tipo de venganza, la cual es la p3blica, part3a de la imposici3n de las penas por parte de la persona que detentaba el poder p3blico, quien era representante de los intereses de la comunidad y que, como tal, se encontraba facultada para sancionar a aquellos individuos que se apartasen de las normas socialmente establecidas.

Con base en lo anterior, independientemente del tipo de venganza ante el que nos encontremos, la caracter3stica principal de esta 3poca era la severidad con la que el castigo se realizaba, toda vez que su objetivo crucial era que el da3o que se infring3a a la persona castigada deb3a ser igual o proporcional al que 3ste caus3. Partiendo de ello, cobr3 una especial importancia la implementaci3n de la Ley del Tali3n, pues la naturaleza de los hombres pronto desemboc3 en castigos desproporcionados que se pretend3an justificar bajo el amparo de la habilitaci3n para ejercer la justicia por propia mano, de tal forma que la Ley del Tali3n vino a limitar los comportamientos excesivos de venganza, circunscribi3ndolos a una proporcionalidad entre el da3o sufrido y el da3o infligido.

2. EL SUPPLICIO

Una vez que se consolidan los Estados-Nación, se dio paso a la Edad Media, y en esta etapa el Derecho Penal conoce los suplicios. En esta época existió una mayor interacción entre el Estado y la Iglesia, y para lograr sus objetivos, decidieron unir intereses, fuerzas e influencias. La Iglesia, indudablemente, encontró en el Estado el recurso de violencia legítima del cual carecía, mientras que el Estado encontró en la Iglesia un aliado para eliminar a sus opositores en nombre de la religión.

No se debe olvidar que la Iglesia se constituyó como la institución dominante cuya influencia social abarcó todos los aspectos, incluido el punitivo, misma influencia que adquirió mayor fuerza y tuvo su auge con el Tribunal de la Santa Inquisición, quien tomó en sus manos el castigo de los delitos, pues estos se consideraban como un modo de esclavitud y la única liberación era la imposición de una pena. Es por ello que se hizo indispensable el uso de construcciones que tuvieran cuartos o sitios que facilitaran el encierro de las personas señaladas como autores de algún delito.⁹

El modo de actuar de los inquisidores era singular, pues se establecían por un periodo definido de semanas o meses en alguna plaza central, donde promulgaban órdenes solicitando que todo culpable de herejía se presentara por iniciativa propia o bien para escuchar denuncias en contra del hereje. Para el actuar de los inquisidores no se requería la existencia de una denuncia, ya que se podía iniciar el procedimiento inquisitorio contra cualquier persona sospechosa de oficio. Por otro lado, a quienes se presentaban por propia voluntad y confesaban su herejía, se les imponían penas menores que a los que había que perseguir para juzgar y, posteriormente, condenar. En el segundo caso, se concedía un periodo de gracia de un mes aproximadamente para realizar la confesión espontánea; después comenzaba el verdadero proceso.

⁹ Bremauntz, Emma, *Derecho Penitenciario*, México, McGraw-Hill Interamericana Editores, 1998, p. 62.

Si los inquisidores decidían procesar a una persona sospechosa de herejía, se procedía a publicar el requerimiento judicial para dar inicio al proceso inquisitivo, el cual comenzaba con la detención del inculcado. En este sentido, Bravo Aguilar presenta un ilustrativo resumen respecto de la manera de llevar a cabo el arresto al explicar que, por lo general, se realizaba a media noche “y se confiscaban en el acto todas las propiedades del infortunado, incluidos los objetos personales”.¹⁰ Además, no se hacía de conocimiento del arrestado ni el motivo de acusación ni tampoco la persona o personas que lo acusaban, por lo que la secrecía constituía una característica esencial del proceso. Debido a lo anterior, al arrestado “se le confinaba a una prisión en la que podía durar semanas antes de ser llamado a juicio. Mientras tanto, nadie, ni su familia, tenían contacto con él. Sabían que estaba en manos de la Inquisición por el despojo que sufrían y por la sombra enorme que sobre ellos se extendía”.¹¹ Una vez ante las autoridades eclesiásticas respectivas, los acusados estaban obligados bajo juramento a responder por todos los cargos que existían contra ellos. La prueba reina en este procedimiento inquisitorio era la testimonial, pues con el dicho de dos testigos se consideraba, por lo general, como prueba de culpabilidad.

En 1252, el Papa Inocencio IV, bajo la influencia del renacimiento del derecho romano, autorizó la práctica de la tortura para extraer la verdad de los sospechosos, a través de la *Decretal Ad Exterpanda*. Esta ordenanza papal obligaba a las autoridades a encarcelar a los herejes, otorgando, además, la autorización para que cualquier persona que descubriera un hereje se apoderara de su persona y bienes, así como se determinaba la obligación de que en cada pueblo o ciudad se implementara un consejo de doce hombres católicos con los que los habitantes debían colaborar en la identificación y detención

¹⁰ Bravo Aguilar, Nauhcatzin Tonatiuh, *El Santo Oficio de la Inquisición en España: una aproximación a la tortura y autoincriminación en su Procedimiento*, Anuario Mexicano de la Historia del Derecho, Volumen XVI, IJ UNAM, México, 2004, p.102.

¹¹ *Ídem*.

de los herejes. De igual modo, se “obligaba a las autoridades civiles a derribar las casas de los herejes dentro de los diez días siguientes en que pronunciaba sentencia; la introducción de la ‘cuestión tormento’ o la tortura, que podrían aplicarse a los reos como medida procesal, no de castigo, y como el único medio para resolver dudas y obtener confesiones ‘ciertas’; y la pena de muerte”¹².

Los castigos y sentencias para los que confesaban o eran declarados culpables se pronunciaban al mismo tiempo en una ceremonia pública al final de todo el proceso. Era el *sermo generalis* o auto de fe. Los castigos consistían en una peregrinación, suplicio público, una multa o cargar una cruz. Lo anterior está íntimamente relacionado con la venganza divina y con la venganza pública, las cuales ya se mencionaron líneas arriba. Este actuar se ha catalogado como la más explícita en su método de castigo, pues mediante la exhibición y la aplicación de castigos corporales que causaban un inmenso dolor, se pretendía que las personas entendieran el mal que habían realizado. Foucault, citando a Jaucourt lo describe de la siguiente manera: “es una pena corporal, dolorosa más o menos atroz [...] es un fenómeno inexplicable lo amplio de la imaginación de los hombres en cuestión de barbarie y de crueldad”.¹³

El suplicio fue duramente criticado ya que entraña una necesidad de evidenciar y publicitar el daño que se infringía a las personas que habían cometido un delito, sin embargo, era considerado parte de las penas y, para ser conceptualizado como tal, debía cumplir con tres requisitos:

- 1.- Producir sufrimiento, el cual no es medible, por lo que descansa en un arte cuantitativo de sufrimiento.
- 2.- El sufrimiento debe tener una correlación con el delito realizado, es decir, debe estar directamente relacionado con el tipo de perjuicio corporal, en cuanto a la calidad, intensidad y duración con la gravedad del delito.

¹² *Idem.*

¹³ Foucault, Michel, *Vigilar y Castigar. Nacimiento de la Prisión*, Octava Reimpresión, México, Siglo Veintiuno Editores, 2020, pp. 42 y 43.

- 3.- Forma parte de un ritual: por un lado, tiene como fin purgar el delito, no reconcilia y debe dejar una marca a aquel que cometió el delito y, por el otro, debe ser resonante, comprobado y observado por todos.

Al respecto, Foucault explica que “el suplicio penal no cubre cualquier castigo corporal: es una producción diferenciada de sufrimientos, un ritual organizado para la marcación de las víctimas y la manifestación del poder que castiga, y no la exasperación de una justicia que, olvidándose de sus principios pierde toda moderación. En los excesos de los suplicios se manifiesta toda una economía del poder”.¹⁴

Indudablemente, este tipo de tratos y exposición de las personas generó mucho conflicto en la población, pero sobre todo el cuestionarse si era la manera adecuada para tratar la comisión de los hechos delictivos, por lo que el antecedente más cercano a la racionalización de las penas se encuentra en la publicación de las Siete Partidas de Alfonso X El Sabio, con las que se pretendió dar unidad de la legislación y la consolidación del poder real.

Las Siete Partidas adquirieron gran relevancia, pues trata, en su mayoría, asuntos de Derecho Penal. Así, en primer lugar, estableció que el sistema acusatorio fuera mediante la forma escrita; en segundo término, restringió los tormentos, ya que su aplicación dependía del mandato de un juez; y por último, una innovación fundamental fue que la cárcel no era para escarmentar, sino sólo para resguardar a los presos hasta que fuesen juzgados.

III. LA CIUDAD DE MÉXICO Y SU INTENTO DE HUMANIZACIÓN

Una vez presentada la evolución histórica del Derecho Penal, nos centraremos en las peculiaridades que se han suscitado en nuestro país, específicamente en la Ciudad de México, pues la etapa humanitaria tuvo gran impacto en las decisiones penales y penitenciarias que se tomaron e implementaron en México. Uno de los mejores ejem-

¹⁴ *Ibidem*, p. 44

plos del humanitarismo en México lo observamos en el caso de la cárcel de Lecumberri. El palacio de Lecumberri, como se le conoce en la cultura popular, comenzó su construcción en 1885, tuvo como inspiración el modelo panóptico de Bentham, y fue inaugurado el 29 de septiembre de 1900. Este centro de reclusión se implementó, al igual que la reforma del Sistema Penal, como una gran apuesta para la innovación en el tratamiento de los delincuentes, sin embargo, no tuvo el resultado esperado en virtud de que las autoridades no lograron alejar los vicios y los malos tratos que se daban a delincuentes. Es así que se reportaron situaciones de sobrepoblación, suciedad, torturas, falta de clasificación de los internos (por sexo, edad, procesados y sentenciados, enfermos mentales; etc), autogobierno, entre otros. Finalmente, el 26 de agosto de 1976 cerró de manera definitiva tras los escándalos derivados de la calidad de vida de los reos.

En ese ínter, en 1954, buscando un adecuado tratamiento de los internos, se construyó la primera cárcel de mujeres: la penitenciaría de Santa Martha Acatitla. Esta nueva medida ayudó un poco a alivianar el problema de la sobrepoblación, pues la separación de procesados y sentenciados disminuía la tensión entre las personas privadas de la libertad. De igual manera, ante el cierre de Lecumberri, se inauguraron los reclusorios preventivos varoniles Norte y Oriente y, en 1979, se inauguró el tercer reclusorio preventivo, al sur de la Ciudad de México.

A la par de la construcción de cada reclusorio, se conformaron juzgados; existiendo en total 69 juzgados penales de delitos graves y 34 juzgados de delitos no graves en la Ciudad de México, en los que, poco a poco, la manera en la que se desarrollaba el proceso penal generó que estos tardaran más de lo previsto por la ley para solucionar las controversias, conllevando un preocupante rezago judicial que repercutía en el derecho de acceso a una justicia pronta y expedita de los gobernados. Además, el uso excesivo de la prisión, así como la cantidad de asuntos en los cuales no se había dictado una sentencia, a la par del autogobierno, la falta de respeto a los

derechos humanos de las partes, así como la reiterada falta de investigación por parte del Ministerio Público, trajo como consecuencia la urgencia de hacer un cambio radical a la impartición de Justicia en materia penal.

IV. REFORMA EN SEGURIDAD Y JUSTICIA

En marzo de 2008, se recibió con gran publicidad y entusiasmo uno de los más grandes cambios que se han visto en materia penal en México. Llegó la tan esperada reforma constitucional del sistema mexicano de seguridad y justicia y, con ella, la modificación de diez artículos de la Constitución, dentro de los cuales, siete son en materia penal (artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22), con una *vacatio legis* a nivel nacional de 8 años.

Los principales motivos que dieron lugar a la reforma fueron varios, atendiendo desde el atraso e ineficacia del sistema de justicia que existía, el cual no respetaba las garantías ni los derechos humanos consagrados en la Constitución, mismos que debían brindar seguridad a las personas y a sus bienes; hasta la garantía de la reinserción social, que estaba olvidada, pasando por otros aspectos tales como que menos de cinco de cada cien delitos denunciados recibían sentencia; la desconfianza en el aparato de justicia debido a que las instituciones se encontraban inmersas en la delincuencia; la existencia de un proceso penal burocrático y lento; y la realidad de unas cárceles inseguras que más bien eran concebidas como universidades del crimen.

Partiendo de todas estas problemáticas, se presentaron nueve objetivos a modo de ejes rectores principales de lo que sería el nuevo sistema de administración de justicia: i) ajustar el sistema a los principios de un estado democrático de derecho; ii) establecer mecanismos para el irrestricto respeto de los derechos humanos de las partes procesales, así como para garantizar el goce de estos; iii) garantizar la imparcialidad en los juicios; iv) adecuar el ordenamiento penal

para dar cumplimiento a los compromisos internacionales que el estado mexicano había asumido; v) profesionalizar a los operadores; vi) elevar a rango constitucional el principio de presunción de inocencia; vii) buscar la verdad y no el castigo durante el proceso; viii) hacer la investigación ágil y efectiva y; ix) lograr una real reparación del daño para las víctimas.

Con todos estos objetivos en mente, el 20 de agosto de 2014 se publicó en la Gaceta Oficial del Gobierno del entonces Distrito Federal, en su página 34, el Decreto por el que se declara la Incorporación del Sistema Procesal Penal Acusatorio y del Código Nacional de Procedimientos Penales al Orden Jurídico del Distrito Federal, en virtud del cual se implementaba el nuevo sistema procesal penal acusatorio en la Ciudad de México.¹⁵ Posteriormente, el 6 de octubre de 2015, en esa misma Gaceta se publicó el Decreto por el que se reforma y adiciona la Declaratoria Segunda del Decreto por el que se declara la Incorporación del Sistema Procesal Penal Acusatorio y del Código Nacional de Procedimientos Penales al orden jurídico del Distrito Federal, publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 20 de agosto de 2014, en el que se estableció el catálogo de delitos que los jueces del sistema procesal penal acusatorio iban a conocer, así como la aplicación de actos de investigación que requieran previa autorización del Juez de Control; lo cual entró en vigor el 5 de diciembre de 2015.

¹⁵ El segundo resolutivo de dicho Decreto estableció: “En atención a lo dispuesto en los Artículos Segundo y Tercero Transitorios del Decreto que reforma y adiciona diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de Seguridad Pública y Justicia Penal, publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 18 de junio de 2008. Así como, con fundamento en los Artículos Primero y Segundo Transitorios del Código Nacional de Procedimientos Penales, se declara que el Distrito Federal incorpora a su régimen jurídico penal el Código Nacional de Procedimientos Penales, instrumento jurídico que regulará la forma y términos en que se substanciarán los procedimientos penales, en los hechos que ocurran a partir de: 1. Las cero horas del día dieciséis de enero de 2015 para los delitos culposos y aquellos que se persiguen por querrela o acto equivalente de parte ofendida, así como

Ante esta publicación, el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México emitió el Acuerdo 41-24/2016, en el que se informaba de las actividades de la operación del sistema procesal penal acusatorio, donde se establecieron competencias administrativas para los delitos de querrela y aquellos que se persiguen de oficio, señalando cuáles serían las Unidades de Gestión Administrativas que conocerían cada tipo de asuntos, así como los nombres de los Jueces de Control que integrarían cada una de estas y, a su vez, los Jueces que conformarían el Tribunal de Enjuiciamiento. Así, se daba pauta a la entrada en vigor de la Reforma de Seguridad y Justicia y, con ello, las Unidades de Gestión reemplazaron a los Juzgados en la cuestión administrativa, pues estas se encargaron de proporcionar a los Jueces todo lo necesario para que se realizaran las audiencias de manera ágil y eficaz, planteando que en cada Unidad estarían adscritos diez Jueces de Control, quienes contarían con un director de unidad, el cual no tomaría ninguna decisión judicial, incluso no era necesario que fuera Licenciado en Derecho. A posteriori, existirían dos subdirecciones: una de ellas denominada Causas, encargada de realizar los acuerdos a todas las promociones que ingresen; y la otra llamada Salas, quien tendría el encargo de proporcionar los medios necesarios para el adecuado desarrollo de la audiencia, así como realizar las actas mínimas que de cada audiencia se tiene que dejar constancia escrita.

los actos de investigación que requieran autorización previa del Juez de Control, inherentes a estos delitos. 2. Las cero horas del día dieciséis de junio de 2016 para todos los demás delitos que son competencia de los Jueces del Distrito Federal, así como la aplicación de los actos de investigación que requieran autorización previa del Juez”.

Disponible en: https://data.consejeria.cdmx.gob.mx/portal_old/uploads/gacetas/95cf681b990417008a477515145c01bc.pdf (Fecha de consulta 1 de mayo de 2022).

La reforma resumió el objeto del proceso penal en la fracción I del A) del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de tal modo que se estableció que se tendría “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”.¹⁶ Con todos los objetivos resumidos en este artículo, la reforma realizada trataría como inocente a cualquier persona detenida hasta que existiera un juicio en su contra que, más allá de toda duda razonable, pudiera romper esa barrera llamada presunción de inocencia. De esta forma, desde la detención, así como en cualquier parte del proceso, el encargado de dirigir la etapa procesal se encontraría obligado a hacerle saber al investigado el hecho por el cual se le está investigando, así como los derechos que le asisten según la etapa (investigado/imputado/acusado); todo ello bajo los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación, previstos en el mismo artículo 20 constitucional y en los artículos 5 a 9 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

1. PROCEDIMIENTO CAUTELAR

Dentro del Código Nacional de Procedimientos Penales -en adelante CNPP-, se observan varias instituciones jurídicas que, en su momento, eran completamente nuevas; tanto que incluso no se tenía certeza de su objeto u objetivo. Una de estas instituciones fueron las medidas cautelares, ya que estas no existían en el anterior sistema conocido como inquisitivo. En este sentido, el procedimiento cautelar, es definido por Rocco como:

¹⁶ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Disponible en: <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf> (Fecha de consulta 1 de mayo de 2022)

Los actos que con base en la apariencia del buen derecho y el peligro en la demora resultan necesarios para asegurar la continuación del procedimiento declarativo y para no hacer ilusoria la sentencia que llegase a imponerse (que se pueda ejecutar). Trata de prevenir los daños que se pudieran ocasionar o derivarse de la tramitación del procedimiento declarativo y ejecutivo [...] no es más que una actividad dirigida a comprobar, desde un punto objetivo y subjetivo la existencia de un peligro (posibilidad de un daño) y a eliminar el riesgo que amenaza directamente los intereses sustanciales o procesales tutelados por el derecho.¹⁷

Derivado de lo anterior, la materialización del procedimiento cautelar se realiza a través de las medidas cautelares, entendiéndose éstas como aquellos instrumentos que se imponen a efectos de garantizar el adecuado desarrollo del proceso de cara tanto a asegurar la integridad de la víctima como de los testigos y evitar la destrucción o alteración de elementos probatorias que puedan afectar al sentido del fallo y de la sentencia. De manera más detallada, Constantino Rivera conceptualiza a la medida cautelar como “una institución Procesal a través de la cual el órgano jurisdiccional, a petición de parte, adelanta ciertos efectos de un fallo definitivo, o el aseguramiento de una prueba, al admitir la existencia de una apariencia de hecho y el peligro que puede significar la demora producida por la espera del fallo definitivo o en la actuación de una prueba”.¹⁸

Es por lo anterior que, a efectos del presente artículo, consideramos a las medidas cautelares como aquellas figuras procesales que se imponen por el órgano jurisdiccional al investigado, por un hecho con apariencia de delito, las cuales afectarán parte de sus derechos humanos, principalmente su libertad personal o bienes, lo anterior para garantizar los objetivos del proceso. Es así que, para analizar la figura de las medidas cautelares, es necesario identificar su oportunidad y fines.

¹⁷ Rocco, Ugo, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Temis-De Palma, t.V, p. 71.

¹⁸ Constantino Rivera, Camilo, *Medidas Cautelares en el Sistema Acusatorio*, México, Magister, 2012, p. 34.

A) OPORTUNIDAD

A efectos de comprender la naturaleza y efectos de las medidas cautelares, resulta indispensable establecer el momento en el que éstas se pueden solicitar, puesto que, con base en el momento procesal en el que se pidan, se califican o no de esta manera. De este modo, las medidas cautelares sólo tendrán cabida cuando el asunto se encuentre ya ante un Juez de Control. En este punto se debe destacar que el hecho de que la medida cautelar no sea aplicada en etapas previas, no tiene que ser entendido como que la víctima esté desprotegida, sino que la figura que se utilice recibirá otra denominación, la cual es medida de protección y providencia precautoria, en los términos previstos por los artículos 137 y 138 del CNPP.

El artículo 154 del CNPP establece sólo dos supuestos en los que se tendrá la oportunidad de solicitar las medidas cautelares:

1. Que una vez se haya formulado la imputación, el imputado se acoja al término constitucional de setenta y dos horas o de ciento cuarenta y cuatro, según sea el caso, para resolver su situación jurídica; o
2. Se haya vinculado a proceso al imputado.

Estos dos momentos, tienen su fundamento en que la medida cautelar, al ser un acto de molestia, sólo tendrá cabida cuando la investigación inicial realizada por el Ministerio Público ya se haya formalizado o judicializado ante un Juez de Control, pues aun cuando el Ministerio Público ha tomado la decisión de elevar dicha investigación, esta debe tener un mínimo de indicios que, por un lado, establezcan que en el mundo fáctico tuvo lugar un hecho que la ley señala como delito y que, por otro, la persona a quien se le atribuye este hecho participó en su comisión.

En este orden de ideas, salvo que el juez haya encontrado indicios razonables con un estándar probatorio mínimo que establezcan la actualización del hecho y la probabilidad de que el imputado lo

cometió,¹⁹ al autorizarse la investigación complementaria seguida de un auto de vinculación a proceso, se establecerán las medidas cautelares idóneas para la continuación de la secuela procesal o, en su defecto, si el imputado cuenta con datos o medios de prueba que desvirtúen la imputación formulada en su contra, haciendo uso de su derecho constitucional para que su situación jurídica sea resuelta dentro del plazo previsto constitucionalmente de 72 horas o de la duplicidad de este, siendo en 144 horas, es que tendrá cabida la imposición de medidas cautelares, con la finalidad de que mientras se resuelve su situación jurídica este no obstaculice el proceso.

Por último, cabe señalar que el Ministerio Público y la víctima -por sí o por medio de su asesor jurídico- son los únicos que solicitarán la imposición de las medidas cautelares, haciendo la precisión que, por lo que hace a la prisión preventiva, será exclusivamente a petición del Ministerio Público, lo cual constituye una excepción contemplada en el propio CNPP, pues al ser la más gravosa dentro del catálogo, tendrá que estar limitada a cuestiones excepcionales y, en su caso, a que su petición se realice por el órgano investigador.

B) FINES

Analizado el momento procesal en que se pueden pedir y otorgar las medidas cautelares por un Juez de Control, además de los sujetos procesales facultados para solicitarlas, es indispensable establecer el porqué de su imposición, ya que no cualquier argumento esgrimido por el Ministerio Público, la víctima o su asesor jurídico se tornarán válidos, eficaces e idóneos para su adopción. Sobre este tópico el código adjetivo nacional, en su artículo 153, menciona los tres fines, que son: i) asegurar la presencia del imputado en el proceso; ii) garantizar la seguridad de la víctima, ofendido o testigo; y iii) evitar la obstaculización del procedimiento. Partiendo de esto,

¹⁹ Véase Zeferín Hernández, Iván Aarón, *La prueba libre y lógica. Sistema penal acusatorio mexicano*, Instituto de la Judicatura Federal, México, 2016, pp. 31-42.

los argumentos esgrimidos por la parte solicitante deben garantizar que la imposición de las medidas resulta necesaria, con base en el hecho de que alguno de los tres fines se encuentra en riesgo y que, de no adoptarse, el imputado se dará a la fuga, se comprometerá la seguridad de la víctima, testigo u ofendido y correrá peligro, o el proceso no se desarrollará de forma adecuada. Siendo imprescindible que se adopten por el tiempo estrictamente necesario para garantizar los objetivos mencionados.

Indudablemente, no todas las medidas cautelares se pueden aplicar para cada uno de los fines, por lo que aún y cuando se ha hecho un uso excesivo de la prisión preventiva, dicha figura no es la idónea en todas las ocasiones para cumplir las metas que se persiguen, existiendo más medidas cautelares que, ya sea por cuestiones de inactividad ministerial o por simple falta de aplicación, podrían dar el mismo o incluso mejor resultado que la privación de la libertad.

Es fundamental recordar que el artículo 155 del CNPP enumera trece tipos de medidas que se pueden adoptar con carácter previo y menos lesivo que la prisión preventiva, por lo que se pone de manifiesto la teórica condición de ésta como medida más gravosa y, por ende, excepcional que, simultáneamente, se confronta con su uso en la práctica en donde más que una excepción es una auténtica regla de actuación.

2. PRINCIPIOS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

La imposición de las medidas cautelares responderá, además de los fines, a tres principios previstos en el artículo 156 del CNPP, los cuales deben ser tomados en cuenta por el solicitante: a) mínima intervención o proporcionalidad; b) idoneidad de la medida; y c) necesidad de la medida.²⁰

²⁰ El artículo 156 del CNPP establece: “El Juez de control, al imponer una o varias de las medidas cautelares previstas en este Código, deberá tomar en consideración los argumentos que las partes ofrezcan o la justificación que el Ministerio Público realice,

Por lo que concierne al principio de mínima intervención, la medida cautelar debe ser por un tiempo breve y que, a su vez, sea lo menos invasiva en la formación del infractor,²¹ mientras que, cuando se habla de idoneidad, se hace alusión, precisamente, al fin que persigue cada una de las medidas. Es por lo anterior que se considerará idónea una medida que consiga el fin deseado, no obstante que este fin también exige al Estado que facilite el objetivo propuesto, ya sea desde su aplicación o su adecuación cualitativa (por su propia naturaleza) y/o cuantitativa (por su duración).

La necesidad se identifica al establecer si la aplicación de este acto de molestia es indispensable. Se resume a valorar qué tan imprescindible es la imposición de la medida cautelar, para lo cual, en relación a esto último, el nuevo sistema acusatorio incorporó un concepto que se denomina necesidad de cautela. Esta expresión se relaciona con la justificación que tiene que realizar el Ministerio Público, la víctima o el asesor jurídico ante el Juez para que éste imponga las medidas cautelares, es decir, el argumento debe tener elementos y razonamientos reales y objetivos que hagan suponer al Juez de Control que el imputado se sustraerá de la acción de la justicia, que la víctima corre riesgo, o bien, que obstaculizará el desarrollo del proceso.

aplicando el criterio de mínima intervención según las circunstancias particulares de cada persona, en términos de lo dispuesto en el artículo 19 de la Constitución. Para determinar la idoneidad y proporcionalidad de la medida, se podrá tomar en consideración el análisis de evaluación de riesgo realizado por personal especializado en la materia, de manera objetiva, imparcial y neutral en términos de la legislación aplicable. En la resolución respectiva, el Juez de control deberá justificar las razones por las que la medida cautelar impuesta es la que resulta menos lesiva para el imputado”.

²¹ *Sistema integral de justicia para adolescentes. para imponer al infractor la medida sancionadora de internamiento, por seguridad jurídica, debe expresarse la motivación que justifique el plazo de su duración, conforme a los principios de proporcionalidad y mínima intervención, contenidos en el artículo 18 de la constitución federal.* Tesis [A] 1a XIII.P.A.53 P (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Tomo III, noviembre 2018, p. 2578. Reg. Digital 2018367.

Por último, es preciso destacar que la medida cautelar tendrá la duración del tiempo que dure el proceso, con excepción de la prisión, la cual sólo podrá durar dos años, salvo que por el ejercicio de una defensa técnica y adecuada se provoque que la medida pueda extender sus efectos.

V. LA REALIDAD DE LAS MEDIDAS CAUTELARES Y LA EXPERIENCIA EN EL SERVICIO PÚBLICO

Como se ha venido advirtiendo en líneas precedentes, el sistema de justicia penal acusatorio fue uno de los grandes quiebres y una de las mayores apuestas que se han realizado en la justicia mexicana. Si bien se ha desarrollado un gran esfuerzo para su implementación, desde arquitectónica hasta profesionalmente, hay varios puntos que deben ser estudiados y que constituyen el *leitmotiv* de este estudio, siendo el principal la incidencia de la prisión preventiva en la práctica jurídica.

Para los efectos de este artículo, se han considerado, con especial énfasis, las necesidades que tienen los gobernados, que no siempre son cubiertas a satisfacción de estos, ya sea por cuestiones meramente legales o porque la persona desea más de la norma generando una situación de desventaja. En este sentido, el estudio parte del análisis práctico dentro del Poder Judicial de la Ciudad de México, mismo que ha puesto de relieve un sinnúmero de situaciones de entre las que se ha seleccionado una en particular: la constante solicitud que hacen las víctimas para que su agresor se encuentre privado de la libertad.

Esta petición de privación de libertad, más allá de ser convencional o no, en realidad confronta uno de los pilares fundamentales que motivó la reforma penal de seguridad y justicia pues, como ya se dijo, dicha reforma buscaba despresurizar las prisiones, así como que la menor cantidad de asuntos llegaran a juicio, de tal forma que fueran resueltos mediante el empleo de soluciones alternas -acuerdo reparatorio o suspensión condicional del proceso-, o bien a través

de la forma de terminación anticipada -procedimiento abreviado-. Para ello, se requiere que las investigaciones se realicen con eficacia, eficiencia y profesionalismo, sin embargo, en la práctica, estas investigaciones carecen de calidad en virtud de que, al encontrarse el sujeto privado de la libertad, el Ministerio Público, en muy pocas ocasiones, se da a la tarea de recabar nuevos datos de prueba que los que sirvieron para la vinculación a proceso y, al no tener más sustento probatorio que el que funcionó como estándar mínimo para autorizarse una investigación complementaria, éstos se tornan insuficientes o, en ocasiones, no idóneos para poder sustentar más allá de toda duda razonable una sentencia condenatoria; situación que a la par genera confusión en la víctima, pues al ser absuelto y recuperar la libertad y el sujeto pasivo se queda con una sensación de injusticia.

La constante pretensión por parte de las víctimas, así como sus peticiones dentro de audiencia, fueron el motor de este estudio social, pues considerando la etapa científica del derecho penal en la que teóricamente nos encontramos,²² resulta de gran interés saber por qué las solicitudes son tan recurrentes. Como consecuencia de ello, surge una interrogante específica: ¿la reforma penal ha dado el resultado realmente esperado? Esta pregunta se da como resultado de considerar que, si la ciudadanía se sintiera satisfecha con los resultados de la justicia, entonces no estaría solicitando el ingreso a la prisión de todos los agresores, sin importar el delito, por lo que más allá de valorar la idoneidad o no de llevar a cabo una reforma procesal, es preciso analizar la practicidad de dicha reforma en el ámbito social. Es así que, aparejadas al anterior interrogante, surgen otras preguntas como: ¿la víctima se siente segura?, ¿la víctima se siente escuchada?, ¿la víctima obtiene, desde su percepción, justicia al ver a su agresor en la cárcel?

²² Quisbert, Ermo, *Historia del derecho penal a través de las escuelas penales y sus representantes*, Centro de Estudios de Derecho, México, 2008, p. 24

1. VÍCTIMAS

Con la finalidad de tener un acercamiento al pensar y sentir de la población mexicana respecto del sistema procesal penal acusatorio, así como responder las preguntas anteriores, se realizó un estudio social por medio de entrevistas semi-estructuradas practicadas a víctimas, Ministerios Públicos y asesores jurídicos. Estas se realizaron en el periodo comprendido de marzo a abril de 2022, en la Ciudad de México, para conocer las razones por las cuales las víctimas prefieren que su agresor se encuentre privado de la libertad y si esta situación la advierten como una manera en la que han obtenido justicia, en cuyo caso resulta de interés identificar la percepción que las víctimas tienen de la justicia.

Para tales efectos, se realizaron 72 entrevistas en total, de las cuales 32 fueron a víctimas, 20 a ministerios públicos y 20 a asesores jurídicos públicos y privados. Para las víctimas, las preguntas se centraban en el uso, aceptación y motivos de la prisión preventiva, en virtud de que la información que se pretende obtener está íntimamente relacionada con las víctimas y los sujetos procesales que tienen contacto directo con ellas -asesores jurídicos y Ministerios Públicos-. No obstante lo anterior, dado que el objeto del presente trabajo se centra en las víctimas, serán estas entrevistas las primordiales en este momento, dejando las demás para estudios posteriores. En este sentido, es importante señalar que, de las 32 víctimas entrevistadas, 12 fueron hombres y 20 mujeres los cuales se encuentran en un rango de edad de 25 a 68 años. De estas 32 personas, 18 sufrieron un delito en donde el requisito de procedibilidad era la querrela entre ellos: i) homicidio culposo (2); ii) incumplimiento de obligación alimentaria (5); iii) violencia familiar (5); iv) fraude (2); v) acoso sexual (3); vi) discriminación (2) y; vii) amenazas (3). Por su parte, en lo relativo a los delitos que se persiguen de oficio, se realizaron 14 entrevistas en relación a los delitos de homicidio doloso (1), robo con violencia (6), violación (1), y tentativa de privación ilegal de la libertad (1).

La entrevista estaba conformada por 10 preguntas, de las cuales, las primeras 4 iban dirigidas al trato que habían recibido por parte del Ministerio Público así como su sentir en ese primer acercamiento con la autoridad investigadora. Posteriormente se les cuestionó respecto de su experiencia una vez que, en su caso, se había judicializado la investigación inicial y estar ante el Juez de Control. Las siguientes 6 preguntas tuvieron como tema central su pretensión respecto de que su agresor se encontrara privado de la libertad y los motivos por los cuales se decantaban por este supuesto. Lo anterior trajo como resultado que, respecto del trato recibido en sede ministerial, 16 de las personas entrevistadas lo consideraron malo, 10 regular y 6 bueno; señalando como principales argumentos para calificarlo como malo los siguientes: i) no advierten empatía por parte de los servidores públicos de agencia que se encuentran atendiendo y recibiendo los requisitos de procedibilidad;²³ ii) que al llegar a la agencia fueron revictimizados, ya que se ponía en duda cualquier circunstancia de hecho que se les manifestaba, restando valor a sus declaraciones;²⁴ iii) tardanza que implica el trámite en la Agencia del Ministerio Público;²⁵ y iv) se les solicitó algún pago para que se acelerara el proceso de expedición de copias o bien constancias que las víctimas necesitarían para la realización de posteriores trámites.²⁶

²³ Entrevista a Andrés “N”, víctima de robo de vehículo con violencia y tentativa de privación ilegal de la libertad quien manifestó: *“desafortunadamente no quisieron levantar la denuncia del robo, ni de los hechos sucedidos en ese momento”*

²⁴ Entrevista a Sara “N”, víctima de violencia familiar quien señaló que: *“te revictimizan y parece que te hacen un favor, no ponen tal cual las declaraciones y ellos acomodan a forma de que no se persiga el delito”*;

²⁵ Entrevista a Rodolfo “N” quien fue víctima de amenazas y discriminación y puntualizó: *“tardé cuatro días para logra querellarme, el día que finalmente fue posible, cinco horas y media para ello”*;

²⁶ Entrevista a Fabiola “N”, víctima de robo de automóvil con violencia en pandilla: *“no tenía ni un peso, en mi camioneta se llevaron todo y tuve que pagar \$700 pesos para que aceleraran el proceso y me entregaran el acta”*.

Es importante destacar que, teniendo como base las obligaciones que tiene el órgano investigador en la Constitución, así como en el Código Nacional de Procedimientos Penales, 4 de las 6 personas que calificaron como bueno el actuar de la Autoridad Investigadora lo calificaron de esta manera en virtud de que el sujeto activo del delito había sido detenido, siendo esta detención como consecuencia del actuar de los policías preventivos y no así directamente del actuar ministerial.²⁷ Con base en los resultados obtenidos, se presenta la siguiente tabla:

Por otra parte, al preguntarles si consideraban que su agresor debía estar en la cárcel, 28 de las víctimas respondieron que sí, mientras que 4 respondieron que no; es decir, el 87.5% prefiere ver a la persona que la agredió privado de la libertad mientras que el 12.5% no, lo que se pone de manifiesto con la siguiente gráfica:

De igual forma, las víctimas manifestaron preferir que su agresor se quede en prisión por los siguientes supuestos: a) para que deje de cometer delitos; b) por miedo; c) porque ha escuchado que la cárcel es el único lugar donde pagan lo que hacen; d) porque se hizo justicia; e) por la manera en la que se ejecutó el delito; e) porque consideran que toda agresión debe ser castigada.

Estas respuestas se muestran en la siguiente gráfica, evidenciando los porcentajes de la siguiente manera:

La mayoría de las víctimas (28.50%) ven en la cárcel la única manera en la que sus agresores paguen, lo que nos remonta a los postulados de las primeras etapas del Derecho Penal, concretamente, de la venganza pública, configurando la pena como un castigo o retribución.

²⁷ De las 2 personas restantes que también tildaron de bueno el trato ministerial, una fue Tania “N” quien sufrió acoso sexual y argumentó: “me gustó el hecho de que me atendieran puras mujeres”; mientras que la víctima restante, Carmen “N”, víctima de violencia familiar, calificó como “bueno” el trato en virtud de que: “se sentía segura estando en sede ministerial, rodeada de policías, y sintió que el sujeto que la había agredido no podía hacerle nada estando ahí”.

La segunda razón más expuesta la ocupa la pretensión de las víctimas respecto de que su agresor deje de cometer delitos (25%). Esta visión se relaciona más con la etapa humanista del Derecho Penal, específicamente con Bentham, quien tenía como principal postulado la utilidad de la pena; es decir, una prevención general; si bien esta prevención va encaminada a la población en general, es importante relacionarlo con éste en virtud de que el sufrimiento que le infrinja la pena debe ser mayor al placer y esto hará indudablemente que deje de cometer delitos.

El tercer lugar lo ocupan el castigo y la justicia. En este caso, por lo que respecta al castigo, ello nos remonta nuevamente a la época antigua de venganza; mientras que, en cuanto a la justicia, que es el tema principal de este estudio, es importante acotar que las víctimas de la Ciudad de México no la relacionan con los postulados que grandes pensadores griegos, escolásticos o estadistas han planteado, pues no la advierten como Platón, quien la relacionaba con la felicidad cuando afirmaba que “el justo es feliz y el injusto es desgraciado”²⁸ o con Aristóteles, quien la percibía como “el término medio entre el hacer el mal y el sufrir el mal”,²⁹ ni como a aquella que describió Ulpiano de que la “justicia es la voluntad firme y constante de dar a cada uno lo suyo”³⁰, ni tampoco como Tomas Hobbes, quien la relacionaba con el cumplimiento de los pactos al establecer que, “en esta ley de naturaleza consiste la fuente y origen de la justicia. En efecto, donde no ha existido un pacto, no se ha trasferido ningún derecho, y todos los hombres tienen derecho a todas las cosas: por tanto, ninguna acción puede ser injusta”.³¹ Tampoco se vincula con la percepción de John Rawls, quien señala que “el objeto primario de la justicia es la estructura básica de la sociedad o,

²⁸ Kelsen, Hans, *¿Qué es la Justicia?*, México, Distribuciones Fontamara, 2007, p.10.

²⁹ *Ibidem*, p. 66.

³⁰ Morineau Iduarte, Marta e Iglesias González, Román, *Derecho Romano*, México, Oxford, 2008, p.30.

³¹ Hobbes, Thomas, *Leviatán*, México, Fondo de Cultura Económica, 2017, p.123.

más exactamente, el modo en que las grandes instituciones sociales distribuyen los derechos y deberes fundamentales y determinan la división de las ventajas provenientes de la cooperación social”.³²

Los ciudadanos de la Ciudad de México no perciben a la justicia como los supuestos antes mencionados, pues al cuestionar a las 4 víctimas que respondieron “*porque así se hace justicia*”, encontramos justificaciones o argumentos como ésta se colige de hacer lo mismo al delincuente que lo que le hizo él a la víctima,³³ limitar las libertades del sujeto activo,³⁴ disfrutar de una seguridad que parece haber perdido la víctima,³⁵ o que el delincuente reciba un castigo como tal.³⁶

De estos cuatro argumentos se puede apreciar una relación de la justicia con la Ley del Talión, la cual ya fue explicada al inicio de este trabajo; así como con la búsqueda de que el delincuente no

³² Rawls, John, *Teoría de la Justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, 2021, p.20.

³³ Entrevista a Esther “N”, víctima de robo de vehículo con violencia, refiere que “es hacerle lo mismo que el me hizo a mí; bajarlo en la carretera, a las 9 de la noche, dejarlo sin dinero, con miedo de que regresara, pidiendo *ride* por una hora hasta que un taxista accede a llevarme a Santa Fe, sumar el miedo de que el taxista te haga algo peor, eso para mí sería justicia, pero eso no va a pasar y como tiene antecedentes de homicidio y nadie ha hecho nada, es mejor que esté en la cárcel, pues guardado a nadie le causa daño”.

³⁴ Entrevista a María Fernanda “N”, víctima indirecta de homicidio culposo señala que “la justicia sería, que ella no volviera a salir de fiesta como ese día y que por perder el control de su vehículo, mate a más personas y como no hay manera que nadie le impida salir de fiesta, la cárcel es el único medio”.

³⁵ Entrevista a Daniela “N”, víctima de violencia familiar, indica que “para mí la justicia es que el no vuelva a pegarme, vivo con miedo; le impusieron medidas de protección que nadie vigiló y volvió a pegarme, porque mientras una no llegue bien golpeada no nos protegen y no nos hacen caso”.

³⁶ Entrevista a Miguel “N”, víctima de robo con violencia, explica que la “justicia es que reciban un castigo y me deje vivir en paz, ¿sabe usted lo que yo sentí cuando uno de ellos me apuntó con la pistola mientras el otro le decía que le jalara?, a mí más que robarme mi camioneta me robaron mi tranquilidad, porque me robaron afuera de mi casa y se llevaron todo para localizarme, no me compré coche en un año por miedo, nadie nos garantiza seguridad, señorita, nadie, así que para mí encerrado no va a poder causarle daño a nadie, ¿imagínese que por nervios o loco me hubiera disparado?”

vuelva a realizar la conducta, sin embargo aquí es preciso destacar dos cuestiones: 1) en ocasiones, la autoridad investigadora es deficiente en su actuar, pues es la encargada de la imposición, solicitud de ratificación, así como de la vigilancia del cumplimiento de las medidas de protección que se imponen antes de comenzar una carpeta de investigación; 2) al no realizar la debida vigilancia de las medidas impuestas, se puede colocar a la víctima en un riesgo mayor.

En este sentido, es importante considerar que las autoridades encargadas de la investigación de los delitos no garantizan la seguridad de las víctimas, incluso en la etapa previa que estas accedan al proceso penal, del mismo modo no le dan importancia a su estado de riesgo y vulnerabilidad hasta que se presentan más violentadas física, emocional y psicológicamente. Es así que las autoridades de la CDMX encargadas de las investigaciones no cumplen con el deber de debida diligencia que el Estado mexicano debe salvaguardar a través de sus respectivas competencias en este tipo de asuntos, para lo cual es preciso recordar que el fundamento de este principio se encuentra en el caso *González y otras vs México*, mejor conocido como “Campo Algodonero” de fecha 16 de noviembre de 2009, en donde en su párrafo 254 se señala que:

Desde 1992, el CEDAW estableció que “los Estados también pueden ser responsables de actos privados si no adoptan medidas con la diligencia debida para impedir la violación de los derechos o para investigar y castigar los actos de violencia e indemnizar a las víctimas”²⁶⁸. En 1993 la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer de la Asamblea General de las Naciones Unidas instó a los Estados a “[p]roceder con la debida diligencia a fin de prevenir, investigar y, conforme a la legislación nacional, castigar todo acto de violencia contra la mujer, ya se trate de actos perpetrados por el Estado o por particulares”³⁷.

³⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *González y otras vs México*, 2009. Disponibles en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf p. 68. (Fecha de consulta 1 de mayo de 2022).

Bajo este orden de ideas es incuestionable que, si el actuar ministerial es pasivo y falta de interés para la protección de las víctimas, en específico en donde se encuentran inmiscuidos temas de género, las víctimas no se sentirán seguras a menos que el agresor esté privado de la libertad, lo cual es una obligación directa de las autoridades de vigilar las medidas de protección así como su adecuada imposición.

Como consecuencia de todo lo explicado, a modo de último cuestionamiento, se planteó a las víctimas la pregunta de si aceptarían que su agresor se encontrara en libertad y bajo qué condiciones aceptarían esto; ante lo que el 43.75% de las víctimas respondieron que sí, siempre y cuando acepte los hechos, pida perdón, no vuelva a delinquir o no se acerque a ellas. Ello se refleja en la siguiente gráfica:

Llegados a este punto hay que destacar que los delitos que se persiguen a petición de parte generan una gran reincidencia, no sólo por la falta de información que se tiene de los imputados en el momento de su detención -lo cual está relacionado con que estos falsean información ante sede ministerial-, sino además, al existir en estos delitos el acceso a salidas alternas, hay personas que han cometido el mismo delito en más de una ocasión y no han valorado las salidas alternas como una manera en la cual no están privados de la libertad y no se genere antecedente penal.

En la experiencia práctica, dentro del tribunal, se ha advertido, en múltiples ocasiones, que las personas reincidentes, al comenzar audiencia, preguntan al defensor si saldrán en libertad, lo cual puede llegar a percibirse como un indicio de que tiene un antecedente ya sea administrativo o penal, de tal forma que, una vez que ha obtenido su libertad, abandona la sala con aires de victoria como si se hubiese burlado del sistema, mismo que no tiene la capacidad ni los instrumentos tecnológicos necesarios para detenerlo y evitar que reincida.

En múltiples ocasiones se ha propuesto la unificación nacional de la Unidad de Supervisión de Medidas Cautelares y Suspensión Condicional del Proceso,³⁸ esto con la finalidad de que si el imputado vive

³⁸ Conversatorios realizados entre Jueces de Control y Auxiliares Judicial del Siste-

fuera de la jurisdicción en la que se le sigue el proceso, pueda estar cumpliendo desde su jurisdicción las condiciones a las que se obligó, lo que traería una reducción en la emisión de órdenes de aprehensión como forma de reconducción al proceso; además de que esta Unidad de Supervisión contaría como un registro digital en el cual se tengan identificados a los imputados mediante sus huellas dactilares, medida que traería como consecuencia un verdadero control de las salidas alternas, y así evitar la tan mencionada puerta giratoria.

En lo que refiere a los delitos que se persiguen de oficio, los que más impacto y daño causan a la sociedad, la reincidencia, específicamente la existencia de un antecedente penal, habilitará al Ministerio Público para solicitar como medida cautelar la prisión preventiva justificada, sin que tenga que justificar por qué las otras 13 medidas contempladas en el catálogo no son idóneas³⁹.

El sistema de justicia penal acusatorio, aún y cuando incluyó salidas alternas y una forma de terminación anticipada, no ha logrado que la reincidencia tenga una disminución; incluso el mismo sistema es conecedor de que ésta no ha tenido el trato adecuado para que se presente en menores casos. Lo anterior da lugar a otro fenómeno: la sobrepoblación que existe en las prisiones, lo cual se debe, en gran medida, a la reincidencia, misma que está relacionada con la pretensión de que los sujetos dejen de delinquir por parte de las víctimas, situación que no se advierte que disminuya en el país, pues es por demás sabido que la privación de la libertad no trae apareja-

ma Procesal Penal Acusatorio de la Ciudad de México para mejorar la institucionalización e implementación del Sistema Penal.

³⁹ *Prisión preventiva justificada. para imponerla, basta acreditar que otras medidas cautelares son insuficientes para garantizar alguno de los supuestos establecidos en los artículos 19 de la constitución federal y 167, párrafo primero, del código nacional de procedimientos penales, o que el imputado está siendo procesado o fue sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso, sin necesidad de verificar y analizar todas y cada una de dichas hipótesis.* Tesis [A] XVII.2o.P.A.36 P (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Tomo III, noviembre 2019, p. 2449. Reg. Digital 2020999.

da la reinserción social, advirtiendo que el propio sistema no genera las bases para esto, mientras que, por el contrario, la reincidencia siempre será utilizada como un factor en contra del delincuente.⁴⁰

VI. CONCLUSIONES

Los resultados arrojaron que más de la mitad de las personas que han sido vulneradas en su esfera jurídica prefieren que sus agresores se encuentren privados de la libertad, sin embargo, los motivos por los que prefieren esto no están relacionados con lo que se ha establecido como justicia desde un ámbito filosófico o de estricto derecho, sino más bien relacionado con una especie de venganza, que nos remonta a las primeras etapas de la evolución humana y del derecho penal.

De una interpretación holística de las respuestas de las víctimas que manifestaron que perciben a la privación de la libertad como justicia, se advierte que la mitad de éstas relacionan que estén privados de la libertad porque se sienten ignoradas en sus derechos por parte de los operadores del sistema penal, quienes son los garantes, tanto en la investigación como en el proceso, centrando las respuestas en tener miedo; en que no se les brindó seguridad; mientras que la otra mitad lo relacionó con la Ley de Talión, ya que no existen las suficientes medidas cautelares para garantizar las pretensiones

⁴⁰ Es por ello que hay que considerar la jurisprudencia *Sustitución de la pena de prisión. los antecedentes penales por delito doloso perseguible de oficio no desaparecen para efectos de determinar la procedencia de aquel beneficio (legislación federal y del distrito federal)*. A partir de ésta se pueden interpretar dos cuestiones de gran interés: por un lado sólo se tiene que acreditar una de las dos hipótesis (existencia de un antecedente penal o en su caso que las demás medidas no son idóneas), y por el otro quita esa carga argumentativa al ministerio público en la cual justifique que la única manera en la que el sujeto no volverá a delinquir es encontrándose privado de la libertad, atentando con el principio de contradicción que rige el propio sistema penal acusatorio en el CNPP artículo 6 y el primer párrafo del 20 de la Constitución, pues no da cabida a que este antecedente penal, que además es imprescriptible, pueda reducirse mediante argumentación.

de las víctimas y, al ser omiso el legislador en contemplar más hipótesis, se prefiere la privación de la libertad. De este modo, las víctimas, al desconocer qué otras medidas cautelares existen para generar seguridad en su persona, en su familia o en sus bienes, se inclinan por señalar a la prisión preventiva como la medida más idónea para sentirse seguras y protegidas.

Por último, la falta de atención, información y adecuado acompañamiento que se les da a las víctimas desde que se presentan en sede ministerial generan que éstas prefieran la imposición de la prisión como medida cautelar, la cual no está relacionada con la obtención de justicia, sino por el contrario está íntimamente ligada a la falta de cumplimiento de obligaciones procesales que tiene el Ministerio Público y que las víctimas no se sienten escuchadas, así como tratarlas con empatía para sacar adelante y enfrentar un proceso de naturaleza penal.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- BECCARIA, Cesare, *Tratado de los delitos y de las penas*, Décimo segunda edición, Porrúa, México, 2002.
- BRAVO AGUILAR, Nauhatzín Tonatiuh, *El Santo Oficio de la Inquisición en España: una aproximación a la tortura y autoincriminación en su Procedimiento*, Anuario Mexicano de la Historia del Derecho, Volumen XVI, IJ UNAM, México, 2004.
- BREMAUNTZ, Emma, *Derecho Penitenciario*, México, McGraw-Hill Interamericana Editores, 1998.
- CONSTANTINO RIVERA, Camilo, *Medidas Cautelares en el Sistema Acusatorio*, México, Magister, 2012.
- CORTIJO OCAÑA, Antonio y GÓMEZ MORENO, Ángel, *Las minorías: Ciencia y religión, magia y superstición en España y América (siglos XV al XVII)*, EEUU, Universidad de California, 2015.

- ESPINOSA GÓMEZ, Magdalena de Lourdes, “¿Qué es y para qué sirve el derecho?”, en Cáceres Nieto, Enrique *et al.*, *Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho*, México, UNAM, 2005.
- FOUCAULT, Michel, *Vigilar y Castigar. Nacimiento de la Prisión*, Octava Reimpresión, México, Siglo Veintiuno Editores, 2020.
- HOBBS, Thomas, *Leviatán*, México, Fondo de Cultura Económica, 2017.
- KELSEN, Hans, *¿Qué es la Justicia?*, México, Distribuciones Fontamara, 2007.
- MARCO DEL PONT, Luis, *Derecho Penitenciario*, México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1991.
- MORENO HERNÁNDEZ, Moisés, “El proceso penal acusatorio mexicano y sus objetivos frustrados”, *Revista Digital de Ciencias Penales de Costa Rica*, núm. 1, Costa Rica, Universidad de Costa Rica, 2021.
- MORINEAU IDUARTE, Marta, IGLESIAS GONZÁLEZ, Román, *Derecho Romano*, México, Oxford, 2008.
- PRADILLA BARNUEVO, Francisco de la, *Suma de las leyes penales*, Valladolid, Lex Nova, 1996.
- QUISBERT, Ermo, *Historia del derecho penal a través de las escuelas penales y sus representantes*, Centro de Estudios de Derecho, México, 2008.
- RAWLS, John, *Teoría de la Justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, 2021.
- ROCCO, Ugo, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Temis-De Palma, Buenos Aires, 1976.
- ZEFERÍN HERNÁNDEZ, Iván Aarón, *La prueba libre y lógica. Sistema penal acusatorio mexicano*, Instituto de la Judicatura Federal, México, 2016.

WEBER, Max, *Economía y Sociedad*, Primera Edición electrónica, México, Fondo de Cultura Económica, 2014.

1. TESIS Y PLENO DE SALAS

Tesis [A] 1a XIII.P.A.53 P (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Tomo III, noviembre 2018, p. 2578. Reg. Digital 2018367.

Tesis [A] XVII.2o.P.A.36 P (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Tomo III, noviembre 2019, p. 2449. Reg. Digital 2020999.

2. ANEXOS

Anexo 1. Guion de entrevista semiestructurada a víctimas

Nombre de la víctima y edad

1.- ¿Cuál es el delito que se ha cometido en su agravio?

2.- ¿Cómo te sentiste con el trato que se le brindó en la agencia del Ministerio Público?

() Bueno

() Malo

() Regular

2.1 ¿Por qué?

3.- ¿Se sintió segura en el momento en que se encontraba en el Ministerio Público?

() SI () NO

3.1 ¿Por qué?

4.- ¿Cómo calificaría el Proceso?

() Bueno

() Regular

() Malo

4.1 ¿Por qué?

5.- Una vez que se citó a audiencia, ¿usted cómo se sintió?

- Tranquilo
- Con miedo
- Nervioso
- Impaciente
- Valiente

5.1 ¿Por qué?

6.- ¿Su asesor jurídico le explicó el desarrollo de la audiencia y sus derechos?

- SI NO

7.- ¿Considera que su agresor debería estar en la cárcel?

- SI NO

7.1- ¿Por qué?

- Porque se lo merece
- Porque siento miedo que me haga algo
- Porque no conozco las otras medidas cautelares
- Porque he escuchado que la cárcel es la única manera en la que las personas pagan lo que hacen a la sociedad
- Para que deje de cometer delitos
- Para que aprenda
- Porque sólo así siento que se hizo justicia
- Otra _____

8.- ¿Aceptaría que su agresor estuviera en libertad?

- SI NO

8.1 Siempre y cuando:

- Se le garantice una Reparación del Daño
- Acepte los hechos y le pida perdón
- Se comprometa a no acercarse a usted ni a sus familiares
- Se comprometa a no volver a delinquir

- () Cumpla con las peticiones que usted le solicite
- () Realice trabajos en favor de la comunidad
- () El estado tome las medidas necesarias para que usted se sienta segura y tranquila

Opiniones y/o comentarios

INSTRUCTIVO PARA LOS AUTORES



I. POLÍTICA EDITORIAL

La *Revista* es una publicación académica semestral, sobre temas de investigación, comentarios jurisdiccionales y reseñas. Promueve e incentiva la publicación de las investigaciones realizadas por los estudiantes inscritos en los programas del Posgrado de Derecho de la UNAM. Cuenta con comité editorial y comité asesor conformado por destacados profesores universitarios nacionales y extranjeros.

II. LINEAMIENTOS EDITORIALES

Se preferirán trabajos originales e inéditos, que serán dictaminados por académicos nacionales e internacionales expertos en los temas sobre los que versen. Podrán realizarse traducciones al español, siempre que sean publicadas por primera vez en esta *Revista* y se cuente con los derechos o permisos correspondientes.

III. PRESENTACIÓN DE ORIGINALES

Considerando las observaciones descritas a continuación, la cuartilla contendrá entre 30 y 35 líneas y cada una de ellas deberá tener entre 80 y 90 golpes (caracteres y espacios). Estas características deben aplicarse a notas, apéndices, bibliografía y cualquier otro complemento del original. Los márgenes se dispondrán de la siguiente manera: superior e inferior, 2.5 cm; izquierdo y derecho, 3 cm; y la tipografía con las siguientes características: fuente, Times New Roman; tamaño, 12 puntos, a menos que se indique otra cosa; y 1.5 de interlínea.

1. TÍTULO

Éste es una palabra o frase con la función de dar a conocer el asunto que se va a tratar, por ello debe ser claro breve y conciso; en la manera de lo posible deben evitarse los enunciados explica-

tivos, pero de ser necesarios basta con separarlos del título con un punto. Es importante destacar que los títulos no deben escribirse en negritas o cursivas, tampoco es necesario subrayarlos y no llevan punto final; se escribirán en la misma fuente, Times New Roman, pero su tamaño será de 14 puntos, estará justificado y se usarán mayúsculas, o altas, y minúsculas, o bajas. Estas consideraciones deben aplicarse también a los títulos y subtítulos que dividen internamente la obra, como partes, capítulos, secciones, incisos y entradas.

2. AUTOR

El nombre del autor se escribirá en altas y bajas, y llevará el siguiente orden: nombres, apellido paterno y materno. Si la obra o artículo se escribió por más de un autor se separarán por punto y coma, y seguirán el mismo orden.

3. SINOPSIS CURRICULAR

Ésta no deberá exceder los 400 golpes, incluyendo espacios. Para evitar confusiones, cuando se trate de un texto con más de un autor se emplearán asteriscos para indicar cuál es el resumen curricular de cada uno. Es necesario incluir la institución a la que está adscrito actualmente.

4. CORRESPONDENCIA

Con la finalidad de propiciar el diálogo entre los autores y sus lectores, será necesario proporcionar un solo correo electrónico, éste no debe tener hipervínculos y se escribirá entre dígrafos (*v. g.*: <correo@unam.mx>).

5. SUMARIO

El sumario es una guía para el lector, por lo tanto no son exhaustivos, es decir, sólo contiene las secciones del trabajo que precede, aunque éste encierre también incisos y entradas. Se presentará sin sangría, justificado y precedido de la palabra *sumario* en altas y bajas, y en negritas, seguida de dos puntos también en negritas, un espacio y luego cada una de las secciones que conforman el artículo, estarán numeradas con romanos, al que le seguirá un punto, sin guión, un espacio y luego el nombre de la sección en altas y bajas, y con punto y coma, así hasta agotar las secciones; con la diferencia de que la última terminará con punto final.

6. RESUMEN

Éste es un texto breve y preciso, por lo que debe considerar sólo lo esencial del tema abordado en la obra. No excederá los 1,000 golpes, incluyendo espacios; estará sin sangría, justificado y precedido de la palabra *resumen* en altas y bajas, y en negritas, seguida de dos puntos, también en negritas, un espacio y luego el texto que compone propiamente al resumen y punto final. Este resumen deberá traducirse al inglés con el nombre de *abstract* y presentarse con las mismas especificaciones que la versión en español.

7. PALABRAS CLAVE

Éstas son conceptos que destacan por su importancia en el tema tratado, el autor deberá presentarlas de la siguiente manera: las palabras *palabras clave* en altas y bajas, y en negritas, seguidas de dos puntos también en negritas, un espacio y luego cada una de las palabras clave y punto final. Las palabras clave deberán traducirse al inglés con el nombre *Keywords* y presentarse con las mismas especificaciones que la versión en español.

8. FOLIOS

El original del material literario debe estar foliado en su totalidad, es importante que se emplee el formato: página actual en arábigos, un espacio, diagonal, un espacio y número total de páginas en arábigos (1 / 300, por ejemplo). El folio debe estar dispuesto en la esquina inferior derecha y se utilizará la misma fuente que en el resto del trabajo, Times New Roman a 12 puntos.

9. PARTES DEL ORIGINAL

Los materiales presentados deben considerar la siguiente división, aunque no es obligación que cuenten con cada una de las divisiones sugeridas:

Título

Autor

Sinopsis curricular y correspondencia

Dedicatoria

Sumario

Resumen

Palabras clave

Abstract

Keywords

Cuerpo de la obra

I. Partes con números romanos

1. Secciones en números arábigos

a) Incisos

Entradas en cursivas

II. Fuentes

Apéndice o anexos

10. CITAS TEXTUALES

Las citas textuales de una obra deben, sin excepción, ofrecer la referencia bibliográfica, a la que se remitirá a través de un número en súper índice que, dado el caso, irá pospuesto a cualquier signo de puntuación, y concordará con el número de nota asignado a pie de página. Cuando la extensión de la cita es menor o igual a 350 caracteres (con espacios) irá delimitada por comillas (“ ”), pero si excede tal extensión se transcribirá *a bando*, es decir: separado del párrafo, sin comillas y sangrado 5 mm en todas sus líneas, dejando en blanco una línea antes y otra después del párrafo. Cuando la cita incluya entrecomillados internos se hará de la siguiente manera: “texto muestra ‘texto muestra’ texto muestra”.

Aunque lo común es que las citas *a bando* se escriban en un tamaño menor a la fuente empleada en el cuerpo del texto, no es necesario que el autor lo haga, pues esto dificulta la tarea del corrector de estilo y del editor al momento de revisar el material.

Como regla general, no es necesario indicar la supresión de texto al principio o al final de una cita; pero, por otro lado, si en la transcripción se ha prescindido de algún fragmento del texto original al interior de la cita, se indicará con puntos suspensivos entre corchetes ([]). Del mismo modo, si el autor siente la necesidad de agregar algún texto a la cita, lo hará entre corchetes.

11. NOTAS A PIE

Como ya se mencionó, las llamadas a nota se indicarán con números en súper índice. En caso de que haga falta una segunda serie se emplearán asteriscos.

Las notas a pie de página pueden contener información bibliográfica (aparato crítico) o bien comentarios un tanto al margen del tema principal que trata la obra. Para el primer caso, las referencias bibliográficas deben aparecer completas la primera vez a que se

mencionen y llevarán el siguiente orden: nombre del autor, empezando por nombre de pila, el nombre del libro en cursivas, ciudad de publicación, editorial, año de edición y la página o páginas consultadas. Posteriormente se emplearán las locuciones latinas o abreviaciones bibliográficas que para tales efectos se emplean.

12. TABLAS, GRÁFICAS Y FIGURAS

Las tablas deben estar compuestas por el autor, esto significa que no es suficiente copiar y pegar la información de Internet, pues ésta, por lo general, no tiene la calidad suficiente para ser impresa, además, es difícil que el diseño se adapte al propio de la publicación. Es necesario que las tablas no lleven un formato especial, por lo que no se deben sombrear las celdas y las líneas de división deben estar siempre visibles. El contenido debe estar compuesto en la misma fuente que todo el documento (Times New Roman a 12 puntos). Por otro lado, es muy importante que las tablas estén compuestas en una sola pieza; en ocasiones, cuando la tabla es muy grande, quien la elabora la divide en varias tablas, lo que, y pese a sus mejores intenciones, sólo complica el trabajo de edición.

En el caso de las gráficas y figuras, el autor debe, siempre que sea posible, realizarlas él mismo. También tendrá en cuenta que estos elementos son de carácter informativo no decorativo. Los pies deberán entregarse en el mismo archivo que su correspondiente gráfica o ilustración y seguirán el siguiente formato: comenzarán con la palabra *figura* en altas y bajas, y en negritas, seguida de un punto, también en negritas, y posteriormente el texto propio del pie, justificado y en la fuente Times New Roman a 12 puntos, con 1.5 de interlinea, llevará punto final.

Todas las tablas, gráficas e ilustraciones se entregarán sólo en archivo digital, uno por cada una, y deberán nombrarse de la siguiente manera: apellido del autor en altas, guión bajo, seguido del texto *tabla 1*, *gráfica 1*, *figura 1*, en altas y bajas, según sea el caso. Salvo

en ocasiones especiales donde la naturaleza de la gráfica obligue a emplear el original, éste se entregará junto al material impreso con las medidas de protección adecuadas para preservar la integridad del original, y, en caso de llevar pie, éste se entregará en formato digital siguiendo las indicaciones ya establecidas.

13. FUENTES

A) BIBLIOGRAFÍA

Las fichas bibliográficas que conforman el aparato crítico de la obra deben componerse en párrafo francés con sangría de 5 mm y contendrán los siguientes elementos en el mismo orden y separados por una coma:

Autor. Se escribirá empezando por apellidos usando versales y versalitas seguidos de una coma y el nombre de pila en altas y bajas. No se emplearan subrayados ni negritas. Cuando se trate de dos autores, el segundo se escribirá en el orden natural, es decir, nombre y apellidos, en altas y bajas, y se separará del primero con la conjunción *y* en redondas. Si se trata de una obra con tres o más autores, se pondrá sólo el nombre del primero seguido de la locución latina *et al.*

Si el libro carece de autor, la referencia bibliográfica entrará con el título siguiendo las características descritas para su caso. Pero si la obra es un trabajo realizado por un compilador o editor se colocará entre paréntesis la abreviación correspondiente: (comp.) o (ed.).

Título. Se escribirá con alta inicial y en cursivas sin importar el idioma en el que se encuentre. No se emplearán subrayados ni negritas.

Si se trata de un artículo incluido en una obra colectiva, se pondrá el nombre del apartado con alta inicial en redondas y entre comillas (“ ”), seguirá una coma y la palabra *en* en redondas, el nombre del compilador o editor en su orden natural seguido de

las abreviaturas *comp.* o *ed.*, según sea el caso, entre paréntesis; y el nombre del libro siguiendo las indicaciones ya descritas.

Pie de imprenta. Al pie de imprenta lo componen el nombre de la ciudad de publicación, casa editora y el año de publicación. Un error común que se debe evitar es poner el nombre del país en lugar de la ciudad; tampoco es necesario agregar la palabra editorial antes del nombre propio de la editorial, por ejemplo, debe decir: Porrúa; y no: Editorial Porrúa.

Tesis. Cuando la fuente citada es una tesis se seguirán las indicaciones descritas, pero el pie de imprenta no llevará la información de la casa editora, ni se debe poner el nombre de la universidad o institución como casa editora. Además se agregará la siguiente información, siempre separada por comas, después del año de publicación: palabra Tesis en altas y bajas y redondas, el nombre o siglas de la universidad y, en caso de existir, el nombre de la facultad o dependencia universitaria que expide el grado.

En ningún caso es necesario informar si la tesis fue sustentada en examen profesional de licenciatura, maestría o doctorado, tampoco se proporcionará el nombre de la licenciatura o posgrado.

Texto inédito. En caso de citar un texto inédito, como pueden ser apuntes de clase, los elementos que conformarán la ficha serán: nombre del autor o autores, según lo indicad; título del material con alta inicial, en redondas y entre comillas (“ ”); y terminará con la indicación *texto inédito*.

B) HEMEROGRAFÍA

Se entiende por material hemerográfico todas aquellas fuentes de publicación periódica, pueden ser: diarios, revistas, gacetas, entre otros. En general los componentes de una ficha hemerográfica son los mismos que se emplean en una ficha bibliográfica, aunque suma algunos elementos. A menos que se indique lo contrario, se seguirán las instrucciones dadas para la bibliografía.

Artículo de periódico. La ficha comenzará con el nombre del autor o autores, el nombre del artículo, la palabra *en* y el nombre del periódico, posteriormente, se colocará el país de publicación seguido de la ciudad, la fecha de publicación en el formato día, mes y año.

Si se trata de un suplemento, en vez del nombre del diario se pondrá el del suplemento en redondas usando altas y bajas, y entrecorillado (“ ”), posteriormente se agregará la abreviación *núm.* y el respectivo número del suplemento en arábigos. Una vez agregada esta información, la ficha continuará con el nombre del periódico y los demás datos como ya se ha indicado.

Artículos de revistas. Para estos casos sólo se agregaran los siguientes datos: después del título del artículo, se colocará el nombre de la revista en cursivas y precedido por la palabra *en*; también llevará el país y la ciudad de publicación, al que le seguirá el año de publicación consecutiva en romanos, el número, periodo de publicación (regularmente en meses), año e intervalo de las páginas consultadas.

IV. FECHA DE RECEPCIÓN DE ORIGINALES

La *Revista* recibe propuestas para su publicación en todo momento, deberán enviar los originales al correo electrónico: <revista@derecho.posgrado.unam.mx>. El original deberá adjuntarse acompañado por el permiso correspondiente para su publicación (ubicado al final de este apartado).

V. LISTA DE VERIFICACIÓN

La siguiente lista tiene el propósito de ayudar al autor a preparar su original para su publicación en esta *Revista*, pero no sustituye las consideraciones anteriormente descritas.

- El original se recibirá en el entendido de que todos los autores están de acuerdo con su publicación (se anexa permiso firmado para su publicación).
- No se devuelven los originales recibidos para su publicación.
- El original se enviará en formato Word o RTF.
- Fuente: Times New Roman; tamaño: 12 puntos; interlínea: 1.5.
- Márgenes superior e inferior: 2.5 cm; izquierdo y derecho: 3 cm.
- Extensión: de veinte a treinta cuartillas. En el caso de reseñas y comentarios de cinco a diez cuartillas.
- Las palabras no irán separadas en sílabas al final del renglón; el idioma del procesador de textos empleado deberá estar predeterminado en español.
- No se dejará espacio entre párrafos.
- Las páginas deberán foliarse consecutivamente, iniciando con la página del título.
- El título deberá ser breve y descriptivo.
- Se incluirán el nombre de todos los autores, sinopsis curricular y sólo un correo para correspondencia.
- Se incluirán el resumen y las palabras clave, con sus respectivas traducciones al inglés.
- El uso de cursivas se limitará a títulos de obras (no secciones de éstas) y términos escritos en una lengua diferente al español.
- No se empleará el uso de negritas ni subrayados.
- El aparato crítico se describirá en nota a pie de página y se empleará la nomenclatura latina.
- En el apartado “Fuentes”, se listarán las obras consultadas alfabéticamente. Todas las referencias citadas en el texto deberán aparecer en esta sección y viceversa.



La Universidad Nacional Autónoma de México, a través del Programa de Posgrado en Derecho

CONVOCA

Con el propósito de rescatar, valorar, difundir y promover la creación artística, a la comunidad de artistas gráficos, visuales y plásticos, así como al público en general interesado en estas expresiones artísticas, a presentar obra gráfica, en cualquier técnica, que trate algún aspecto relacionado con la UNAM o con el derecho para ilustrar la portada de la *Revista del Posgrado en derecho de la UNAM*.

PRESENTACIÓN DE LAS PROPUESTAS

El artista deberá enviar sus propuestas en formato digital TIFF, PSD (CC2014 o posterior) o PDF con una resolución de 300 píxeles/pulgada al correo <revista@derecho.posgrado.unam.mx>. Adjuntará, también, el permiso firmado para su publicación, ubicado al final de este apartado, así como un archivo en formato DOCX (word) con los siguientes datos: nombre o seudónimo –si es el caso–, técnica, medidas reales y breve semblanza curricular (máximo 100 palabras).

SELECCIÓN DE PROPUESTAS

Las obras elegidas se utilizarán como portada de la *Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM*, y se difundirá a través de ella el trabajo del artista. El autor no cederá sus derechos patrimoniales ni morales, por lo que podrá utilizar su obra como a él mejor convenga.

“POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU”
Programa de Posgrado en Derecho - UNAM
El coordinador
Fernando Guadalupe Flores Trejo

(Lugar), a __ de _____ de 202__.

INSTITUTO NACIONAL DEL DERECHO DE AUTOR

P R E S E N T E

Quien suscribe _____ comunico a usted, bajo protesta de decir verdad que, soy el autor intelectual del (la) _____ (artículo u obra gráfica) intitulada _____ para la obra denominada **REVISTA DEL POSGRADO EN DERECHO DE LA UNAM**, en sus versiones impresa y electrónica. En este acto acepto ceder los derechos patrimoniales de manera exclusiva a la **UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO**, por lo que solicito se efectúen los trámites correspondientes al registro legal a favor de la institución, lo anterior, de conformidad con lo que se estipula en los artículos 27, 30 y 42 de la Ley Federal del Derecho de Autor vigente.

No omito manifestar que, la citada obra no ha sido publicada con anterioridad, ni está siendo considerada para dictamen en alguna otra obra colectiva ni publicación periódica, así mismo que, respondo por su originalidad trabajo, liberando a la **UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO** de toda responsabilidad presente o futura que pudiera surgir respecto de la obra que pudiera afectar intereses de terceros.

Asimismo, otorgo a la **UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO**, el derecho de comunicación pública y de reproducción del _____ (artículo u obra gráfica) que formará parte de la obra en comento para los fines que estimen pertinentes, por lo que estará disponible en el archivo electrónico de la obra, que será descargable en formatos digitales bajo la modalidad de Acceso Abierto.

A T E N T A M E N T E

“POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU”

CD. UNIVERSITARIA, CD. MX., A __ DE _____ DEL 20__.

(NOMBRE Y FIRMA)



La Revista del Posgrado en
Derecho de la UNAM, Número Especial de la
Facultad de Estudios Superiores Acatlán, editada por
la Coordinación del Posgrado en Derecho de la UNAM,
se terminó de imprimir el mes de diciembre de 2022 en los
talleres de Creativa Impresores S.A. de C. V., calle 12, número
101, local 1, colonia José López Portillo, Iztapalapa, 09220,
México, Distrito Federal, teléfonos, 5703-2241 y 5592-
2240. La edición estuvo al cuidado de Abril Usca-
nga Barradas y consta de 300 ejemplares.