

RD

ISSN: 2007-5995

No.6 | ENERO - JUNIO 2017
REVISTA DEL POSGRADO EN DERECHO DE LA UNAM



ENERO | 2017
JUNIO | 17

\mathcal{R}_D

REVISTA DEL POSGRADO EN DERECHO DE LA UNAM

NUEVA ÉPOCA, AÑO 4, NÚMERO 6
ENERO - JUNIO 2017





DIRECTORIO

Enrique Graue Wiechers

RECTOR

Leonardo Lomelí Vanegas

SECRETARIO GENERAL

Javier Nieto Gutiérrez

COORDINADOR GENERAL DE ESTUDIOS DE POSGRADO

Carlos H. Reyes Díaz

COORDINADOR DEL PROGRAMA DE POSGRADO EN DERECHO

ENTIDADES

Raúl Contreras Bustamante

FACULTAD DE DERECHO

Manuel Martínez Justo

FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES ACATLÁN

Fernando Macedo Chagolla

FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES ARAGÓN

Pedro Salazar Ugarte

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

En portada: David Alfaro Siqueiros, *Nuevo Emblema Universitario*, 1952-1956, mural, Torre de Rectoría, UNAM, Ciudad Universitaria, Ciudad de México.

REVISTA DEL POSGRADO EN DERECHO DE LA UNAM, Año 4, No. 6, enero - junio 2017, es una publicación semestral, editada por la Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad Universitaria, Alcaldía Coyoacán, C.P. 04510, Ciudad de México, a través de la Coordinación del Programa de Posgrado en Derecho de la UNAM, Unidad de Posgrado, Edificio "F", Circuito de Posgrado, Ciudad Universitaria, Delegación Coyoacán, C.P. 04510, Ciudad de México, teléfono 5623-7024, <http://derecho.posgrado.unam.mx/revista>, correo: revista@derecho.posgrado.unam.mx. 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. Carlos Humberto Reyes Díaz, Circuito Mario de la Cueva s/n, Ciudad Universitaria, Col. Copilco, Del. Coyoacán, C.P. 04510, Ciudad de México, fecha de la última modificación, 20 de agosto de 2019.

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



REVISTA DEL POSGRADO EN DERECHO DE LA UNAM

Abril Uscanga Barradas

DIRECTORA / EDITOR EN JEFE

José Manuel Guevara García

EDITOR ADJUNTO

Tania Mendoza Martínez

EDITORA ADJUNTA

Diana Erika Hernández Ríos

Mitzi Aurora Mendez Hermenegildo

Javier Cancino Jiménez

SECRETARÍA EDITORIAL

Francisco Javier Chan Chan

ASESOR EDITORIAL

Andrea Valencia Bermúdez

Mara Anahí Bernabe Galván

Salvador Villaseñor Olguín

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 JURÍDICAS, UNAM

Flavia Emilia Carbonell Belloio
UNIVERSIDAD DE CHILE

Raúl Carrancá y Rivas
FACULTAD DE DERECHO, UNAM

María Patricia Kurczyn Villalobos
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, UNAM

Francisco Javier De Lucas Martín
UNIVERSIDAD DE VALENCIA, ESPAÑA

María Elena Mansilla y Mejía
FACULTAD DE DERECHO, UNAM

Jordi Ferrer Beltrán
UNIVERSIDAD DE GIRONA, ESPAÑA

Flavia Daniela Freidenberg Andrés
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, UNAM

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

Carlos Bernal Pulido
UNIVERSIDAD DE MACQUARIE, SYDNEY

Carlos Francisco Quintana Roldán
FACULTAD DE DERECHO, UNAM

Jorge Fernández Ruiz
FACULTAD DE DERECHO, UNAM

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

Rafael Luis Hernández Marín
UNIVERSIDAD DE MURCIA, ESPAÑA

CONSEJO ASESOR

Jesús Aquilino Fernández Suarez

UNIVERSIDAD DE OVIEDO, ESPAÑA

Victoria Iturralde Sesma

UNIVERSIDAD DEL PAÍS VASCO, ESPAÑA

Juan José Iniesta Delgado

UNIVERSIDAD DE MURCIA, ESPAÑA

María del Pilar Gutiérrez Santiago

UNIVERSIDAD DE LEÓN, ESPAÑA

Benjamín Rivaya García

UNIVERSIDAD DE OVIEDO, ESPAÑA

Sandra Gómora Juárez

**INSTITUTO DE INVESTIGACIONES
JURÍDICAS, UNAM**

Tiago Gagliano Pinto Alberto

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE
PARANÁ, BRASIL**

Leonor Suárez Llanos

UNIVERSIDAD DE OVIEDO, ESPAÑA

Amós Arturo Grajales

**UNIVERSIDAD DE SAN ANDRÉS,
ARGENTINA**

Marta Ordás Alonso

UNIVERSIDAD DE LEÓN, ESPAÑA

Rodrigo Brito Melgarejo

FACULTAD DE DERECHO, UNAM

María José García Salgado

UNIVERSIDAD DE OVIEDO, ESPAÑA

José Manuel Cabra Apalategui

UNIVERSIDAD DE MÁLAGA, ESPAÑA

Toni Roger Campione

UNIVERSIDAD DE OVIEDO, ESPAÑA

Javier Díez García

UNIVERSIDAD DE LEÓN, ESPAÑA

Luis Ángel Ballesteros Moffa

UNIVERSIDAD DE LEÓN, ESPAÑA

Lorenzo Álvarez de Toledo Quintana

UNIVERSIDAD DE LEÓN, ESPAÑA

Leandro Vergara

**UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES,
ARGENTINA**

Bernardo Andrés Gallegos Mendoza

FACULTAD DE DERECHO, UNAM

Guillermo Enrique Estrada Adán

**INSTITUTO DE INVESTIGACIONES
JURÍDICAS, UNAM**



ÍNDICE

PRESENTACIÓN ······13
Carlos H. Reyes Díaz

EDITORIAL ······16
Abril Uscanga Barradas

ARTÍCULOS

INTEGRACIÓN JURÍDICA DE LOS INMIGRANTES
INDÍGENAS. PROPUESTA TEÓRICA CONCEPTUAL ······ 23
Saúl Ramírez Sánchez

IDENTIDAD Y PICARDÍA MEXICANA ······ 65
Gabriela Orozco López

DE LA KALOPSIA AL DEMOS CONSTITUCIONAL:
¿PUEDE UNA CONSTITUCIÓN SER
CRÍTICA Y TRANSFORMADORA? ······ 107
Daniel Antonio García Huerta

LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS
HUMANOS COMO AUTORIDAD RESPONSABLE
PARA EFECTOS DEL JUCIO DE AMPARO ······ 153
Veronica Cervera Torres / Sylvia Torres Caballero

RETOS Y PERSPECTIVAS DE LA GUARDIA
NACIONAL EN MÉXICO ······173
Ricardo Alexis Uvalle Aguilera

CLIENTELISMO POLÍTICO EN CUETZALAN, PUEBLA ······ 207
María Teresa Lozano O'Reilly

ESTUDIO SOBRE LA LEGALIDAD EN LA
DETERMINACIÓN DEL PRECIO Y EL
IMPUESTO A LOS COMBUSTIBLES ······ 229
Omar Contreras Borbón

MÉXICO OFFSHORE. EL OSCURO
PAPEL DE LA MISCELÁNEA FISCAL ······273
Miriam González Serrano

ENTREVISTAS

ENTREVISTA AL DOCTOR PEDRO SALAZAR UGARTE 315
Abril Uscanga Barradas

INSTRUCTIVO PARA LOS AUTORES 335

PRESENTACIÓN

La comunidad académica y estudiantil del Instituto de Investigaciones Jurídicas tiene una importancia radical para el buen desempeño del Programa de Posgrado en Derecho y de la UNAM en general. Sus alumnos de doctorado componen la élite del conocimiento jurídico de nuestro país, somos un programa de estudios considerado por el Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología, como de Competencia Internacional dentro del Programa Nacional de Posgrados de Calidad. Esta calidad nos compromete enormemente con nuestra sociedad y es por ello que trabajamos de manera permanente en la generación de doctores en derecho de la mejor calidad, críticos, reflexivos, pero fundamentalmente sensibles de las necesidades nacionales e internacionales.

En nuestro posgrado requerimos de profesionistas librepensadores que hagan de su conocimiento y aportaciones intelectuales la mejor herramienta para lograr la sociedad pacífica, progresista y funcional que tanto deseamos. Con sus investigaciones, nuestros alumnos ayudan a lograr este objetivo porque trazan vías alternas de cambio que sólo pueden provenir de mentes libres y constructivas.

Compartimos la preocupación de nuestra sociedad mundial por el deterioro de valores fundamentales del ser humano que generan violencia e inseguridad. La globalización intentaba uniformar valores humanos mínimos, pero ahora esa misma comunidad internacional rechaza la globalización, esa que ha incrementado la brecha de pobreza y desigualdad, la que no impidió aquel deterioro de valores humanos, sino por el contrario uniformó el rechazo de la inmigración de los pobres, que ve

con simpatía la segregación racial, que construye muros intelectuales, y que justifica las agresiones y crímenes de odio derivados de esas mismas causas. Aceptar condiciones que nos imponen otros con ideales distintos a los nuestros es un indicio de pereza e impotencia, como decía Tagore. Precisamente por ello, necesitamos de profesionistas conscientes y más comprometidos con aquellos valores globales que nos hacen humanos y no distinguen fronteras ni culturas, antes de que esta nueva realidad se vuelva costumbre.

Nuestros doctores en derecho reconocen y aportan ideas para evitar que continúe el deterioro social en el que nos encontramos porque, como dice Nussbaum, la mayor forma de indecencia consiste en permitir que alguien viva en la pobreza cuando podría hacer otra cosa, cuando no se puede vivir una vida de acuerdo con lo que se considera digno. En ello tenemos que trabajar más en nuestras investigaciones, en aportar opciones para hacer de nuestra sociedad una más justa y sensible, que promuevan la reducción de la brecha económica, social, cultural, que tengan en la promoción y defensa de los derechos fundamentales el piso básico sobre el cual partan todas las demás propuestas académicas. En concreto, hacer de la dignidad un valor mínimo e irrenunciable sobre el que se fortalezcan los demás derechos.

La administración encabezada por el Dr. Pedro Salazar Ugarte en el Instituto de Investigaciones Jurídicas, ha puesto énfasis en el fortalecimiento del doctorado en derecho, con un seguimiento puntual de nuestros alumnos, con la creación y desarrollo de líneas de investigación que van de acuerdo con las necesidades de nuestra sociedad, con una plantilla de tutores del más alto nivel académico comprometidos con una agenda multidisciplinaria que construye puentes con otros posgrados, con un apoyo decidido para que nuestros alumnos participen en fo-

ros nacionales e internacionales y construyan su conocimiento tomando como base problemas y alternativas de solución que otros investigadores comparten y han trabajado de manera paralela, y con el apoyo permanente a espacios de difusión del conocimiento como esta publicación del Posgrado.

Es por ello que la participación activa de nuestros alumnos en la Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM nos alienta, queremos de ella que sea un espacio más de calidad en el que nuestros estudiantes puedan aportar avances de sus investigaciones, que muestren problemas reales de la agenda jurídica, que difundan en la comunidad sus visiones y con ello, fortalezcan el debate de ideas, pero sobre la base del conocimiento y no de la simple opinión que tanto daño le hacen a la sociedad.

Dr. Carlos H. Reyes Díaz

COORDINADOR DEL PROGRAMA DE POSGRADO EN DERECHO
UNAM

EDITORIAL

Para el Programa de Posgrado en Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México es fundamental la creación y difusión de nuevo conocimiento, es por ello que en aras de la realización de estos objetivos, los números especiales que conforman nuestra Revista cuentan con la colaboración de las cuatro entidades participantes; la Facultad de Estudios Superiores Aragón, la Facultad de Estudios Superiores Acatlán, la Facultad de Derecho y, desde luego, el Instituto de Investigaciones Jurídicas. En esta ocasión el Instituto de Investigaciones Jurídicas ha impulsado la publicación de sus alumnos, desde una perspectiva crítica y propositiva en temas actuales y relevantes, es por ello, que los artículos que se presentan en este número especial de la Revista son el resultado del análisis y participación activa de los alumnos del doctorado, quienes buscan aportar ideas novedosas.

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

El maestro Saúl Ramírez Sánchez, presenta el artículo “Integración Jurídica de los Inmigrantes Indígenas. Propuesta Teórica Conceptual” Realiza un análisis teórico conceptual sobre la integración de los indígenas, la que debe entenderse como un proceso bidireccional en donde el Estado implementa políticas para que los inmigrantes se incorporen a la sociedad, en donde los inmigrantes indígenas tengan derecho a tener derechos, esto utilizando: la cultura jurídica y el acceso a la justicia como política jurídica.

El artículo “Identidad y picardía mexicana” escrito por la maestra Gabriela Orozco López, analiza el derecho a la identidad con base en el

uso popular mexicano en comparación con la semántica de la palabra identidad, destacando la imprecisión que brincó del ámbito cultural, al jurídico. Así, hace una revisión de la legislación mexicana para poder visualizar si en la práctica se consigue la protección de la identidad.

El maestro Daniel Antonio García Huerta, presenta en este número su artículo “De la kalopsia el demos constitucional: ¿Puede una constitución ser crítica y transformada?” en donde analiza el fenómeno de expansión constitucional de los derechos humanos desde una perspectiva crítica al modelo liberal de la Constitución, el texto aborda la necesidad de transitar hacia un modelo de constitucionalismo crítico y transformador que permita construir socialmente los derechos y asegurar un mayor impacto por parte de éstos.

La Maestra Verónica Cervera y la Dra. Sylvia Torres Caballero, analizan si la Comisión Nacional de los Derechos Humanos puede ser considerada como autoridad responsable para efectos de procedencia del juicio de amparo y por ende, susceptible de cometer violaciones a derechos humanos cuando paradójicamente su objetivo principal es velar por la protección no jurisdiccional de los mismos, así bien, con su artículo “La Comisión Nacional de los Derechos Humanos como autoridad responsable para efectos del juicio de amparo” exponen brevemente el origen y evolución en el diseño constitucional de esta institución a lo largo de sus 29 años de existencia.

Por otro lado, el maestro Ricardo Alexis Uvalle Aguilera, con su artículo “Retos y Perspectivas de la Guardia Nacional en México” hace un análisis desde la reforma constitucional de 2019 para la creación de la Guardia Nacional y sobre la convencionalidad, en el marco de Sistema Interamericano de Derechos Humanos, así bien realiza un trabajo minucioso sobre características del diseño institucional de la Guardia,

considerando la perspectiva internacional de los derechos humanos y proponer una serie de recomendaciones de cara a su implementación.

La alumna del doctorado María Teresa Lozano O'Reilly, con su artículo "Clientelismo político en Cuetzalan, Puebla" hace un estudio sobre el municipio de Cuetzalan mismo que nos señala, constituye un espacio propicio para que se presente el llamado clientelismo político, toda vez que el ingreso del sistema de partidos a los espacios tradicionalmente comunitarios ha desvirtuado la idea de que merece gobernar aquella persona que ha trabajado en favor de la comunidad y constituye un ejemplo a seguir.

Por su parte el doctorante Omar Contreras Borbón, señala en su artículo "Estímulo Fiscal a las gasolinas" ofrece un panorama del proceso de modificación contemporánea de las normas establecidas en la Ley del Impuesto Especial sobre Producción y Servicios que han avalado tres impuestos IEPS distintos al combustible y dos impuestos al valor agregado; además realiza una aproximación al cálculo de los componentes del precio del combustible tras la liberación de precios de 2017. El autor afirma de ilegal e inconstitucional la manera en que las autoridades administrativas determinan los precios e impuestos de los combustibles, por considerarlo violatorio del principio de doble imposición, contrario al principio de certeza tributaria, al de proporcionalidad, al de legalidad y constitucionalidad.

Finalmente, presentamos el artículo de Miriam González que con un tema bastante novedoso en el ámbito fiscal internacional, nos habla de "México Offshore. El oscuro papel de la Miscelánea Fiscal" En el que expone un inadecuado control regulatorio y financiero, el cual fomenta que los países compitan en forma desleal a través de regímenes fiscales preferentes o paraísos fiscales que erosionan la base tributaria de los re-

sidentes en terceros países. Recientemente, México ha sido cuestionado por su baja tributación y regímenes de beneficio para los extranjeros; por lo que la autora señala diversas críticas a este tema, así como posibles soluciones.

Ya habiendo introducido de una forma breve la participación de los autores, por supuesto podemos resaltar como el lector podrá encontrar en este número de la revista distintos puntos de vista de diversas áreas del derecho, que enriquecen enormemente el conocimiento jurídico e incluso algunos de ellos abordan algunas visiones multidisciplinarias y críticas.

En este número especial, se ha incorporado una entrevista con el Dr. Pedro Salazar Ugarte, Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas, quien nos platica su trayectoria académica y de investigación, así como algunos de los proyectos como director en este destacado Intituto. Esperando que sea de gran interés para la comunidad jurídica.

Deseo que este número especial de la Revista sea de interés del lector, pero sobre todo, tenga un aporte significativo y se pueda difundir el conocimiento.

Dra. Abril Uscanga Barradas

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

ARTÍCULOS

INTEGRACIÓN JURÍDICA DE LOS INMIGRANTES INDÍGENAS. PROPUESTA TEÓRICA CONCEPTUAL¹

LEGAL INTEGRATION OF INDIGENOUS IMMIGRANTS. CONCEPTUAL THEORETI-
CAL PROPOSAL

SAÚL RAMÍREZ SÁNCHEZ²

RESUMEN: La integración de los inmigrantes a la sociedad estadounidense ha sido abordada desde diversos ámbitos (social, cultural, político y económico) y a la luz de las perspectivas de la asimilación o el multiculturalismo, concibiendo el proceso de incorporación como unidireccional, donde los recién llegados tienen la responsabilidad de incorporarse a la sociedad receptora adaptándose a la cultura dominante. Por el contrario, la integración jurídica debe entenderse como un proceso bidireccional en donde el Estado implementa políticas para que los inmigrantes se incorporen a la sociedad, así como los recién llegados hagan lo propio para formar parte de la vida del lugar de establecimiento. En el fondo de esta noción está el que los inmigrantes indígenas tengan derecho a tener derechos. Para ello, se propone un modelo de análisis sobre los niveles de incorporación de estos sujetos, a través de dos unidades: la cultura jurídica y el acceso a la justicia como política jurídica.

PALABRAS CLAVE: *Integración Jurídica, Inmigrantes, Indígenas, Cultura Jurídica, Acceso a la Justicia, Política Jurídica, Sociología del Derecho.*

ABSTRACT: The integration of immigrants into American society has been approached from various areas (social, cultural, political and economic) and in light of the perspectives of assimilation or multiculturalism, conceiving the process of incorporation as unidirectional, where

¹ El presente documento forma parte del primer capítulo de la tesis de investigación para obtener el grado de Doctor en Derecho.

² Estudiante del Programa de Doctorado en Derecho de la Estación Noroeste de Investigación y Docencia del Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM; y miembro fundador de la organización Agenda Ciudadana por el Desarrollo y la Corresponsabilidad Social A.C. <saularasa13@gmail.com>

newcomers have the responsibility of joining the host society adapting to the dominant culture. On the contrary, legal integration should be understood as a bidirectional process in which the State implements policies for immigrants to join society, just as newcomers do the same to be part of the life of the place of establishment. At the bottom of this notion is that indigenous immigrants have the right to have rights. To do this, a model of analysis is proposed on the levels of incorporation of these subjects, through two units: legal culture and access to justice as a legal policy.

KEYWORDS: *Legal Integration, Immigrants, Indigenous, Legal Culture, Access to Justice, Legal Policy, Sociology of Law.*

SUMARIO: I. Introducción, II. La integración de los inmigrantes en sus diversos ámbitos, III. Integración económica, IV. Integración social, V. Integración cultural, VI. Integración política, VII. La integración jurídica. Una propuesta, VIII. La cultura jurídica como parte de la integración jurídica, IX. Acceso a la justicia como política jurídica, X. Modelo de integración jurídica, XI. Consideraciones finales, XII. Fuentes.

I. INTRODUCCIÓN

La migración puede analizarse en tres grandes dimensiones: 1) los que investigan el inicio del movimiento migratorio o las causas de los desplazamientos de personas de un lugar a otro; 2) la dimensión que analiza la perdurabilidad del movimiento migratorio o mantenimiento de dicha movilidad y; 3) los que se refieren a la comprensión de las consecuencias y efectos de los movimientos migratorios tanto en el lugar de origen como de llegada. En esta dimensión se encuentra el objeto del presente estudio: la “integración”. Este es un concepto fundamental para los estudios de la migración y la teoría social, sobre todo, cuando en las investigaciones se tiene como propósito describir cómo los recién llegados encuentran vida en el nuevo país y

se incorporan al orden social, comprendiendo y explicando el tipo de sociedad en la que se encuentra. Esta siempre ha sido una preocupación constante para los países que reciben migrantes, preocupación que tiene que ver con la idea de la cohesión social, es decir, con el tipo ideal de sociedad que se quiera construir con la llegada de los inmigrantes, una sociedad donde se restringen los derechos de las personas inmigrantes o bien, se les garantice.

Las investigaciones han analizado la problemática de incorporación de los inmigrantes al lugar de llegada en el ámbito cultural, social, económico y político, dejando de lado el aspecto jurídico, el cual se concentra en la construcción de tipo ideal de unidad y orden que se desea para la sociedad y el tipo de modelo que se plantea para abordar dicha problemática en la comunidad receptora. Problemática que se puede resumir en dos grandes dimensiones: la primera se refiere a la protección de los valores nacionales del país de llegada y la cohesión social de los individuos en la sociedad de establecimiento, es decir, en la búsqueda del orden social para prevenir el conflicto; mientras que en la segunda dimensión busca encarar la diversidad cultural y étnica frente al tema de seguridad nacional; misma que ha descuidado los asuntos sobre el reconocimiento de derechos de los inmigrantes, la discriminación y la exclusión.

Bajo esta problemática se propone abordar el tema de la integración de los inmigrantes indígenas³ mexicanos en San Diego, California, a la

³ En los estudios de la migración indígena se tiene la errónea percepción de que los pueblos indígenas son estáticos, enraizados a su territorio y a su cultura. Cfr. Carlos Yescas Angeles Trujano, *A Framework for Understanding Indigenous Migration*, OIM, Organización Internacional para las Migraciones, 2008, p. 7. Por el contrario, la movilización de los pueblos indígenas es dinámica y moderna, su migración es un fenómeno multiétnico y es más antiguo que la migración mestiza. Además, se ha caracterizado por tener una movilidad transnacional debido a que guarda fuertes vínculos con sus

luz del ámbito jurídico, a fin de comprender en qué medida la cultura jurídica y el acceso a la justicia como política jurídica explican los niveles de integración de estos inmigrantes a la sociedad estadounidense, bajo la premisa que todo inmigrante como persona tiene el derecho a tener derechos, independientemente de su situación migratoria. Para ello, se propone una definición de integración jurídica, la cual estará acompañada de un modelo de análisis que coadyuve a explicar los grados de incorporación de los recién llegados en la sociedad estadounidense. Este modelo será construido por dos unidades de análisis: la cultura jurídica y el acceso a la justicia como política jurídica; pues suponemos que a mayor conocimiento del derecho estadounidense y a mayor implementación de políticas jurídicas de acceso a la justicia para los inmigrantes, será mayor el éxito de su integración a la sociedad estadounidense. La

comunidades de origen. Cfr. Laura Velasco Ortiz y Dolores París Pombo, "Indigenous Migration in Mexico and Central America: Interethnic Relations and Identity Transformations" in *Latin American Perspectives*, 2014, Vol.41, Num. 3, pp. 5-25. De hecho, la pertinencia de estudiar la migración de los pueblos indígenas corresponde a que existen planteamientos y problemáticas que la diferencian de otras movilizaciones, diferencias que van desde la perspectiva de derechos humanos y la demanda del reconocimiento como sujetos de derechos, hasta la participación activa para incidir en las decisiones que los afectan y evitar la fuerte discriminación de la que son objeto, transitando por tres culturas jurídicas (estadounidense, mexicana e indígena). Esta situación reconfigura la cultura jurídica de los inmigrantes indígenas y, por supuesto, es un ejemplo claro de la integración jurídica. Es por ello que esta defensa a los derechos humanos es un reflejo de las actividades de las asociaciones y comunidades transnacionales de migrantes indígenas en Estados Unidos, las cuales han desarrollado una gran experiencia en acciones colectivas para el desarrollo comunitario, justicia social y democratización política. Acciones colectivas que han surgido de los procesos que han experimentado los indígenas migrantes por la discriminación y exclusión racial vividas en Estados Unidos, lo que ha llevado a la conformación de una sociedad civil indígena organizada y unida que les ha permitido sortear sus adversidades y exigir políticas específicas para acceder a la justicia. Cfr. Jonathan Fox, y Gaspar Rivera-Salgado, (Coords.), *Indígenas mexicanos migrantes en los Estados Unidos*, México, H. Cámara de Diputados, LIX Legislatura, Universidad de California, Santa Cruz, Universidad Autónoma de Zacatecas, Miguel Ángel Porrúa, 2004.

estructura del documento se compone por tres apartados: 1) el debate de la integración en sus diversos ámbitos; 2) la propuesta de concepción de integración jurídica y; 3) el modelo sobre los niveles de integración jurídica de los inmigrantes indígenas mexicanos en la sociedad estadounidense, construido por las unidades de la cultura jurídica y del acceso a la justicia como política jurídica.

II. LA INTEGRACIÓN DE LOS INMIGRANTES EN SUS DIVERSOS ÁMBITOS

El proceso de integración se ha abordado desde las diversas perspectivas teóricas de la asimilación y el multiculturalismo⁴, mismas que tienen como eje predominante la cultura, como su factor más relevante para comprender la incorporación de los inmigrantes a la sociedad dominante, el cual es concebido como un proceso “uni-direccional”. Si bien es cierto que los estudios que se realizaron durante el siglo XX sobre inmigrantes que llegaron a Estados Unidos fueron comprendidos por la

⁴ Cfr. Jeffrey C. Alexander, “Theorizing the ‘modes of incorporation’: Assimilation, hyphenation, and multiculturalism as varieties of civil participation”, in *Sociological Theory*, 2001, Vol. 19, N° 3, pp. 237-249; Will Kymlicka, *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*, España, Paidós, 1996; *La política vernácula. Nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía*, España, Paidós, 2003; Douglas Hartmann y Joseph Gerteis, “Dealing with Diversity: Mapping Multiculturalism in Sociological Terms”, in *Sociological Theory*, 2005, Vol. 23, N° 2, pp. 218-240; Christian Joppke, “The retreat of multiculturalism in the liberal state: theory and policy”, in *The British Journal of Sociology*, 2004, Vol. 55, N° 2, pp. 237-257; Steven Vertovec, “Towards post multiculturalism? Changing communities, conditions and contexts of diversity”, in *International Social Science Journal*, 2010, Vol. 61, N° 199, pp. 83-95; Adrian Favell, “Europe’s identity problem”, in *West European Politics*, 2005, Vol. 28, N° 5, pp. 1109-1116; Nathan Glazer, “We are all multiculturalists now”, in *Multiculturalism in the United States: Current issues, contemporary voices*, Pine Forge Press, 2000, pp. 445-454; Alan Wolfe, “Bening Multiculturalism”, in *Multiculturalism in the United States: Current issues, contemporary voices*, Pine Forge Press, 2000, pp. 455-464.

perspectiva hegemónica de la asimilación⁵, también es cierto que estas investigaciones fueron desacreditadas en la década de los setentas por el llamado resurgimiento étnico⁶, donde la asimilación fue entendida como una ideología coercitiva de americanización forzosa, buscando eliminar cualquier diferencia étnica entre los inmigrantes.

En Europa, después de la 2ª Guerra Mundial, los académicos prefirieron abordar el enfoque de la integración en lugar de las perspectivas de la asimilación⁷, ya que desde el punto de vista político y moral, es

⁵ Para comprender los orígenes de la Asimilación y su hegemonía. Cfr. Robert Park, "Human migration and the marginal man", in *American Journal of Sociology*, 1928, Vol. 33, N° 6, pp. 881-893; "Racial assimilation in secondary groups with particular reference to the Negro", in *American Journal of Sociology*, 2014, Vol. 19, N° 5, pp. 606-623; Peter Kivisto, "Robert E. Park's Theory of Assimilation and Beyond", in *The Anthem Companion to Robert Park*, Anthem Press, 2017, pp. 131-158; William Thomas y Florian Znaniecki, *The Polish peasant in Europe and America: A classic work in immigration history*, Chicago, University of Illinois Press, 1996; Arthur Schlesinger Meier, "The significance of immigration in american history", in *The American Journal of Sociology*, 1924, Vol. 27, N° 1, pp. 71-78.

⁶ Este resurgimiento étnico tuvo varias influencias y una de ellas fue el resolutive del Tribunal Supremo de Estados Unidos sobre el caso *Brown vs. Board of Education* en 1969, donde se abolía el sistema de instalaciones segregadas para niños negros y blancos en el Sur, lo que significó una serie de criterios para la salvaguarda de la igualdad racial. Cfr. Will Kymlicka, *Ciudadanía multicultural...* cit. p. 89; John C. Walter, "The Influence of African American History on U.S. History Survey Textbooks since the 1970s", in Butler, Johnmella E. (Ed.), *Color-Line to Borderlands. The Matrix of American Ethnic Studies*, Washington, The University of Washington Press, 2001, pp. 65-100.

⁷ Tales como la Teoría Clásica de la Asimilación, la Nueva Teoría de la Asimilación o la Asimilación Segmentada. Cfr. Milton M. Gordon, "Assimilation in America: Theory and Reality", in *Daedalus*, 1961, Vol. 90, N° 2, pp. 263-285; *Assimilation in American Life: The Role of Race, Religion, and National Origins*, New York, Oxford University Press, 1964; Richard D. Alba, *Ethnic identity: The transformation of white America*, Yale University Press, 1990; "Bright vs. blurred boundaries: Second generation assimilation and exclusion in France, Germany, and the United States", *Ethnic and Racial Studies*, 2005, Vol. 28 N° 1, pp. 20-49; Richard D. Alba y Victor Nee, "Rethinking assimilation theory for a new era of immigration", en *The International Migration Review*, 1997, Vol. 31, N°4, pp. 827-874; *Remaking the American Mainstream: Assimilation and the New Immigration*, Cambridge, Harvard University Press, 2005; John R. Logan et al., "Immigrant enclaves and ethnic communities in New York and Los Angeles", in *American Sociological Review*, 2002, Vol.

un término ideológico más neutral, menos coercitivo y discriminatorio, sobre todo, porque permite entender con más amplitud y profundidad como los inmigrantes hacen su vida en la sociedad receptora⁸. La diferencia entre estos términos pareciera ser una cuestión semántica, sin embargo, el análisis de las “inter-relaciones” humanas en las sociedades receptoras han sido estudiadas por la sociología de las migraciones desde diversos puntos de vista y con una amplia gama de perspectivas⁹. El eje en común de estas perspectivas es el análisis de los migrantes que cruzan las fronteras y se llegan a establecer en las sociedades, donde los Estados buscan incorporar o restringir los derechos de los recién llegados. Además de controlar la movilidad y acceso de las personas¹⁰, definiendo la soberanía y estipulando los diversos procesos para adquirir derechos, además de muchos otros factores que interactúan entre sí y que permiten comprender el origen, mantenimiento y los efectos de la migración.

En este contexto, la integración se concibe, siguiendo a Alarcón, Escala y Odgers, como un proceso “bi-direccional” donde, por un lado, la sociedad se integra a los inmigrantes y, por el otro lado, los recién llegados se integran a la sociedad. Estos investigadores explican la integración de los inmigrantes

67, N° 2, pp. 299-322; Min Zhou, “Segmented Assimilation: Issues, Controversies, and Recent Research on the New Second Generation”, en *The International Migration Review*, 1997, Vol. 31, N° 4, pp. 975-1008; Peter Kivisto y Thomas Faist, *Beyond a Border: The Causes and Consequences of Contemporary Immigration*, Los Angeles, Pine Forge Press, 2010; Alejandro Portes y Min Zhou, “The New Second Generation: Segmented Assimilation and Its Variants”, in *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 1993, Vol. 530, N° 1, pp. 74-96.

⁸ Cfr. David Fitzgerald, “The Sociology of International Migration”, in Caroline B. Brettel y James J. Hollifield (Eds.), *Migration Theory: Talking across discipline*, New York, Routledge, 2015, pp. 115-147.

⁹ Hay diversas posturas para comprender la dinámica de los inmigrantes en los lugares de establecimiento, Fitzgerald distingue cinco perspectivas: Selectividad; Asimilación Clásica; Asimilación Segmentada; Transnacionalismo y; Dissimilación.

¹⁰ Cfr. J. Nevins, *Operation Gatekeeper: The rise of the “illegal alien” and the remaking of the US-Mexico boundary*, London, Routledge, 2001.

a través de un proceso de doble vía que se sustenta en la formación de estrategias y de modalidades diferenciadas que han sido “desarrolladas por los inmigrantes mismos y por los Estados tanto de origen como de destino”¹¹, recuperando la dialéctica de ambos procesos. Este concepto de integración como proceso “bi-direccional” será utilizado en el ámbito de lo jurídico y, que dicho sea de paso, es una postura que se ubica en los terrenos de la sociología del derecho, la cual es una nueva forma de interpretar y comprender el proceso de integración de los inmigrantes en el Estado receptor. Bajo este contexto, se brindará una pincelada de la integración de los inmigrantes desde sus diversos ámbitos tales como el económico, político, social y cultural, para dejar en último lugar el tema de la integración jurídica.

III. INTEGRACIÓN ECONÓMICA

En las últimas décadas se han producido estudios especializados sobre los diversos niveles y modos de incorporación de los inmigrantes en la sociedad receptora. De hecho, “las migraciones han dado lugar a una inmensa pluralidad de temas, uno de los que han dominado incluso hasta la actualidad la agenda de investigación es el referido a las maneras en que los inmigrantes se integran en la sociedad de destino”¹², los cuales han sido analizados por distintos ángulos que van desde la integración económica, la cultural, la social hasta la política.

¹¹ Cfr. Rafael Alarcón, Luis Escala Rabadány Olga Odgers Ortiz, *Mudando el hogar al norte. Trayectorias de integración de los inmigrantes mexicanos en Los Ángeles*, Tijuana, El Colegio de la Frontera Norte, 2012, pp. 48.

¹² Luciana Gandini, *¿Escapando de la crisis? Un estudio comparativo de trayectorias laborales de migrantes argentinos en la Ciudad de México y Madrid*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2015, p. 35.

En el caso de la integración económica de los inmigrantes en el lugar de establecimiento se aborda la problemática que enfrentan “los migrantes de países del sur [...] para el logro de la integración socioeconómica en las economías industrializadas”¹³. La llegada de inmigrantes a las economías industrializadas es un tópico que ha sido analizado por diversos investigadores, a fin de comprender el proceso de integración económica desde diversas ópticas que versan sobre los inmigrantes y su inserción laboral, la igualdad de los salarios en los centros de trabajo, el auto empleo, el surgimiento de economías étnicas, de inversiones en bienes inmuebles, entre muchas otras variables¹⁴.

Estas ópticas de estudio esbozan de manera muy ilustrativa las propuestas teóricas más abordadas en las investigaciones sobre la integración económica, mismas que van desde el abordaje de la perspectiva del *homo economicus* (en donde los inmigrantes evolucionan de individuos a grupos con vínculos fuertes en el mercado laboral), pasando por la propuesta teórica neoclásica del desplazamiento, la perspectiva del mercado de trabajo segmentado, la teoría de la sucesión laboral, la perspectiva de la integración laboral de los inmigrantes, hasta la propuesta del enfoque de la integración económica, la cual se llega a interpretar a través de tres variables de análisis: 1) inserción en el mercado de trabajo; 2) formación de negocios en Estados Unidos y México; y 3) la propiedad de bienes inmuebles en los dos países¹⁵.

¹³ Luciana Gandini, *¿Escapando de la crisis?... cit.* p. 35.

¹⁴ Rafael Alarcón, Luis Escala Rabadány Olga Odgers Ortiz, *Mudando el hogar al norte... cit.* p. 49.

¹⁵ Rafael Alarcón, Luis Escala Rabadány Olga Odgers Ortiz, *Mudando el hogar al norte... cit.* pp. 50 y ss.

IV. INTEGRACIÓN SOCIAL

Las investigaciones de la integración social se han desarrollado bajo el paradigma de la asimilación o el multiculturalismo. Samuel Huntington analizó el grado en que los hispanos se asimilan a la sociedad norteamericana, estudiando el caso de la migración mexicana, la cual se caracteriza por los siguiente aspectos: 1) la migración de mexicanos hacia Estados Unidos se establece de forma muy sencilla ya que los inmigrantes sólo tienen que cruzar la frontera y como mucho un río, facilidad que se establece a partir de las vías de comunicación y transporte entre las dos naciones, lo que permite generar vínculos transnacionales entre ambos lugares; 2) “los inmigrantes mexicanos están concentrados en el suroeste de los Estados Unidos y forman parte de una sociedad mexicana contigua que se extiende desde Yucatán a Nevada¹⁶”; 3) los inmigrantes mexicanos se resisten a la asimilación manteniendo su propia identidad y; 4) la migración tiene sus antecedentes en el Tratado de Guadalupe, en base al cual la parte norte de México fue anexada a los Estados Unidos, lo que significó que históricamente exista presencia de mexicanos en Estados Unidos.

Posteriormente, Huntington escribió en su libro *¿Quiénes somos?* un capítulo sobre “El desafío hispano” donde señaló que la migración mexicana amenazaba a los Estados Unidos, argumentando que dicha migración podría acabar con la cultura dominante, identificada en su mayoría como una sociedad de personas “anglo-protestantes” y de tez blanca. Puntualizó que la migración de mexicanos hacia Estados Unidos difiere totalmente de las experiencias de flujos migratorios de principios del siglo XX y de

¹⁶ Samuel Huntington, *El choque de civilizaciones y la reconfiguración del orden mundial*, Buenos Aires, Paidós, 2001, p. 198.

los actuales, debido a la combinación de seis factores: 1) Contigüidad; 2) Número; 3) Ilegalidad; 4) Concentración regional; 5) Persistencia; y 6) Presencia histórica. Factores que indican que los inmigrantes mexicanos no se integraban socialmente al lugar de establecimiento, sobre todo, cuando se analizaban las variantes del dominio del idioma, la escolaridad, el estado migratorio, los usos de servicios públicos y la presencia de redes sociales¹⁷.

Esta generalidad de la migración mexicana ha sido puesta en duda, sobre todo, cuando el proceso de integración se concibe como una multiplicidad de estrategias que derivan en resultados exitosos, tal como lo indican factores referentes al estado migratorio y a los períodos de residencia en los Estados Unidos. Este es el caso de los mexicanos residentes en Los Angeles, los cuales sin importar su estado migratorio, prefieren como hogar, el lugar de establecimiento sobre su país de origen, básicamente, porque rechazan el sistema político mexicano y la ola de violencia que azota al país¹⁸. No obstante, frente a la nueva realidad que viven los inmigrantes en Estados Unidos y con la efervescencia del cambio de gobierno que se vive en México, con la llegada de Andes Manuel López Obrador a la Presidencia de México, estos inmigrantes mexicanos en Los Angeles manifestarían alguna esperanza de retornar a su lugar de origen o seguirían fundamentado el lugar de establecimiento como su hogar.

V. INTEGRACIÓN CULTURAL

Los estudios de la integración cultural analizan el problema que surge cuando los recién llegados ponen en riesgo la identidad de la sociedad dominante. Como se abordó en párrafos anteriores, Huntington argu-

¹⁷ Cfr. Samuel Huntington, "El desafío hispano", en *Letras libres*, Vol. 6, N° 64, 2004, pp. 12-23.

¹⁸ Cfr. Rafael Alarcón, Luis Escala Rabadány Olga Odgers Ortiz, *Mudando el hogar al norte... op. cit.*

mentaba que los migrantes mexicanos no se asimilan a la sociedad estadounidense debido a la cultura que tienen, por el contrario, la identidad de los migrantes mexicanos y, muy especialmente los inmigrantes de origen indígena, fortalecen su etnicidad y la reconfiguran manteniendo vínculos estrechos entre los lugares de destino y los lugares de origen, como bien se ilustra con las características que conforman la comunalidad y la transpertenencia indígena¹⁹.

Kymlicka²⁰ proporcionó una nueva perspectiva dejando de lado el tema de integración y asimilación cultural, para dar cabida al reconocimiento de los derechos culturales y políticos de las minorías étnicas, buscando modificar y rediseñar las instituciones públicas del Estado. Incluso, algunos trabajos sobre integración cultural se refieren al análisis de cómo las políticas públicas deben generar igualdad social, prevenir la discriminación y la segregación social, a través del acomodo de las minorías étnicas en las instituciones públicas.

Mientras que Alarcón y et.al. propusieron analizar la integración cultural a la luz de los procesos y estrategias que desarrollan los inmigrantes en el lugar de llegada, a través de dos variantes: la que tiene que ver con la búsqueda del reconocimiento y, por el otro lado, la que tiene que ver con la búsqueda de la “asimilación mediante la disolución de las diferencias que obstaculizan la movilidad social [a través del análisis de los indicadores sobre la] identidad y el sentido de pertenencia, religión, segregación residencial y percepción de la alteridad”²¹, así como el uso del idioma y las trayectorias de vida.

¹⁹ Cfr. Saúl Ramírez Sánchez, *El sentido de transpertenencia de los mixes migrantes de Tlahuitoltepec, Oaxaca*, México, Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, 2010; “Los cargos comunitarios y la transpertenencia de los migrantes mixes de Oaxaca en Estados Unidos”, en *Migraciones internacionales*, 2006, Vol. 3, N° 3, 2006, pp. 31-53.

²⁰ Cfr. Will Kymlicka, *Ciudadanía multicultural... op. cit.*

²¹ Rafael Alarcón, Luis Escala Rabadány Olga Odgers Ortiz, *Mudando el hogar al norte... cit.* p. 64.

VI. INTEGRACIÓN POLÍTICA

La integración política se ha analizado a la luz de la problemática que tiene que ver, por un lado, con la condición política de los inmigrantes y, por el otro lado, con el papel que juega el Estado, tanto en los lugares de destino como de los lugares de origen. Pasando por las reflexiones sobre el tema de soberanía, la noción de ciudadanía como membresía a la comunidad política, así como por el reconocimiento de los derechos civiles, políticos, económicos y culturales de los inmigrantes²².

Zolberg mencionaba que la migración internacional es un fenómeno social que implica no sólo la movilidad de un lugar a otro, sino que deriva de la especificidad de la organización del mundo en un conglomerado de Estados soberanos mutuamente excluyentes. Este sistema de Estados denominado *Westfaliano* comprende a la migración como la transferencia de una persona de un lugar a otro, es decir, de la jurisdicción de un Estado a la de otro y el eventual cambio de pertenencia y de reconfiguración identitaria de una comunidad política a otra, la cual puede ser incluyente aunque generalmente es excluyente, discriminatoria y xenófoba²³. En este tenor, la integración de los inmigrantes es un proceso inherentemente político, y las políticas pertinentes abarcan no sólo la regulación del movimiento hacia afuera y hacia adentro (cruce de fronteras estatales), sino también de las reglas que rigen la adquisición, el mantenimiento, la pérdida o la renuncia voluntaria a la afiliación o membresía en todos sus aspectos políticos, sociales, económicos y culturales.

²² Cfr. Will Kymlicka, *La política vernácula. op. cit.*; Francisco Ibarra Palafox, *Minorías etnoculturales... op. cit.*

²³ Cfr. Aristide Zolberg, *A Nation by Design: Immigration Policy in the Fashioning of America*, Harvard University, 2006, p. 11.

Las acciones públicas de integración política dirigidas a los inmigrantes dan la oportunidad o las restricciones para obtener la naturalización en un Estado, de lograr una ciudadanía dual o una ciudadanía supranacional. Acciones que llevan en el fondo a la discusión y al debate sobre la problemática propuesta por las “teorías de la erosión” y de la expansión de la soberanía de los Estados, como la entidad encargada de otorgar ciudadanía²⁴, es decir, en el fondo de esta idea está el debate que se tiene sobre el sistema soberano de Estado, el cual puede ser clasificado como: *Westfaliano*, *Post-Westfaliano* o *Neo-Westfaliano*²⁵.

Otras propuestas sobre la integración política de los inmigrantes han estudiado el tema electoral, específicamente lo relacionado con el sufragio, tanto en la sociedad receptora como en el lugar de origen. De la misma manera, también se han realizado investigaciones con las temáticas que tienen que ver con los niveles de naturalización de los inmigrantes en los lugares de destino, así como su participación política en manifestaciones o movilizaciones de reconocimiento de derechos, con la percepción y la participación política en ambos lugares.

En resumen, esta fotografía descrita de manera general, da vista de las principales temáticas de estudios sobre los diversos ámbitos de integración de los inmigrantes a la sociedad receptora. A continuación se abordará el tema de la integración jurídica, a la luz de la sociología del derecho, lo que conlleva cuestionarnos ¿cuál es el análisis que realiza esta disciplina respecto al tema de la integración? ¿cómo se concibe el problema de la integración de los inmigrantes en la dimensión socioju-

²⁴ Cfr. Thomas Faist, “Migración y teorías de la ciudadanía”, en Pablo Mateos (Ed.), *Ciudadanía múltiple y migración: perspectivas latinoamericanas*, México, CIDE / CIESAS, 2015, p.35.

²⁵ Cfr. David Abraham, “Law and Migration: Many constants, few changes”, en Caroline B. Brettel y James J. Hollifield (Eds.), *Migration Theory: Talking across discipline*, New York, Routledge, 2015, p. 299.

rídica? ¿cuál es la diferencia de la integración en general respecto a la integración jurídica de los inmigrantes? ¿porqué estudiar la integración jurídica de los inmigrantes y, en especial, la de los inmigrantes indígenas mexicanos en la sociedad receptora?

VII. LA INTEGRACIÓN JURÍDICA. UNA PROPUESTA

Antes de definir la noción de integración jurídica es importante aclarar que esta idea no plantea si está a favor o en contra de la asimilación o del multiculturalismo²⁶, al contrario, lo único que se demanda es que los inmigrantes indígenas sean tratados equitativamente, en igualdad de derechos y oportunidades, por lo que se requiere que el Estado se comprometa a salvaguardar los derechos de las personas y a establecer las políticas jurídicas encaminadas a que los inmigrantes tengan acceso a la justicia, lo que daría como resultado un marco de instituciones justas en una era de recesiones y restricciones²⁷.

Esta perspectiva habrá que ubicarla en los terrenos de la sociología del derecho, ciencia que en nuestro país es relativamente joven a la luz de los productos colectivos que se han desarrollado, dejando de lado los intereses académicos individuales que siempre han existido. Mientras que, a partir de los años noventa hubo un resurgimiento de los estudios

²⁶ Cfr. Silvia Pedraza, "Assimilation or Transnationalism? Conceptual Models of the Immigrant Experience", in Ram Mahalingam, Ed., *The Cultural Psychology of Immigrants*, Mahwah, NJ, Lawrence Erlbaum, 2006; Christian Joppke y Ewa Morawska (Eds.), *Toward Assimilation and Citizenship: Immigrants in Liberal Nation-States. Migration, Minorities and Citizenship*, London, Palgrave Macmillan, 2014; Ugur Gulay Goksel, *Integration of Immigrants and the Theory of Recognition*, Estambul, Palgrave, Macmillan, 2018.

²⁷ Cfr. David L. Leal, Nestor P. Rodríguez y Gary P. Freeman, "Introduction: The New Era of Restriction", en *Migration in an Era of Restriction and Recession*, Springer, Cham, 2016, pp. 1-23.

de la sociología del derecho²⁸ en Estados Unidos, Canadá e Inglaterra, los cuales ponían atención especial a las investigaciones sobre políticas públicas jurídicas, así como en la cultura jurídica, la legislación, la legitimidad, la profesión jurídica y la judicialización, incluyendo los estudios comparativos y los trabajos históricos y culturales.

Así pues, el tema de la integración jurídica de los inmigrantes indígenas a la luz de la sociología del derecho se debe comprender como un proceso “bidireccional”. Teniendo, por un lado, a los inmigrantes que se incorporan a la sociedad de llegada y, por el otro lado, al Estado de recepción y a la misma sociedad estableciendo medidas para integrar a los inmigrantes. En esta noción existe un cambio de paradigma debido a que la responsabilidad de incorporación a la sociedad de establecimiento no solamente recae en el inmigrante sino en la sociedad misma y sus instituciones.

Este cambio de paradigma, de un proceso unidireccional a un proceso bidireccional, es muy importante, debido a que esta postura rompe con la idea de la asimilación y el multiculturalismo, pues la integración ya no sería responsabilidad solamente del inmigrante, ni sería una cuestión natural y, mucho menos, evolutiva, sino todo lo contrario, el proceso de integración no sería el fin sino el medio para lograr la inclusión en el lugar de establecimiento.

²⁸ Esta disciplina estudia el derecho en cuanto a la modalidad de la “acción social”, esto significa que es una herramienta científica que ve al derecho como un producto social, de luchas, de acuerdos, de política. La relevancia de la perspectiva radica en encontrar al derecho en el estudio de la sociedad con campos en disputas en esa realidad social donde hay intereses, políticos, partidos, excluidos e incluidos, procesos de dominación excluyente y muchas veces injustas o justas. Cfr. Vincenzo Ferrari, *Derecho y Sociedad. Elementos de Sociología del Derecho*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, Trad. Santiago Perea Latorre, 2004; “Cincuenta años de Sociología del Derecho. Un balance”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Año XLIII, N° 129, 2010, pp. 1459-1571; *Primera Lección de Sociología del Derecho*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Trad. Héctor Fix-Fierro, 2015.

Esta visión de integración de los inmigrantes indígenas en el ámbito jurídico tiene como principio reconocerlos como sujetos de derecho, quienes cuentan con voluntades libres de incorporación a la sociedad receptora, por lo que no existe un mandato para que los inmigrantes adopten la cultura dominante en la sociedad receptora en términos de la asimilación o el multiculturalismo. Al contrario, lo importante es comprender a la integración jurídica²⁹ como el derecho a tener derechos, lo que se traduciría en la exigibilidad de sus derechos y en la inclusión de los inmigrantes a la sociedad receptora en términos de un trato igualitario y de respeto. Como dice De Lucas³⁰, “lo contrario de exclusión es integración. Pero ese es un término vago, salvo que lo concretemos: integración es igualdad. Lo que sucede es que no hay igualdad si nos limitamos a la lucha contra la discriminación y olvidamos la inclusión, que es reconocimiento como sujetos, respeto y participación”.

²⁹ Solé y compañía propusieron tres modelos de integración jurídica: 1) *modelo de inclusión/exclusión social*, que considera la inmigración como un hecho temporal y concede derechos civiles y sociales a inmigrantes pero les niega la ciudadanía; 2) *modelo de integración jurídica* se refiere a la naturalización, la cual considera una inmigración definitiva; y 3) *modelo de integración* es el de ciudadanía, la cual favorece la integración jurídica. Estos modelos muestran que los inmigrantes en la sociedad receptora buscan la ciudadanía, a fin de que pueda existir una integración jurídica por parte de los inmigrantes, lo que significa en el fondo una correlación inherente entre el reconocimiento jurídico de los inmigrantes con la noción política de ciudadanía, donde la fusión de lo jurídico-político traerá como resultado la integración jurídica de los inmigrantes en la sociedad receptora. Estos escenarios tienen sus limitantes y una es que la integración jurídica se pone bajo la responsabilidad de los inmigrantes. Asimismo, la propuesta da por sentado que la integración jurídica de los inmigrantes se da automáticamente con la obtención de la ciudadanía, sin embargo, este es un trámite administrativo que no garantiza dicha integración ni que tenga un nivel máximo de incorporación al lugar de establecimiento, quizá pueda haber un inmigrante que tenga una mayor integración jurídica sin haber obtenido la ciudadanía. Cfr. C. Solé *et al.*, “El concepto de integración... cit. p. 27.

³⁰ Javier De Lucas, Javier, “Inmigrantes. Del estado de excepción al Estado de derecho”, en *Oñati Socio-Legal Series*, Vol. 1, N° 3, 2011, p. 9.

La definición de integración jurídica que se utilizará para comprender la incorporación de los inmigrantes indígenas tiene que ver con las modalidades y acciones que realizan estos sujetos para pertenecer a la sociedad receptora. Esto significa comprender la integración jurídica no como un estadio a alcanzar sino como un proceso en dos direcciones: 1) la que reconoce a los “inmigrantes” y a sus descendientes como sujetos de derecho que se van incorporando al lugar de destino a través de diversas modalidades o estrategias que se negocian y se establecen en la arena pública para integrarse, la cual forma parte de su cultura jurídica; y 2) la que se refiere a la obligatoriedad del “Estado” para diseñar e implementar políticas jurídicas como una forma de acceder a la justicia, para acomodar a los inmigrantes en la sociedad receptora, incluso desde el lugar de origen, a fin de establecer acciones públicas que busquen lograr la inclusión, la igualdad y la no discriminación de estos sujetos de derecho público.

Esta definición fija una postura que en el fondo está conminando a una corresponsabilidad entre los propios sujetos que se movilizan como las autoridades del Estado de expulsión y de recepción. Y si fuéramos más allá de lo nacional, esta perspectiva tendría que incluir a los organismos supranacionales, a fin de salvaguardar los derechos y la integración jurídica de los inmigrantes tanto regulares como irregulares. Esta noción de integración jurídica será complementada por dos unidades de análisis que nos ayudará a comprender y a explicar los niveles de incorporación de los inmigrantes indígenas a la sociedad receptora: “la cultura jurídica y el acceso a la justicia como política jurídica”.

La cultura jurídica es un concepto paraguas que ayudará a analizar y comprender a los inmigrantes indígenas en la sociedad receptora independientemente de su estado migratorio, la cual hay que concebirla como un factor que modula el funcionamiento institucional de la inte-

gración jurídica. Mientras que el acceso a la justicia como política jurídica será la unidad de análisis que nos permitirá explicar el segundo camino de la definición de la integración jurídica, es decir, el punto de vista del rol que juega el Estado, en este caso el gobierno de California, en el diseño e implementación de políticas de acceso a la justicia para el pleno ejercicio de derechos de estos inmigrantes.

Bajo este contexto, la pregunta que deberíamos formularnos es ¿en qué medida la cultura jurídica y el acceso a la justicia como política jurídica contribuyen a explicar los niveles de incorporación de los inmigrantes indígenas mexicanos a la sociedad estadounidense del Condado de San Diego, California?, es decir, ¿cuáles son los niveles de integración jurídica de los inmigrantes indígenas mexicanos establecidos en el Condado de San Diego, independientemente, de su estado migratorio? Con estas cuestiones estamos dando por sentado que existe una integración jurídica por parte de los inmigrantes a la sociedad receptora, lo que significa que existen actitudes, conocimientos y comportamientos de los inmigrantes indígenas sobre el derecho que les permite integrarse a la sociedad receptora por lo que implementan diversas estrategias y modalidades para tener derecho a obtener derechos en el lugar de establecimiento, aunado a la corresponsabilidad del Estado para garantizar el acceso a la justicia a través de las políticas jurídicas diseñadas e implementadas a los inmigrantes, independientemente de su estado migratorio.

Uno de los principios que forma parte de la cultura jurídica y que lo refrenda el Poder Judicial del Estado de California en Estados Unidos, es el respeto que deben de tener todas sus Cortes para todos los individuos, sin importar el idioma que hablen las personas ni tampoco el lugar dónde nacieron. Este principio es relevante para la propuesta de integración jurídica, pues denota en el fondo una cultura jurídica que

tiene como principio la inclusión y el acceso a la justicia, lo que significa que sin importar el estado migratorio de los inmigrantes indígenas, éstos tienen derecho a ser respetados y a recibir un trato igualitario. En este marco, para la justicia californiana no debería importar si los inmigrantes tienen un estado migratorio regular o irregular.

VIII. LA CULTURA JURÍDICA COMO PARTE DE LA INTEGRACIÓN JURÍDICA

Los estudios de la integración jurídica, desde la óptica de la sociología jurídica, han abordado el tema de la cultura jurídica en sus diversos aspectos. Uno de ellos es el relacionado con el tema de la globalización, misma que explica, por un lado, las transacciones comerciales internacionales y, por el otro, el desarrollo y trabajo de los despachos internacionales de abogados³¹.

Gessner advierte que la “integración jurídica cultural” es una consecuencia de la “integración jurídico estructural”. Esta idea la desarrolla a la luz del derecho comunitario de Europa, donde se están unificando

³¹ La primera línea de trabajo se refiere a las transacciones comerciales internacionales en donde existe un sistema de normas autónomas, regulaciones no jurídicas, creadas por las asociaciones comerciales, bancarias y las instituciones supranacionales, denominada frecuentemente como *Lex Mercatoria*. El ejemplo empírico más conocido es el de Gessner, quien explicó la regulación autónoma que tienen los judíos sobre el comercio mundial de diamantes en bruto. Asimismo, señala que para entender la cultura jurídica es pertinente conocer el desempeño de los despachos internacionales de abogados, los cuales tienen un papel importante en el proceso de surgimiento del derecho global, en términos de que llegan a ser instituciones con órdenes normativos informales que regulan el cumplimiento contractual de manera muy eficiente y con muy alto nivel de eficiencia y eficacia, siendo un claro ejemplo la conformación de clanes familiares chinos y la implementación de la relación *guanxi*. Cfi: Volkmar Gessner, *El otro derecho comparado. Ensayos sobre cultura y seguridad jurídicas en la era de la globalización*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Trad. y Ed. Héctor Fix-Fierro, 2013, pp. 80-83.

los sistemas jurídicos de los países miembros. De hecho, menciona que la integración jurídica es la principal preocupación de la Comisión de la Comunidad Europea, la cual se ha convertido también en un tema central de la ciencia jurídica³². Esto significa que la integración jurídica va más allá de lo formal o institucional, pues concibe a la cultura jurídica como un concepto de prácticas jurídicas no formales, patrones de interpretación (valores y actitudes) y rutinas de comportamiento en relación con el derecho, así como con las instituciones sociales informales que forman parte del proceso de implementación jurídica. Esta definición de cultura jurídica se enfoca a las prácticas jurídicas no formales como las que pudieran experimentar los inmigrantes indígenas en la sociedad receptora, es decir, los inmigrantes se conducen de acuerdo a la ley, la conocen, siendo las prácticas jurídicas en la que se conducen formales o informales.

Otra propuesta sugiere entender la integración jurídica a la luz de la cultura jurídica. Merryman desagrega este término en dos tipos de cultura jurídica: una externa y otra interna. La primera se refiere al conjunto de “actitudes culturales, firmemente arraigadas y sostenidas, que determinan la manera de en que los actores externos (*outsiders*) -aquellas personas que no desempeñan ningún rol de forma regular en el sistema jurídico- perciben y definen el sistema jurídico y esperan que sea utilizado o no lo sea”³³. Mientras que la cultura jurídica interna es concebida como las “actitudes dentro del sistema jurídico, es decir, las actitudes de los actores (*insiders*) internos, también profundamente arraigadas y firme-

³² Volkmar Gessner, *El otro derecho comparado... cit.* pp. 31 y ss.

³³ John Henry Merryman, “Memoria de SLADE”, en Héctor Fix-Fierro, Lawrence M. Friedman y Rogelio Pérez Perdomo (Eds.), *Culturas Jurídicas Latinas de Europa y América en tiempos de Globalización*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2003, p. 762.

mente sostenidas”³⁴.

Lawrence Friedman sigue esta corriente de pensamiento y define la cultura jurídica externa de acuerdo al nivel de conocimientos de los individuos sobre el derecho, tomando en cuenta sus patrones y actitudes de comportamiento respecto a lo jurídico³⁵. Bajo esta tesis, Meneses retomó la definición para desagregarla en dos áreas de estudio: 1) los estudios sobre cultura jurídica de los individuos y; 2) los estudios que se refieren a los trabajos sobre conciencia jurídica. Ambos tipos de estudios sociojurídicos se localizan en los terrenos del debate de la cultura jurídica externa³⁶.

Estas investigaciones se caracterizan por su aproximación cultural, las cuales se realizan con material estadístico; entrevistas estructuradas o cerradas; se enfocan a las opiniones de los individuos comunes respecto al derecho y al sistema jurídico; estructuran los resultados regularmente en tablas estadísticas o bases de datos correlacionados; analizan los resultados a la luz de consideraciones generales y abstractas; y concluyen “sus análisis en términos sociales orgánicos”³⁷. Mientras que los estudios sobre conciencia jurídica se refieren a las investigaciones que se realizan en base a trabajo de campo, investigaciones empíricas que aplican enfoques cualitativos; que se centran en los servicios legales y los derechos específicos de los individuos; utilizan en sus análisis niveles agregados como indicadores generales; y presentan las consideraciones finales con apego

³⁴ John Henry Merryman, “Memoria de SLADE... *op.cit.*”

³⁵ Lawrence M. Friedman, *The legal system: A social science perspective*, Russell Sage Foundation, 1975, p. 223 y ss.

³⁶ Rodrigo Meneses, “Del acceso a la justicia a la cultura jurídica externa. Una transición teórico-metodológica”, en J. Antonio Caballero Juárez, Hugo A. Concha Cantú, Héctor Fix-Fierro y Francisco Ibarra Palafox, *Sociología del Derecho. Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados. Regulación, Cultura Jurídica, Multiculturalismo, Pluralismo Jurídico y Derechos Humanos*, Vol. II, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2010, p. 129.

³⁷ Rodrigo Meneses, “Del acceso a la justicia a la cultura jurídica... *cit.* p. 130.

a los hallazgos sociales encontrados³⁸.

En cambio, Nelken apuesta por una definición más amplia de la cultura jurídica, definiéndola como una “forma de describir algunos patrones, relativamente estables, de conductas y actitudes sociales jurídicamente orientadas”³⁹. Este investigador busca diferenciar en los diversos estudios de la cultura jurídica dos cuestiones: 1) como explicación y, 2) como algo que está siendo explicado⁴⁰. La primera se refiere, por un lado, a la decisión de utilizar el derecho como un factor que conforma el sistema jurídico (estudios sobre conciencia jurídica), y, por el otro, a la influencia ejercida por la cultura jurídica, por ejemplo: un patrón específico de actitudes, usos y discursos sobre el derecho. Mientras que de los trabajos ‘relacionados a algo que necesita ser explicado’ se desprenden dos opciones: la primera opción se refiere a las posturas que tienden a explicar la conciencia jurídica, el por qué las personas deciden utilizar o no el derecho y, la segunda, busca explicar por qué las unidades específicas de cultura jurídica tienen diferentes patrones.

En este contexto, la propuesta para analizar la integración jurídica se ubica en los terrenos de la cultura externa como explicación que modula el funcionamiento institucional a través del ejercicio de los derechos y del acceso a la justicia como política jurídica. No obstante, esta comprensión debe tomar en cuenta que los inmigrantes indígenas mexicanos asentados en la sociedad estadounidense transitan, al menos, en tres diferentes culturas jurídicas: la estadounidense, la mexicana⁴¹ y la indígena.

³⁸ Rodrigo Meneses, “Del acceso a la justicia a la cultura jurídica... *cit.* p. 131.

³⁹ David Nelken, “Repensando el concepto de cultura jurídica”, J. Antonio Caballero Juárez, Hugo A. Concha Cantú, Héctor Fix-Fierro y Francisco Ibarra Palafox, *Sociología del Derecho. Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados. Regulación, Cultura Jurídica, Multiculturalismo, Pluralismo Jurídico y Derechos Humanos*, Vol. II, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2010, p. 143.

⁴⁰ David Nelken, “Repensando el concepto de cultura jurídica... *cit.* p. 163.

⁴¹ La cultura jurídica estadounidense forma parte de su sistema jurídico, la cual tiene dos características en términos formales y estructurales, estos es, la revisión judicial y

Esta última, se caracteriza por tener un derecho indígena sustentado en la oralidad, con una estructura basada en el sistema de cargos cívico-religioso, un sistema normativo que busca solucionar conflictos, procurar e impartir justicia cuyo fin último es el bien común o el buen vivir, es decir,

el federalismo. La revisión judicial es un “elemento estructural que responde a la conciencia que los estadounidenses tienen de sus derechos, al individualismo, al miedo a la concentración del poder, a la desconfianza a la centralización y a la tradición estadounidense de un gobierno disperso y fragmentado”, lo que significa que los individuos o los grupos podrán exigir justicia. El federalismo estadounidense se concibe como una república federal formada por cincuenta estados, cada uno con sus respectivos sistemas jurídicos que coexisten con el sistema jurídico nacional, además de Puerto Rico (con un sistema jurídico de derecho continental), las Islas Vírgenes, Guam y los sistemas jurídicos de las tribus nativas estadounidenses. En suma, tanto la revisión judicial como el federalismo se encuentran tan arraigados que conforman parte de la cultura jurídica estadounidense. La cultura jurídica mexicana se caracteriza por pertenecer al sistema jurídico del derecho continental o *civil law*, el cual tiene gran influencia del derecho romano. En esta tradición jurídica, los jueces solo interpretan las leyes, ya que las normas se encuentran codificadas y los jueces no tienen facultades para sumar o restar al derecho, dado que se encuentra estipulado en las leyes, a diferencia del derecho estadounidense donde el derecho es creado por los jueces, que son abogados practicantes y políticamente activos. En tanto que los jueces del derecho continental son servidores públicos y su sistema carece de jurado. México ha sufrido cambios en su infraestructura jurídica en las últimas cuatro décadas, pasando de un sistema tradicional a uno más moderno y racional. Estos cambios jurídicos se debieron a las transformaciones en la política económica del país, en la efectividad de la aplicación de la ley, en la creación de un marco institucional nuevo y a un sistema jurídico más abierto al derecho internacional, estableciéndose así una nueva cultura jurídica con una “creciente conciencia sobre los derechos fundamentales, pero también un desconocimiento generalizado de la Constitución y otras leyes importantes; [así como por] la existencia de un alto grado de desconfianza hacia las instituciones y los profesionales del derecho”. Estas distinciones de la cultura jurídica estadounidense y la mexicana son muy generales, sin embargo, nos brindan indicios de una cultura jurídica mexicana basada en el formalismo, mientras que la cultura jurídica estadounidense se sustenta en su pragmatismo estadounidense. Cfr. Sergio López-Ayllón y Héctor Fix-Fierro, “¡Tan cerca, Tan Lejos! Estado de derecho y cambio jurídico en México”, en Héctor Fix-Fierro, Lawrence M. Friedman y Rogelio Pérez Perdomo (Editores), *Culturas jurídicas latinas de Europa y América en tiempos de globalización*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2003, pp. 503-604; Héctor Fix-Fierro Sergio López-Ayllón, “Comunicación entre culturas jurídicas: los paneles binacionales del Capítulo XIX del TLCAN”, en *Revista de Derecho Privado*, 1997, Vol. 8, N° 23, pp. 19-62.

un sistema sustentado en principios axiológicos y jurídicos, de lo que es y debe ser. Si bien es cierto que es difícil diferenciar en las comunidades indígenas las esferas de lo político, lo religioso o lo cultural⁴², también es cierto que sus principios de comunalidad muestran un complejo engranaje del sistema comunitario en el que se desarrollan y en el que han sobrevivido, durante muchos siglos, en sus tierras y territorios que cada vez son más reducidos y más anhelados para la ejecución de megaproyectos.

La cultura jurídica indígena sigue basándose en la asamblea comunitaria como la institución y el espacio público en donde se dirimen los asuntos de la comunidad y se toman decisiones, legitimadas y validas por la mayoría⁴³. Estos conocimientos, actitudes y comportamientos que tienen los indígenas, al llegar a la sociedad del Condado de San Diego, se reconfiguran, lo que significaría explicar las diferencias y similitudes de las culturas jurídicas por donde transitan estos inmigrantes, es por ello, que se eligió como una unidad de análisis a la cultura jurídica, la cual ayudará a comprender y explicar la integración jurídica de estos inmigrantes indígenas a la sociedad estadounidense. Estos indígenas inmigrantes comparten una conciencia jurídica que se basa en la auto-identificación

⁴² Cfr. Héctor Fix-Fierro y Jacqueline Martínez Uriarte, “Chiapas: El escenario de una rebelión”, *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, Núm. 84, 1994, pp- 165-179.

⁴³ De hecho, el parteaguas a nivel internacional que marcó la cultura jurídica de los pueblos indígenas fue la movilización de representantes indígenas que hubo ante la sede de la Organización de las Naciones Unidas en Ginebra en 1977, dando cabida a la creación de mesas de trabajo, de organismos supranacionales y tratados para la salvaguarda de sus derechos. Mientras que a nivel nacional, los acontecimientos que marcaron un nuevo rumbo de la cultura jurídica indígena fueron las reformas constitucionales de 1992 y 2001, así como el surgimiento del Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN) en 1994, acontecimientos que pusieron sobre la mesa de la agenda nacional el tema del respeto a la libre-determinación y a la autonomía, así como el pleno reconocimiento de sus derechos colectivos. Cfr. Saúl Ramírez Sánchez y José E. Victoria Saavedra, “La Constitución ante el derecho internacional indígena. Tarea pendiente del Estado mexicano”, en *Alegatos*, 2017, Vol. 31, N° 97, pp. 641-656.

como pertenecientes a un pueblo indígena migrante que reproduce y practica la autonomía en el extranjero. Una autonomía que se constituyó en mucho, por las asociaciones y las organizaciones étnicas y panétnicas desarrolladas en la comunidad indígena del lugar de establecimiento, lo que ha llegado a generar un activismo político y una autodefensa a las violaciones jurídicas, sociales, económicas y políticas⁴⁴.

IX. ACCESO A LA JUSTICIA COMO POLÍTICA JURÍDICA

El acceso a la justicia como política jurídica es una forma de comprender la integración jurídica de los inmigrantes indígenas, la cual hay que entenderla como el estudio que se enfoca a los individuos y menos a los productores del servicio de la administración de justicia. Esto significa identificar problemas de carácter estructural, económico o tecnológico, que tienen que ser resueltos en términos de efectividad y racionalidad. Dentro de esta perspectiva “de las políticas jurídicas, el acceso a la justicia se ha identificado como un problema derivado de la carencia o escasa disposición de recursos financieros frente a los altos costos que, tanto en tiempo como en dinero, representa el proceso legal”⁴⁵. Esta postura plantea que el acceso a la justicia como política jurídica es parte de un cambio jurídico, pero sobre todo, de un cambio social, el cual se apoya en el desarrollo económico y social, sustentado no solo en las instituciones sino en los actores sociales.

Con esta noción estamos pensando que los inmigrantes indígenas tienen derecho a demandar respeto sobre sus demás derechos humanos.

⁴⁴ Cfr. Carole Nagengast y Michael Kearney, “Mixtec Ethnicity: Social Identity, Political Consciousness, and Political Activism”, in *Latin American Research Review*, 1990, Vol. 25, N° 2, pp. 61-91.

⁴⁵ Rodrigo Meneses, “Del acceso a la justicia a la cultura jurídica... *cit.* p. 126.

En este tenor, el análisis sobre el acceso a la justicia como política jurídica se abordará a través del grado de protección o garantía que lleguen a tener estos sujetos de derecho a través de la implementación de políticas jurídicas o *policies* que se ejecuten en la sociedad receptora⁴⁶, de ahí que surge la siguiente cuestión: de acuerdo a su contenido y fuerza argumentativa ¿hasta qué punto estas políticas jurídicas de acceso a la justicia o *policies* permiten o inhiben la integración jurídica en los inmigrantes indígenas? Para analizar esta cuestión se retomarán las leyes que se han promulgado en el Estado de California para proteger a los inmigrantes, independientemente del estado migratorio en el que se encuentren, las cuáles entraron en vigor el 1º de enero del año 2018. Leyes que ahora forman parte del sistema legal de California y están consideradas como una respuesta frontal a la política federal de inmigración de Estados Unidos, la cual es considerada como anti-inmigrante, es decir, esta política de inmigración en la práctica y ejecución, es sumamente restrictiva y discriminatoria. Por tanto, estas nuevas leyes promulgadas en el Estado de

⁴⁸ Por ejemplo, en el año 2012 las autoridades educativas del Condado de Oxnard, California, resolvieron un conflicto de racismo y discriminación por el uso constante de los epítetos *oaxaquita e indito* que utilizaban los americanos o mexicanos para burlarse en la escuela de los inmigrantes indígenas mexicanos. Ante ello, la Junta Escolar de dicho Condado estableció unas *policies* en sus reglamentos quedando prohibido dichos epítetos en las escuelas, a fin de evitar el bullying y la discriminación hacia los hijos de inmigrantes indígenas asentados en ese Condado. Cfr. Gaspar Rivera-Salgado, “De asociaciones de oriundos a movimiento transnacional: La evolución de las asociaciones de migrantes oaxaqueños en California”, en Luis Escala Rabadán, *Asociaciones inmigrantes y fronteras internacionales*, México, Colegio de la Frontera Norte, Colegio de San Luis Potosí, 2016, pp. 161-192; Laura Velasco Ortiz, “Liderazgos indígenas y política étnica transnacional en el contexto de las migraciones mexicanas a Estados Unidos”, en Escala Rabadán, Luis, *Asociaciones inmigrantes y fronteras internacionales*, Tijuana, Colegio de la Frontera Norte, San Luis Potosí, Colegio de San Luis Potosí, 2016, pp. 131-159; Equipo de Cronistas Oaxacalifornianos (ECO), *Voces de jóvenes indígenas oaxaqueños en el Valle Central: Forjando nuestro sentido de pertenencia en California*, California, University of California, Center for Collaborative Research for an Equitable California Research Report, Number 1, 2013.

California que protegen los derechos de los inmigrantes han blindado al Estado, convirtiéndolo en un lugar “Santuario” para éstos⁴⁷.

En la política de inmigración estadounidense se pueden observar, por un lado, una política federal para la inmigración sustentada en el “dilema de seguridad”⁴⁸ y, por el otro lado, las *policies* para la convivencia con los inmigrantes en los estados y ciudades, las cuales pueden llegar a ser más restrictivas⁴⁹ en sus derechos o, al contrario, buscan implementar reglas

⁴⁹ Las leyes son: 1.- AB-291. Vivienda e inmigración. Contra amenazas de deportación a inquilinos; 2.- AB-299. Arrendadores no deberán pedir información migratoria de inquilinos; 3.- AB-21. Protección a estudiantes indocumentados; 4.- AB-343. Apoyo educativo a refugiados; 5.- AB-450. No redadas en centros de trabajo; 6.- AB-699. ICE fuera de las escuelas; 7.- SB-29. No más cárceles de ICE; 8.- SB-68. Ayuda financiera para más estudiantes; 9.- SB-156. Asistencia para la ciudadanía a inmigrantes en fuerzas armadas; 10.- SB-257. Cruzar la frontera para estudiar y; 11.- SB-54. Estado Santuario.

⁵⁰ El dilema de seguridad se basa en que la inmigración desenfrenada es una amenaza seria a la seguridad nacional, la cual puede darse de tres formas: 1) Amenaza a la actual forma de gobierno, es decir, los inmigrantes socavan la democracia constitucional; 2) Amenaza al bienestar social, se refiere a que la inmigración socava la confianza social y las redes de seguridad social; 3) Amenaza a los individuos, se piensan que los inmigrantes traen enfermedades infecciosas o proliferan los crímenes y delitos. Frente a este contexto el gobierno responde con un control completo y discrecional, a fin de proteger a sus ciudadanos de las amenazas externas, aunque este poder también se vuelve una amenaza hacia sus mismos ciudadanos. Cfr. José Jorge Mendoza, *The moral and political philosophy of immigration: Liberty, security, and equality*, California, Lexington Books, 2016.

⁵¹ Después del ataque al World Trade Center (1993) y a las Torres Gemelas (11 de septiembre de 2001), las políticas han sido alimentadas con actitudes anti-inmigrantes como fueron los casos de Florida, Arizona, Texas y California, donde se presentaron iniciativas que negaban los derechos sociales, de salud, educación y políticos a los inmigrantes (Proposición 187, SB1070, Proposición 200). También se han implementado programas, por un lado, de vigilancia fronteriza y, por el otro, programas operativos migratorios al interior de la Unión Americana. Los primeros tuvieron como objetivo disuadir la migración y controlar la frontera hacia México, tales como el programa Operation Hold the Line en la frontera de Juarez-El Paso, Operation Gatekeeper en el área de Tijuana-San Isidro, el programa de Río Grande Valley al sur de Texas y Nogales. Mientras que los programas hacia el interior del país se refieren a los operativos implementados a detener a inmigrantes irregulares o supuestamente criminales, como el Programa de Extranjeros Criminales, el Programa del Artículo 287 de la Ley de Inmigración y Nacionalidad, el Programa Nacional de Operaciones Fugitivas, el Programa de Comunidades Seguras, entre otros. Cfr. Doris Meissner *et al.*, *Immigration Enforcement in the United States: The rise of a formidable machinery*, Migration Policy Institute, Washington, D. C., 2013.

que salvaguarden sus derechos, independientemente del estado migratorio en el que se encuentran los extranjeros en las sociedad receptora. Cabe resaltar que estas políticas jurídicas como acceso a la justicia pondrán al descubierto e ilustrarán la vulnerabilidad que tienen los inmigrantes indígenas, sobre todo, los que mantienen un estado migratorio irregular.

El Estado mexicano no cuenta con políticas jurídicas de acceso a la justicia para atender y apoyar a los inmigrantes indígenas⁵⁰ asentados en Estados Unidos y Canadá, a pesar de que existe un mandato constitucional que salvaguarda los derechos de los indígenas migrantes tanto en el desplazamiento internacional como en la movilidad dentro del país, estipulado en la fracción VIII del Apartado B del Artículo 2º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Finalmente, con estas dos unidades de análisis se podrá explicar la integración jurídica a través de la construcción de un modelo que permita comprender los niveles de incorporación de los inmigrantes indígenas mexicanos a la sociedad estadounidense.

X. MODELO DE INTEGRACIÓN JURÍDICA

Las políticas jurídicas de acceso a la justicia en conjunto con la cultura jurídica de los inmigrantes indígenas conforman las dos unidades de análisis de la integración jurídica en el Estado receptor. En este contexto,

⁵² Existen algunos intentos de política jurídica que se han implementado, ejemplo de ello fue la denominada Plataforma Especial de Atención a Migrantes Indígenas (PEAMI), la cual se creó en 2010 por la Dirección General de Protección a Mexicanos en el Exterior y el Instituto de los Mexicanos en el Exterior y el Instituto Nacional de Lenguas Indígenas; a fin de establecer esquemas específicos para la atención y ayuda de la población mexicana indígena que reside en el exterior, particularmente en Estados Unidos y Canadá, conformándose un Directorio de Hablantes de Lenguas Indígenas Nacionales de Apoyo Consular para que colaborarán con los inmigrantes indígenas en las Cortes estadounidenses y/o en casos de emergencia consular.

partimos del supuesto de que los inmigrantes indígenas mexicanos del Condado de San Diego son más propensos a tener una integración jurídica cuando éstos tienen mayor cultura jurídica (es decir, mayores conocimientos, comportamientos y actitudes frente al derecho estadounidense de la sociedad receptora) y un mayor acceso a la justicia como política jurídica (es decir, cuando el Estado receptor establece *policies* para la convivencia de las personas en la sociedad receptora independientemente del estado migratorio de las personas).

Esto significa que cuando los inmigrantes tengan mayores niveles de cultura jurídica y de acceso a la justicia se podrá inferir que existe un alto grado de integración jurídica, independientemente del estado migratorio en el que se encuentren estos sujetos de derecho, estos es, una mayor aplicabilidad y exigibilidad del derecho a tener derechos reflejará una inclusión más justa para los individuos en la sociedad receptora. En el fondo se está cuestionando ¿qué modelo de sociedad debería establecerse en la sociedad estadounidense para que los inmigrantes indígenas mexicanos se incorporen plenamente a la vida del lugar de llegada? Aunque también habrá que preguntarse ¿si los inmigrantes indígenas mexicanos buscan incorporarse a la sociedad receptora o no? y para los que buscan pertenecer al lugar de establecimiento ¿cuál es el nivel de incorporación en el que se encuentran?

Ante ello, se propone un nuevo modelo de integración jurídica para comprender y explicar los diversos escenarios de incorporación de los inmigrantes indígenas mexicanos a la sociedad estadounidense, así como sus niveles y grados de incorporación a dicha sociedad, mismos que pueden variar con base en el menor o mayor nivel de su cultura jurídica y del acceso a la justicia como política jurídica. Seguramente, la variable del estado migratorio de los indígenas podrá influir en los niveles de in-

tegración jurídica de los inmigrantes indígenas, sin embargo, suponemos que no es factor determinante en la incorporación de los inmigrantes indígenas, puesto que California es un Estado Santuario.

La realidad social en la que se encuentran los inmigrantes es compleja, pues tenemos a inmigrantes irregulares que pueden llegar a tener una mayor integración jurídica, mientras que habrá inmigrantes indígenas que obtuvieron la ciudadanía estadounidense y, a pesar de ello, tengan un menor nivel de integración jurídica. Estos escenarios son un proceso de niveles y estrategias de exigencia de derechos donde los inmigrantes no buscan, siguiendo nuestro modelo, como fin último llegar al nivel más alto de incorporación a la sociedad receptora, sino el reconocimiento, la exigibilidad y aplicabilidad de sus derechos. En este tenor surge la cuestión de ¿cuáles son los elementos que explican las diferencias en la integración jurídica de los inmigrantes indígenas y, por ende, en sus niveles o grados de incorporación a la sociedad estadounidense? ¿a qué se debe que haya inmigrantes indígenas menos o más integrados? Sin duda, el derecho a tener derechos es la respuesta más inmediata, sin embargo, esta respuesta solo se podrá entender comprendiendo la cultura jurídica y el acceso a la justicia como política jurídica. Sin embargo, no hay que perder de vista la idea de retorno que tienen los inmigrantes indígenas a su comunidad de origen, la cual es una de las respuestas que explicarán el nivel de integración jurídica.

Tabla 1. Modelo de Integración Jurídica

	Tradicional (Mayor Cultura Jurídica y poco o nulo Acceso a la Justicia)	Ideal (Mayor Cultura Jurídica y mayor Acceso a la Justicia)	(+) IJ
(-) IJ*	Invisible (Poca o nula Cultura Jurídica y poca o nulo Acceso a la Justicia)	Convencional (Poca o nula Cultura Jurídica y mayor Acceso a la Justicia)	

Fuente: Elaboración propia.

* IJ. Integración Jurídica

Este modelo de integración jurídica basado en la concepción definida sobre la incorporación que tienen los inmigrantes indígenas en el lugar de establecimiento, es un proceso no necesariamente evolutivo, sino un proceso que aborda la idea del derecho a tener derechos a la luz de la cultura jurídica y el acceso a la justicia como política jurídica. El modelo presenta en el fondo una ambivalencia entre los principios axiológicos del derecho y los principios jurídicos, referentes al valor del derecho y a la justicia versus legalidad y seguridad jurídica. Principios que guían las unidades de análisis del modelo, tomando en cuenta que cada una de estas (cultura jurídica y acceso a la justicia como política jurídica) tendrán sus propios indicadores, como advertimos en párrafos anteriores. En el caso de la cultura jurídica nos referiremos al análisis de la conciencia jurídica que tienen los inmigrantes al sistema jurídico estadounidense, mexicano e indígena, así como la actitud que toman frente al derecho, de confianza o desconfianza. Y en el caso del acceso a la justicia como política jurídica se revisarán las *policies* que se promulgaron en el Estado de California, a fin de restringir o salvaguardar los derechos de los inmigrantes indígenas mexicanos.

La combinación de éstos dos campos dan como resultado cuatro escenarios con diferentes niveles de integración jurídica: 1) invisible, 2) tradicional, 3) convencional e 4) ideal. La integración jurídica “invisible” se refiere a los inmigrantes indígenas que se establecen en la sociedad receptora y que no les interesa conocer el derecho estadounidense ni su andamiaje institucional, manteniendo la cultura jurídica del lugar de origen, es decir, renuncian al derecho a tener derechos y a su exigibilidad, y por lo regular no tienen acceso a la justicia como política jurídica porque el único interés que tienen, simplemente, es acumular dinero para regresar a su lugar de origen. En tanto que la integración jurídica “tradicional” es una fotografía donde los inmigrantes tienen conocimientos de la cultura jurídica y el ordenamiento jurídico, pero muy pocas veces acceden a las políticas por temor a las consecuencias o al castigo (como puede ser la deportación en el caso de los inmigrantes irregulares).

En cambio, la integración jurídica “convencional” es aquella en donde los inmigrantes tienen poca cultura jurídica, pero tienen un nivel de acceso a la justicia como política jurídica debido a la seguridad jurídica que les brinda el derecho a tener derechos validado por el estado migratorio en el que se encuentran. Mientras que el tipo “ideal” de integración jurídica de los inmigrantes indígenas en la sociedad receptora se basa en el derecho a tener derechos, por ende, buscan la exigibilidad y aplicabilidad de dichos derechos, no solo en el conocimiento del sistema y el orden jurídico, sino en el acceso a la justicia como política pública. Lo que significa que los inmigrantes se interrelacionan en el lugar de establecimiento bajo los principios axiológicos, jurídicos y de derecho, independientemente del estado migratorio en el que se encuentren.

XI. CONSIDERACIONES FINALES

La integración jurídica de los inmigrantes indígenas debe ser analizada como un proceso “bidireccional”, la cual puede ser entendida a través de dos unidades de análisis: 1) la cultura jurídica y 2) el acceso a la justicia como política jurídica. Este modelo permite comprender y explicar los grados o niveles de inclusión de estas personas en el lugar de establecimiento, los cuales se pueden ubicar en cualquiera de las cuatro categorías de integración jurídica: “Invisible, Tradicional, Convencional e Ideal”.

Cada uno de estos escenarios incluye una serie de indicadores tanto de la cultura jurídica como del acceso a la justicia como política jurídica, es decir, actitudes, conocimientos y comportamientos de los inmigrantes y las políticas aplicadas por el Estado, para comprender su derecho a tener derechos y su exigibilidad y aplicabilidad de las *policies* para la salvaguarda de los derechos de los inmigrantes indígenas. Suponemos que a mayor cultura jurídica y a mayor acceso a la justicia como política jurídica, mayor integración jurídica de los inmigrantes indígenas mexicanos a la sociedad estadounidense, lo que significa que a mayor aplicabilidad y exigibilidad de los derechos de humanos por parte de los inmigrantes, se alcanzará una inclusión justa de los individuos a la sociedad receptora.

XII. FUENTES

1. BIBLIOGRAFIA

ABRAHAM, David, “Law and Migration: Many constants, few changes”, en Caroline B. Brettel y James J. Hollifield (eds.), *Migration Theory: Talking across discipline*, Routledge, New York, 2015.

- ALARCÓN, Rafael *et al.*, *Mudando el hogar al norte. Trayectorias de integración de los inmigrantes mexicanos en Los Ángeles*, Tijuana, El Colegio de la Frontera Norte, 2012.
- ALBA, Richard D., *Ethnic identity: The transformation of white America*, Yale University Press, 1990.
- “Bright vs. blurred boundaries: Second generation assimilation and exclusion in France, Germany, and the United States”, *en Ethnic and Racial Studies*, 2005, Vol. 28 N° 1.
- y Victor Nee, “Rethinking assimilation theory for a new era of immigration”, *en The International Migration Review*, 1997, Vol. 31, N°4.
- *Remaking the American Mainstream: Assimilation and the New Immigration*, Cambridge, Harvard University Press, 2005.
- ALEXANDER, Jeffrey C., “Theorizing the ‘modes of incorporation’: Assimilation, hyphenation, and multiculturalism as varieties of civil participation”, *en Sociological Theory*, 2001, Vol. 19, N° 3.
- DE LUCAS, Javier, “Inmigrantes. Del estado de excepción al Estado de derecho”, *en Oñati Socio-Legal Series*, 2011, Vol. 1, N° 3.
- Equipo De Cronistas Oaxacalifornianos (ECO), *Voces de jóvenes indígenas oaxaqueños en el Valle Central: Forjando nuestro sentido de pertenencia en California*, California, University of California, Center for Collaborative Research for an Equitable California Research Report, Number 1, 2013.
- FAIST, Thomas, “Migración y teorías de la ciudadanía”, *en Pablo Mateos (ed.), Ciudadanía múltiple y migración: perspectivas latinoamericanas*, México, CIDE / CIESAS, 2015.
- FAVELL, Adrian, “Europe’s identity problem”, *in West European Politics*, 2005, Vol. 28, N° 5.

- FERRARI, Vincenzo, *Derecho y Sociedad. Elementos de Sociología del Derecho*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, Trad. Santiago Perea Latorre, 2004.
- “Cincuenta años de Sociología del Derecho. Un balance”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 2010, Año XLIII, N° 129.
- , *Primera Lección de Sociología del Derecho*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Trad. Héctor Fix-Fierro, 2015.
- FIX-FIERRO, Héctor y Jacqueline Martínez Uriarte, “Chiapas: El escenario de una rebelión”, en *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época), 1994, N° 84.
- y Sergio López-Ayllón, “Comunicación entre culturas jurídicas: los paneles binacionales del Capítulo XIX del TLCAN”, en *Revista de Derecho Privado*, 1997, Vol. 8, No 23.
- FITZGERALD, David, “The Sociology of International Migration”, en Caroline B. Brettel y James J. Hollifield (eds.), *Migration Theory: Talking across discipline*, New York, Routledge, 2015.
- FOX, Jonathan y Gaspar Rivera-Salgado (coords.), *Indígenas mexicanos migrantes en los Estados Unidos*, México, H. Cámara de Diputados, LIX Legislatura, Universidad de California, Santa Cruz, Universidad Autónoma de Zacatecas, Miguel Ángel Porrúa, 2004.
- FREEMAN, Michael, *Human Rights: An Interdisciplinary Approach*, Cambridge and Malden, Polity, 2011.
- FRIEDMAN, Lawrence M., *The legal system: A social science perspective*, Russell Sage Foundation, 1975.
- GANDINI, Luciana, ¿Escapando de la crisis? Un estudio comparativo de trayectorias laborales de migrantes argentinos en la Ciudad de México y Madrid, Universidad Nacional Autónoma de México, 2015.

- GESSNER, Volkmar, *El otro derecho comparado. Ensayos sobre cultura y seguridad jurídicas en la era de la globalización*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Trad. y Ed. Héctor Fix-Fierro, 2013.
- GLAZER, Nathan, “We are all multiculturalists now”, en Kivisto, Peter, y Georganne Rundblad (eds.), *Multiculturalism in the United States: Current issues, contemporary voices*, Pine Forge Press, 2000.
- GOKSEL, Gulay Ugur, *Integration of Immigrants and the Theory of Recognition*, Estambul, Palgrave, Macmillan, 2018.
- GORDON, Milton, M., “Assimilation in America: Theory and Reality”, en *Daedalus*, 1961, Vol. 90, N° 2.
- , *Assimilation in American Life: The Role of Race, Religion, and National Origins*, New York, Oxford University Press, 1964.
- HARTMANN, Douglas y Joseph Gerteis, “Dealing with Diversity: Mapping Multiculturalism in Sociological Terms”, en *Sociological Theory*, 2005, Vol. 23, No. 2.
- HUNTINGTON, Samuel, *El choque de civilizaciones y la reconfiguración del orden mundial*, Buenos Aires, Paidós, 4ª reimpresión, 2001.
- , “El desafío hispano”, en *Letras libres*, 2004, Vol. 6, N° 64.
- HUERTA OCHOA, Carla, “Principios y conflictos normativos a la luz de la tipología normativa de Dworkin”, en Olvera García, Jorge (coord.), *La filosofía del Derecho de Ronald Dworkin. Críticas y aportaciones*, México, UAEM, 2015.
- JOPPKE, Christian, “The retreat of multiculturalism in the liberal state: theory and policy”, en *The British Journal of Sociology*, 2004, Vol. 55, N° 2.
- y E., Morawska, “Integrating Immigrants in Liberal Nation-States: Policies and Practices”, en *Toward Assimilation and Citizenship: Immigrants in Liberal Nation-States. Migration, Minorities and Citizenship*, London, Palgrave Macmillan, 2014.

- KIVISTO, Peter, “Robert E. Park’s Theory of Assimilation and Beyond”, en Peter Kivisto (ed.), *The Anthem Companion to Robert Park*, Anthem Press, 2017.
- y Thomas Faist, *Beyond a Border: The Causes and Consequences of Contemporary Immigration*, Los Angeles, Pine Forge Press, 2010.
- KYMLICKA, Will, *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*, España, Paidós, 1996.
- , *La política vernácula. Nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía*, España, Paidós, 2003.
- LEAL, David L. et al., “Introduction: The New Era of Restriction”, en *Migration in an Era of Restriction and Recession*, Springer, Cham, 2016.
- LOGAN, John R. et al., “Immigrant enclaves and ethnic communities in New York and Los Angeles”, en *American Sociological Review*, 2002, Vol. 67, No. 2.
- LÓPEZ-AYLLÓN, Sergio y Héctor Fix-Fierro, “¡Tan cerca, Tan Lejos! Estado de derecho y cambio jurídico en México”, en Héctor Fix-Fierro et al. (eds.), *Culturas jurídicas latinas de Europa y América en tiempos de globalización*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2016.
- MEISSNER, Doris et al., *Immigration Enforcement in the United States: The rise of a formidable machinery*, Migration Policy Institute, Washington, D. C., 2013.
- MENDOZA, José Jorge, *The moral and political philosophy of immigration: Liberty, security, and equality*, California, Lexington Books, 2016.
- MENESES, Rodrigo, “Del acceso a la justicia a la cultura jurídica externa. Una transición teórico-metodológica”, en Caballero Juárez, J. Antonio et al., *Sociología del Derecho. Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados. Regulación, Cultura Jurídica, Multiculturalismo, Pluralismo Jurídico y Derechos Humanos*, Vol. II, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2010.

- MERRYMAN, John Henry, “Memoria de SLADE”, en Héctor Fix-Fierro et al., (eds.), *Culturas Jurídicas Latinas de Europa y América en tiempos de Globalización*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2003.
- NAGENGAST, Carole y Michael Kearney, “Mixtec Ethnicity: Social Identity, Political Consciousness, and Political Activism”, en *Latin American Research Review*, 2003, Vol. 25, N° 2.
- NELKEN, David, “Repensando el concepto de cultura jurídica”, Caballero Juárez, J. Antonio et al., *Sociología del Derecho. Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados. Regulación, Cultura Jurídica, Multiculturalismo, Pluralismo Jurídico y Derechos Humanos*, Vol. II, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2010.
- NEVINS, J., *Operation Gatekeeper: The rise of the “illegal alien” and the remaking of the US–Mexico boundary*, New York, Routledge, 2001.
- ORTIZ AHLF, Loretta, *Derechos humanos de los indocumentados*, México, Tirant lo Blanch, 2013.
- PARK, Robert E., “Racial assimilation in secondary groups with particular reference to the Negro”, en *American Journal of Sociology*, 1914, Vol. 19, N° 5.
- “Human migration and the marginal man”, en *American Journal of Sociology*, 1928, Vol. 33, N° 6.
- PEDRAZA, Silvia, “Assimilation or Transnationalism? Conceptual Models of the Immigrant Experience”, en Ram Mahalingam (ed.), *The Cultural Psychology of Immigrants*, Mahwah, NJ, Lawrence Erlbaum, 2006.
- PORTES, Alejandro y Min Zhou, “The New Second Generation: Segmented Assimilation and Its Variants”, en *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 1993, Vol. 530, N° 1.

- RAMÍREZ SÁNCHEZ, Saúl, *El sentido de transpertenencia de los mixes migrantes de Tlahuilottepec, Oaxaca*, México, Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, 2010.
- “Los cargos comunitarios y la transpertenencia de los migrantes mixes de Oaxaca en Estados Unidos”, en *Migraciones Internacionales*, 2006, Vol. 3, N° 3.
- RAMÍREZ SÁNCHEZ, SAÚL Y J. ENRIQUE VICTORIA SAAVEDRA, “La Constitución ante el derecho internacional indígena. Tarea pendiente del Estado mexicano”, en *Alegatos*, 2017, Vol. 31, N° 97.
- RIVERA-SALGADO, GASPAR, “De asociaciones de oriundos a movimiento transnacional: La evolución de las asociaciones de migrantes oaxaqueños en California”, en Luis Escala Rabadán, *Asociaciones inmigrantes y fronteras internacionales*, México, Colegio de la Frontera Norte, Colegio de San Luis Potosí, 2016.
- SCHLESINGER MEIER, Arthur, “The significance of immigration in american history”, en *The American Journal of Sociology*, 1924, Vol. 27, N° 1.
- SOLÉ, C. *et al.*, “El concepto de integración desde la sociología de las migraciones”, en *Migraciones, Publicación del Instituto Universitario de Estudios sobre Migraciones*, 2002, Vol. 12.
- THOMAS, W. I., Y Znaniecki, F., *The Polish peasant in Europe and America: A classic work in immigration history*, Chicago, University of Illinois Press, 1996.
- VELASCO ORTIZ, Laura y París Pombo, Dolores, “Indigenous Migration in Mexico and Central America: Interethnic Relations and Identity Transformations”, en *Latin American Perspectives*, 2014, Vol.41, N° 3.
- “Liderazgos indígenas y política étnica transnacional en el contexto de las migraciones mexicanas a Estados Unidos”, en Luis Escala Rabadán, *Asociaciones inmigrantes y fronteras internacionales*, Tijuana, Colegio de la Frontera Norte, San Luis Potosí, Colegio de San Luis Potosí, 2016.

- VERTOVEC, Steven, “Towards post-multiculturalism? Changing communities, conditions and contexts of diversity”, en *International Social Science Journal*, Vol. 61, N° 199, 2010.
- WALTER, John C., “The Influence of African American History on U.S. History Survey Textbooks since the 1970s”, en Johnella E. Butler (ed.), *Color-Line to Borderlands. The Matrix of American Ethnic Studies*, The University of Washington Press, 2001.
- WOLFE, Alan, “Bening Multiculturalism”, en Peter Kivisto y Georganne Rundblad (eds.), *Multiculturalism in the United States: Current issues, contemporary voices*, Pine Forge Press, 2000.
- YESCAS ANGELES TRUJANO, Carlos, *A Framework for Understanding Indigenous Migration*, OIM, Organización Internacional para las Migraciones, 2008.
- ZHOU, Min, “Segmented Assimilation: Issues, Controversies, and Recent Research on the New Second Generation”, en *The International Migration Review*, 1997, Vol. 31, No. 4.
- ZOLBERG, Aristide R., *A Nation by Design: Immigration Policy in the Fashioning of America*, Harvard University, 2006.

IDENTIDAD Y PICARDÍA MEXICANA

IDENTITY AND MEXICAN SLYNESS

GABRIELA OROZCO LÓPEZ¹

RESUMEN: En este trabajo se analiza el derecho a la identidad con base en el uso popular mexicano en comparación con la semántica de la palabra identidad, destacando la imprecisión que brincó del ámbito cultural, al jurídico. En México, el derecho a la identidad se aplica de manera muy diferente a aquellos países precursores de su doctrina. Esta reconstrucción no debe representar un obstáculo para la protección de los derechos de la persona; sin embargo, puesto que la palabra identidad tiene una naturaleza polisémica, aunado al gusto del mexicano por las frases con doble o múltiple sentido, resulta pertinente tener claro cuáles son los elementos y la finalidad del derecho a la identidad. Así, revisaremos la legislación, las tesis y las jurisprudencias mexicanas relativas al derecho a la identidad personal y grupal, para observar la proximidad existente entre la finalidad y la aplicación del derecho, apreciando si en la práctica se consigue la protección de este último.

PALABRAS CLAVE: *Uso popular de la palabra identidad. El derecho a la identidad en México. Identidad personal. Identidad grupal. Derechos fundamentales.*

ABSTRACT: This paper analyzes the right to identity based on popular Mexican usage in comparison with the semantics of the word identity, highlighting the vagueness that leapt from the cultural, to the legal. In Mexico, the right to identity applies very differently to those countries that are the precursors of its doctrine. This reconstruction should not represent an obstacle to the protection of the rights of the person; However, since the word identity has a polysemic nature, combined with the Mexican's

¹ Licenciada en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Chihuahua; Maestra en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. Actualmente, cursa el Doctorado en Derecho, cuyo campo de investigación son los derechos humanos, impartido por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. <gorozco27@hotmail.com>

taste for phrases with double or multiple meanings, it is pertinent to be clear about the elements and the purpose of the right to identity. Thus, we will review the Mexican legislation, thesis and jurisprudence regarding the right to personal and group identity, in order to look at the existing proximity between the application and its purpose, assessing whether this right is protected in practice.

KEYWORDS: *Mexican popular use of the word identity. The right to identity in Mexico. Personal identity. Group identity. Fundamental rights.*

SUMARIO: I. Introducción, II La Identidad y su popularidad en México, III. Aceptaciones de la palabra identidad, IV. La identidad y su relación con los cuestionamientos ¿Quién soy yo? ¿Quiénes somos? ¿Quién eres?, V. El derecho a la identidad, VI. La identidad personal, un derecho fundamental en México, VII. Identidad grupal, VIII. Conclusiones, IX. Fuentes.

I. INTRODUCCIÓN

En el trabajo *Identidad y picardía mexicana* se analiza el derecho a la identidad con base en i) el uso popular mexicano de la palabra identidad y ii) la semántica de la palabra identidad, destacando las impresiones que brincaron del ámbito cultural, al derecho mexicano, en el ámbito legislativo y judicial, aspectos que se analizarán en la sección II.

En México, el derecho a la identidad se aplica de manera muy diferente a aquellos países precursores en doctrina y aplicación del mismo, por ejemplo Italia y Argentina. Esta situación no debe representar un obstáculo para la protección de la persona; sin embargo, puesto que la palabra identidad tiene una naturaleza polisémica, aunado con el gusto del mexicano por la expresión imprecisa, el juego de palabras y las frases con doble sentido, resulta pertinente, no perder de vista cuáles son los elementos y la finalidad del derecho a la identidad, aspectos que abordaremos en la sección III del presente trabajo.

En la sección IV se revisan la legislación, las tesis y las jurisprudencias mexicanas relativas al derecho a la identidad personal, ello con el fin de observar la proximidad existente entre la finalidad del derecho y su aplicación. En cuanto a la sección V, abordamos la identidad grupal como derecho fundamental, concretamente la identidad cultural y la nacional.

Por último para las conclusiones de nuestro trabajo, sección VI, nos pronunciaremos respecto al siguiente cuestionamiento ¿En México, se protege, promueve, respeta y garantiza el derecho fundamental a la identidad? ¿Cómo mejorar la protección de este derecho fundamental?

II. LA IDENTIDAD Y SU POPULARIDAD EN MÉXICO

El título de este ensayo nos traslada a una charla de sobre mesa en la cocina o a una carne asada con los amigos y la familia; en Chihuahua, cuando se aproxima el fin de semana, niños y adultos comienzan a preguntar ¿Sé hace o no se hace? Y unos a otros se miran y hacen la misma pregunta. - ¿Se hace o no se hace? - ¿Qué cosa hija? - Ay mamá, si todos lo saben, - Pero yo no. ¿Qué dices? - ¿Sé hace o no se hace? ¿sé hace o no se hace? Pues, ¿sí se hace la carnita asada? ¿aquí en la casa? Así, con base en un juego de palabras, se organiza la reunión dominical.

Sin duda, los mexicanos encontramos, en diferente medida, cierto gusto por el lenguaje impreciso, es decir, hay una inclinación por dejar abierto el paréntesis, nos deleita pensar en el: “y algo más...”, atrae el doble o múltiple sentido de la palabra. De hecho, es muy popular y demandado el libro titulado “Picardía Mexicana” (1960), del autor Armando Jiménez Farias. En este libro se recopilaron chistes, frases, adivinanzas, pintas y otras expresiones de la cultura popular de la Ciudad de México, cuyo sentido, bajo una rigurosa sintaxis, es sumamente confuso; sin em-

bargo, esas palabras leídas con los ojos del mexicano tienen alguna representación: una grosería, un albur, categorías e innumerables anécdotas.

Con estos rasgos de la cultura mexicana, se explica la gran oportunidad y proliferación del uso de la palabra identidad.

En todas partes, en los bancos, instituciones educativas, revistas, noticieros, cuentos de super héroes, sentencias y leyes, de muy diferentes maneras escuchamos y leemos discursos que mencionan la identidad; así, se habla de la comprobación de la identidad, identidad cultural, identidad universitaria, identidad de género, doble identidad, identidad secreta, incluso, el día 14 de mayo de 2019, escuché al Subsecretario de Derechos Humanos, Población y Migración de la Secretaría de Gobernación, en la conferencia matutina del presidente de la República,² hablar del derecho a la identidad que tienen los cadáveres para ser identificados; la misma Constitución en su artículo 4, octavo párrafo estipula que toda persona tiene derecho a la identidad y a ser registrado de manera inmediata a su nacimiento. A su vez, la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, en su artículo tercero intitulado Del Derecho a la Identidad, postula en el artículo 19, las niñas, niños y adolescentes, desde su nacimiento, tienen derecho a: i) Tener nombre y apellidos, así como a ser inscritos en el Registro; ii) Contar con nacionalidad; iii) Conocer su filiación y su origen, siempre que ello sea acorde con el interés superior de la niñez.

Los múltiples sentidos en los que se utiliza la palabra identidad, nos lleva a preguntarnos ¿Qué es la identidad? ¿La identidad será una palabra elástica que sirve para enunciar múltiples ideas y derechos? ¿Por qué en México, la identidad es un derecho fundamental? ¿Qué aspectos

² Encinas Rodríguez, Alejandro, Subsecretario de la Secretaría de Gobernación, Conferencia del Presidente de la República de 14 de mayo de 2019.

de las personas protege el derecho fundamental a la identidad? Estos son los cuestionamiento que abordaremos en el desarrollo del presente trabajo.

III. ACEPCIONES DE LA PALABRA IDENTIDAD

La palabra identidad es polisémica y sus significados, no sólo son diversos sino además, pueden ser antónimos; así encontramos, se emplea la palabra identidad tanto para hablar de rasgos comunes o iguales, como para hablar de rasgos diferentes.

Etimológicamente la palabra identidad viene del latín *identitas* y este de *idem* cuyo significado es “lo mismo”. Por su parte la Real Academia Española señala, la identidad es: 1. Cualidad de idéntico. 2. Conjunto de rasgos propios de un individuo o de una colectividad que los caracterizan frente a los demás. 3. Conciencia que una persona tiene de ser ella misma y distinta a los demás. Entre otras acepciones.³

De estas acepciones derivan la multiplicidad de usos que puede tener la palabra identidad; así la utilizamos para destacar rasgos de igualdad como los casos de la identidad universitaria, la identidad cultural, la identidad de género; por el contrario, la empleamos también para definir características individuales y exclusivas; por ejemplo, la comprobación de la identidad, identidad secreta, la doble identidad, el derecho de tener un acta de nacimiento.

Por sí misma es compleja la palabra identidad, cuyas acepciones son antónimos; en el ámbito jurídico, lograr precisar el derecho a la identidad es más complicado, ya que se agrega un tercer elemento para su configuración: la conciencia, es decir, la identidad implica que existe la voluntad de ser uno mismo,

³ Diccionario de la Real Academia Española, 20 de mayo de 2019, <https://dle.rae.es/?id=KtmKMfê>

igual a algunos y, al mismo tiempo, diferente a todos. La jurista Uría Acevedo, al referirse a la identidad personal, considera que: “Un aspecto central de la identidad es el desarrollo de la conciencia de que uno es uno mismo y siempre el mismo a través de los múltiples cambios que se viven a lo largo de la vida. Es necesario que aquí se combinen estabilidad y dinamismo.”⁴

En este contexto, me resulta oportuno señalar que los cadáveres, si bien tienen derecho a ser identificados, con la muerte, al terminar la conciencia, desaparece cualquier vestigio de identidad. Consideramos que el único derecho de la persona que permanece, espacial y temporalmente hablando, es el nombre, el cual es un derecho fundamental diferente a la identidad. La explicación se amplía en la sección III, relativa al concepto, elementos y finalidad de la identidad.

En México, la popularidad de la palabra identidad se trasladó al ámbito jurídico, esto aumentó la impresión de la aplicación del derecho. La regulación y aplicación del derecho a la identidad le ha quitado cobijo a otros derechos fundamentales como el nombre, la nacionalidad, los alimentos, e incluso, la misma identidad personal ha quedado desprotegida en parte, según lo abordaremos en el desarrollo del presente trabajo.

La presencia de la conciencia en el fenómeno de la identidad, significa que la persona tiene el derecho a preguntarse y a investigar, lo siguiente: ¿quién soy yo? ¿quiénes somos nosotros?, ¿quién eres? Estas preguntas nos aproximan al significado de la identidad.

⁴ Uría Acevedo, María de las Mercedes Ales, *El derecho a la identidad en la filiación*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, p. 408.

IV. LA IDENTIDAD Y SU RELACIÓN CON LOS CUESTIONAMIENTOS ¿QUIÉN SOY YO? ¿QUIÉNES SOMOS? ¿QUIÉN ERES?

La investigadora en el campo del derecho familiar, Blanca Gómez Bengoechea señala que: “La identidad, desde una perspectiva psicológica, es una cuestión difícil de definir teóricamente y con múltiples dimensiones, significados y funciones. Tiene que ver con cómo la persona responde a la triple pregunta de quién soy yo, de dónde vengo y a dónde voy”⁵. Este texto se refiere a la identidad personal y sus relaciones con la figura de la adopción y la filiación, de ahí que se omita la pregunta relativa a la identidad grupal ¿quiénes somos?

Otra diferencia con la triple pregunta de la jurista española, nosotros planteamos además que el derecho a la identidad se relaciona con los cuestionamientos quién eres y quiénes son ustedes, ello en razón de que nosotros pensamos, este derecho se conforma con dos tiempos, i) el proceso interno que lleva conscientemente el individuo respecto a sus propias características, y ii) la percepción que tienen los demás de esas características. En este sentido, el jurista peruano Carlos Fernández Sessarego advierte que:

(...) el interés que aparece como susceptible de tutela, correspondiente a la identidad, no es de fácil percepción. Ello no sólo por su profundidad, sino también por su ambigüedad consubstancial, en tanto que sobre la identidad pueden confrontarse dos versiones no necesariamente coincidentes: la que cada cual tiene de su “verdad personal” y la visión que poseen los demás de dicha personalidad.⁶

⁵ Gómez Bengoechea, Blanca, *Derecho a la Identidad y filiación: búsqueda de orígenes en adopción internacional y en otros supuestos de filiación transfronteriza*, Madrid, Dykinson, 2007, p. 28

⁶ Fernández Sessarego, Carlos, “Derecho a la identidad Personal”, *Comparazione e Diritto Civile*, 1992, p. 29, http://www.comparazionediritto.civile.it/prova/files/sessarego_derecho.pdf

Nosotros estamos de acuerdo con la reflexión del jurista Fernández Sessarego; la identidad comprende dos tiempos o dos versiones e implica la relación entre las preguntas ¿quién soy? Y como los demás captan ¿quién eres?

Por último, distinto a la Jurista Gómez Bengoechea, proponemos se realice la pregunta ¿quién soy?, de manera independiente con relación a las interrogantes ¿de dónde vengo?, y ¿a dónde voy?, pues creemos que estas últimas pueden condicionar a la primera e impedir el libre desarrollo de la identidad.

Para que la identidad tenga el carácter de derecho subjetivo, supone una apreciación con elementos dinámicos y flexibles, de lo contrario, representaría un fundamento para la estática social. La vinculación entre el quién soy y de dónde vengo y a dónde voy, me recuerda la frase “Origen es destino”, citada en el artículo “Pobre naces, pobre te quedas” de Mathieu Tourliere.⁷ Por ello preferimos destacar los elementos dinámicos del derecho a la identidad, los cuales se estudiarán en la sección III de este trabajo.

Realizadas estas acotaciones, abordaremos las preguntas planteadas. Primero ¿quién soy yo? Esta es una pregunta muy seria, casi enigmática; *Hamlet* lo expresó de este modo: “¡Ser o no ser, es la cuestión! (...) Ser o no ser, todo el problema es ése”.⁸ En la Biografía de Tadeo Isidoro Cruz (1829-1874), Jorge Luis Borges hizo un poema de esa reflexión: “Cualquier destino, por largo y complicado que sea, consta en realidad de un solo momento: el momento en que el hombre sabe para siempre quién

⁷ Tourliere, Mathieu, “Pobre naces, pobre te quedas”, *Revista Proceso*, 18 de mayo de 2019, <https://www.proceso.com.mx/584668/pobre-naces-pobre-te-quedas>: La frase describe la situación de la movilidad social en el país: ocho de cada 10 mexicanos que nacen en las familias más pobres nunca superan esta condición; en el extremo opuesto, siete de cada 10 que nacen en el 20% de hogares con mayores recursos nunca descienden al escalón inferior.

⁸ Shakespeare, William, *La tragedia de Hamlet, príncipe de Dinamarca*, Londres, 1605.

es”.⁹ Más cerca, en términos espaciales y temporales, el 10 de Mayo de 2019, escuché en la voz de la escritora Sabina Berman, algunas reflexiones sobre el “yo”, la entrevista fue realizada por Julio Astillero en Radio Centro:

Sabina: (...) como a los 15 años, con las hormonas, me viene un estallido del lenguaje y leía mucho, me encantaba leer, pero entonces, no sabía yo quién era y eso me angustiaba y tenía yo que definir que iba a estudiar, (...)

Julio: Tardaste en encontrar quien eras... y ahora ¿quién eres...?

Sabina: Esa es muy buena pregunta y muy aguda - se ríe - Continúa Sabina: Soy una presencia, no me tengo tan claramente definida eeeh.. por eso escribí ejercicios fantásticos del yo, uno de mis gurús es Fernando Pessoa que se dijo a sí mismo, si el yo es un cuento que el yo se cuenta sobre que es el yo, por qué no me cuento que soy tres yo, o diez, o treinta y tres y así fue treinta y tres yos. Mi solución fue distinta, pero me dio mucha tranquilidad entender que el yo... hay una presencia física que somos y después está todo el rollo que contenemos (...) ¹⁰

Ante todas estas complejas reflexiones de ¿Quién soy yo? lo primero que me viene a la mente ¿Cómo y por qué el derecho pretende regular la identidad? Recordemos, una característica de las normas jurídicas es la exterioridad, en tanto, la identidad es íntima, interna y profunda. La doctrina aclaró esta cuestión, al distinguir como parte del derecho a la identidad, la percepción que tienen los demás de ese proceso interno de la persona; por ello, consideramos, el derecho a la identidad comprende dos tiempos, el primero es interno, en el cual uno a sí mismo se plantea ¿Quién soy yo?, o, ¿Quiénes somos nosotros? y el segundo o externo cuando con base en percepciones se define ¿Quién eres?, ¿Quiénes son ustedes?

⁹ Borges, Jorge Luis, “Biografía de Tadeo Isidoro Cruz (1829-1874)”, *El Aleph*, Buenos Aires, 1949.

¹⁰ Berman Sabina, Entrevista de 10 de mayo de 2019, con Julio Astillero en Radio Centro.

No sólo la doctrina justificó el derecho a la identidad. En Argentina, la vulneración a este derecho fue atroz, la dictadura militar que dio el golpe de estado, en el año de 1976, se caracterizó por la constante violación a los derechos humanos, por la desaparición y muerte de miles de personas y por la apropiación sistemática de recién nacidos, además de otros crímenes de lesa humanidad.

En Argentina el derecho a la identidad tuvo el rostro de cientos de niños y niñas recién nacidos secuestrados por el Estado, cuyos nombres fueron borrados. Ramón Camps, jefe de la policía de la provincia de Buenos Aires, decía: “Personalmente yo no eliminé a ningún chico, lo que hice fue dar algunos a organizaciones benéficas para que les encontraran nuevos padres. Los subversivos educan a sus hijos en la subversión. Por ello esto debía detenerse”.¹¹ Esta última frase “los subversivos educan a sus hijos en la subversión”, tiene una fuerte carga de aquello que comprende la identidad. Fue entonces, cuando las abuelas de los recién nacidos, desconsoladas y valerosas, formaron la asociación Abuelas de Plaza de Mayo, para apoyarse en la búsqueda de los suyos, cuya bandera constitutiva, no definida todavía, fue precisamente el derecho a la identidad de sus nietos arrebatados.

La crueldad e invasión del Poder Estatal, en esferas tan íntimas de la persona como la relativa a la crianza de los hijos, es lo que llevo a la América Latina a erigir como derecho fundamental el derecho a la identidad.

Ahora bien, ubicados los dos tiempos del derecho a la identidad, el interno y el externo; regresemos al primer momento, el interno. Supongamos, qué tal que “yo” no encuentre ni tengo problema con el ¡Ser o no ser! Simplemente soy y hasta que me muera dejaré de ser; y, aunque

¹¹ Mayo 2019, https://es.wikipedia.org/wiki/Abuelas_de_Plaza_de_Mayo

me parece un poema cada palabra del escritor Jorge Luis Borges, quiero pensar que el hoy por hoy es mi destino; por otra parte, tampoco me angustia como a la escritora Berman, la pregunta, quién soy, por el contrario, lo que me robaría la paz es la idea de concebir más de un yo, dos, tres, diez o treinta y tres. Definitivamente no, yo no puedo. Me parece una fantasía de miedo. Además, los cuento del “yo” me restarían demasiado tiempo y pensamientos. En absoluto, no me gustan.

Entonces, cómo respondo a ¿quién soy yo? Ami lo que me place es asumir que soy la que veo en el espejo y lo que dice mi acta de nacimiento. Sin más, ésta soy yo y ya. ¿Y por qué no? Esta certidumbre es mi derecho a la identidad.

Argentina vivió y conoce el desasosiego y sufrimiento que implica la vulneración al derecho a la identidad, por ello también ha profundizado sobre el derecho a no saber como parte del derecho a la identidad. La certidumbre puede incidir o regir el proceso interno que conforma la identidad. Al respecto el jurista argentino Luis Daniel Covi afirma: “La Corte Suprema ha elaborado una doctrina que protege tanto el derecho de conocer los orígenes como ‘el derecho a no saber’”.¹²

El derecho mexicano, considero, debería excursionar sobre el derecho a no saber, a fin de proteger de una manera más precisa y amplia el derecho a la identidad de las personas, situación que analizaremos al revisar las tesis jurisprudenciales emitidas.

Segundo, la pregunta ¿quiénes somos?, la relacionamos con la identidad grupal; el jurista Covi dice: “La identidad de un grupo no debe ser entendida como la suma de las identidades de las personas que lo componen, pues se refiere a una calidad compartida o lazo de cohesión,

¹² Covi, Luis Daniel, “El Derecho a la Identidad y sus Alcances”, *Derecho de Familia y de las Personas*, Argentina, año VI, número 3, abril 2014, pp. 219 y 220.

que los integra dentro del conjunto.”¹³

Consideramos que el lazo de cohesión grupal se refiere a un proceso interno por el que el individuo identifica conscientemente rasgos propios que son comunes en otras personas, lo que da la sensación de pertenencia recíproca, es decir, a la persona le pertenece el grupo y, a su vez, al grupo le pertenece la persona; en cuanto a los grupos, estos pueden ser muy variados, por ejemplo, la nación, pueblos indígenas, la familia, la universidad, un partido político, una asociación, hasta una banda delictiva.

Tercero, en cuanto a las preguntas ¿quién eres? ¿quiénes son?, reiteramos, estas se relacionan con la identidad en el segundo tiempo, en la exteriorización y la percepción de los rasgos internos, a lo que el jurista Carlos Fernández Sessarego llama la visión que poseen los demás de la personalidad o el grupo.

Si bien las preguntas internas ¿quién soy? ¿Quiénes somos? Se atienden de una manera muy seria, casi enigmática, en México, definir a los demás aparentemente es muy fácil. Como si fueran flechas se asignan identidades: *los chairo*s, *fifis*, *pirrruris*, *ninis*, *pikis*, *cuquis*, *nacos*, *turistas inde-seados*, *la perrada*, etc., por mencionar algunas de las categorías escuchadas recientemente en voces públicas; lo curioso es que, la percepción o exteriorización de la identidad, lejos de ofender, nos causa mofa y hasta hay quienes optan por asumir las percepciones, muy a la mexicana, en diversos sentidos.

Ahora bien, creo que para una adecuada promoción, respeto, protección y garantía del derecho a la identidad, se deben equilibrar los tiempos en los que la identidad personal se conforma, primero el interno y segundo el externo. Al primero, pudiéramos restarle profundidad, proponer alternativas como el derecho a no saber de dónde venimos, si ello nos afecta y condiciona a dónde vamos; otra buena opción, llamarle a los

¹³ Ibidem, p. 221.

derechos por su nombre, con precisión de acuerdo a su finalidad, por ejemplo, derecho a la identidad, derecho al nombre, derecho a alimentos, nacionalidad, registro de nacimiento. En tanto, al segundo tiempo, sería sano restarle trivialidad, podríamos trasladar la seriedad que sobra de las preguntas, quién soy, quiénes somos, por ejemplo, mi familia y yo, a los cuestionamientos, quién eres, quiénes son ustedes. Los mexicanos, según algunas encuestas, somos personas alegres pero no por ello debemos contarnos como si fuéramos chistes de picardía mexicana: *chaires, fifis, pirrruris, ninis, pikis, turismo no deseado, la perrada...*

En cuanto a este segundo momento, la exteriorización de la personalidad, el Jurista Fernández Sessarego señala que la visión que tienen los demás, no puede delinear una determinada personalidad, en otras palabras, es necesario también el primer momento la interiorización o la formulación de la pregunta quién soy; sin embargo, la exteriorización viene a confirmar la verdadera personalidad, así cita al filósofo Emmanuel Mounier, en *El Personalismo*:

No obstante su capacidad de desvirtuar la identidad personal, la mirada no fija ni petrifica al ser humano. La “mirada”, aunque no refleja a la persona tal cual es, constituye una expresión de la comunicación interpersonal. Ello lleva a decir a Mounier que a pesar que la “mirada” es hostil y nos trastorna, no obstante que “atropella mi seguridad, mis hábitos, mi sueño egocéntrico”, se constituye en “el más seguro revelador de mí mismo.”¹⁴

Este texto corrobora la necesidad de equilibrar los momentos en los que se conforma la identidad personal, la interiorización y la exteriorización, ya que finalmente esta última viene a complementar la primera, para revelar la verdadera personalidad.

¹⁴ Fernández Sessarego, Carlos, op. cit., p. 7

V. EL DERECHO A LA IDENTIDAD

1. CONCEPTO

Por caminos diferentes se erigió el derecho a la identidad; mientras que en Italia la doctrina y los Tribunales definían el derecho a la identidad, analizando casos de robo de identidad, colisión de derechos como el interés de exteriorización de la personalidad contra la libertad de expresión y otros casos recursos del derecho a la identidad; en Argentina durante la última dictadura, 1976, se violaba sistemáticamente el derecho a la identidad de las familias y recién nacidos secuestrados por el Estado. Así, en ambos contextos trascendió el estudio de las preguntas ¿quién soy? ¿quién eres?, sin embargo, su análisis jurídico se focalizó en elementos diferentes del derecho a la identidad.

En Italia la doctrina enfatizó los elementos dinámicos del derecho a la identidad, por ejemplo, la conciencia, el sentido de pertenencia, la imagen y en general las características y manifestaciones morales, sociales, políticas, intelectuales, etc. En tanto, en Argentina, la protección del derecho a la identidad destacó los elementos estáticos, por ejemplo la genética, la fecha de nacimiento, el lugar de nacimiento, el nombre y la filiación; así, ambos países atendieron sus problemáticas específicas. Italia, resuelve casos de robo de identidad, vulneración a los elementos dinámicos del derecho a la identidad y otros: por su parte, en Argentina, la asociación de Abuelas Plaza de Mayo y afectados han ido encontrando a los entonces recién nacidos arrebatados de sus familias.

México adoptó la postura de Argentina, desarrolló el derecho a la identidad con base en sus elementos estáticos, por ejemplo el nombre, apellidos, registro civil, filiación, nacionalidad, verdad biológica y pertenencia cultural, según se establece en la Ley General de los Derechos

de Niñas, Niños y Adolescentes. Es más, México superó la tendencia de Argentina, ya que elevó los elementos estáticos del derecho a la identidad, a derecho fundamental; en cambio, en Argentina el derecho a la identidad personal no tiene el carácter de fundamental.

Ahora bien, los conceptos del derecho a la identidad pueden ser de tres tipos, a) los que consideran los elementos dinámicos, b) los que consideran los elementos estáticos, y c) los que comprenden tanto los elementos dinámicos, como los estáticos de la identidad. Agregamos d) nuestra postura.

a) En cuanto a los conceptos que consideran los elementos dinámicos de la identidad, encontramos la definición de la doctrina italiana, expresada mediante ejecutoria de 22 de junio de 1985, emitida por el prestigioso Tribunal de Casación:¹⁵

Para los magistrados supremos los signos distintivos, como el nombre y el seudónimo, identifican al sujeto en el “plano de la existencia material y de la condición civil y legal”, mientras que la identidad es “una fórmula sintética que distingue al sujeto desde el punto de vista global en sus específicas características y manifestaciones”. Es decir, de sus expresiones morales, sociales, políticas, intelectuales, profesionales, todo lo que hace patente “la concreta y efectiva personalidad individual del sujeto”.¹⁶

También, hay un sector de la doctrina argentina que destaca los elementos dinámicos de la identidad, sosteniendo que “este derecho personalísimo es el reconocimiento de la formación de la personalidad moral, no con relación al concepto abstracto de personalidad jurídica, por ser ente susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones, sino de la

¹⁵ Corte de Casación Italiana, 22 de junio de 1985, caso Veronesi.

¹⁶ Fernández Sessarego, Carlos, op. cit., p. 19

personalidad anímica, psicológica y social de hombre”.¹⁷

La ventaja de esta corriente, es que hace una clara distinción entre el derecho a la identidad y otros derechos como el del nombre, la nacionalidad, la filiación, la intimidad, lo cual nos permite una protección más amplia a los derechos humanos, incluyendo el mismo derecho a la identidad.

b) Respecto al concepto con elementos estáticos, el derecho a la identidad en México es el ejemplo inmediato. La investigadora mexicana Karla Cantoral Domínguez señala que:

En la doctrina tradicional se consideraba el derecho a la identidad asociado al nombre de una persona que se emite a partir de la expedición de su acta de nacimiento por parte del Registro Civil, lo que le permite relacionarse dentro del grupo social en el que convive, sin embargo a partir de la constitucionalización del derecho civil, encontramos que el derecho a la identidad tiene que ver con el derecho de toda persona a conocer sus orígenes así como a tener información sobre su verdad biológica y preservarla.¹⁸

Esta concepción del derecho a la identidad se fundamenta en el artículo 4o, octavo párrafo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en correlación con el artículo 19 de la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.

En México, hay un criterio generalizado que considera un solo derecho, la identidad y el nombre, o bien, si se aprecia alguna distinción

¹⁷ Cifuentes, Santos, “Protección jurídica de la vida privada y de la identidad personal”, *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*, año XLVI, número 39, 2001, p. 25

¹⁸ Cantoral Domínguez, Karla, “Construcción jurisprudencial del derecho a la identidad”, *Nexo Jurídico, Focus Regit Actum*, México, año VI, número 23, octubre - diciembre 2014, p. 53.

consiste en que la primera se presume género y y el segundo, especie. Así, por ejemplo el artículo 13 de la Ley General de los derechos de niñas, niños y adolescentes, emitida el 4 de diciembre de 2014, establece que son derechos de los menores mencionado el derecho a la identidad, en tanto, el artículo 19 del mismo ordenamiento refiere que la identidad, comprende, el nombre, los apellidos, inscripción en el registro civil, nacionalidad, filiación, conocimiento de sus orígenes, pertenencia cultural y relaciones familiares. Este criterio es equivoco y provoca deficiencias en la protección del derecho a la identidad y el derecho al nombre.

La identidad y el nombre son derechos interdependientes pero diferentes, ya que sus elementos y finalidades son también distintas. La Corte de Casación, en la ejecutoria de 22 de junio de 1985, expresó con precisión esa distinción: (...) entre el derecho a la identidad personal y el derecho al nombre existe tan sólo una cierta correlación. No puede considerarse, por ende, que el derecho a la identidad esté comprendido dentro de los alcances conceptuales del derecho al nombre, que tiene que ver con la identidad estática o “identificación”.¹⁹

En efecto, cuando queremos conocer e identificar a una persona, lo primero que preguntamos es ¿cómo te llamas? Mi nombre es Fulanita o Manganito Rata Taa. Expresado un nombre, todos los rasgos de identificación de la persona, como la imagen, quehacer, edad, domicilio, etc., se vinculan al primero. En el mismo sentido, el primer dato que el Estado recaba de la persona, es el nombre, el cual se integra por dos elementos: i) nombre (s) propio (s) y ii) patronímico (s). Nunca nadie, ni particulares ni Estado, preguntan ¿cuál es tu identidad? La respuesta refleja sería - ¿Qué? ¿cómo dices? En cuanto al registro de nacimiento, en ningún lugar del acta se asienta el dato “la identidad del recién nacido”,

¹⁹ Fernández Sessarego, Carlos, op. cit., p. 19

ni tampoco se asientan los datos genéticos ni su comparativo molecular con el de los supuestos padres. Esto se explica, porque la identidad no es el nombre, son derechos distintos. Asimismo, la identidad personal representada con las preguntas “quién soy - quién eres”, tiene como finalidad la individualización de las personas, no, su identificación.

Ahora bien, el 17 de junio de 2014, los elementos estáticos de la identidad se elevaron a derecho fundamental en México, copiando una característica del derecho a la identidad en Argentina, consistente en destacar el derecho a conocer los orígenes o verdad biológica de la persona. Me parece que esta característica fue una mala copia para México, ya que

i) La problemática de México y Argentina es diferente, en Argentina el derecho a la identidad tuvo el rostro de cientos de recién nacidos secuestrados por la dictadura militar de 1976, cuyos familiares sembraron en la población la inquietud siguiente: “si naciste en los años 1976 a 1978, en Argentina en las regiones tales, y sientes que hay algo en tu familia que no explica quién eres, por ejemplo el físico, el afecto, o cuestiones reveladas por la intuición, acude a la Plaza de Mayo.” Así el desasosiego de adolescentes, jóvenes y adultos en torno al cuestionamiento ¿quién soy yo? Permitió el encuentro de numerosas familias argentina, abuelas y nietos. En tanto, en México, el ejercicio del derecho a conocer los orígenes, no es motivado por la interiorización del quién soy yo, sino, en la mayoría de los casos, se utiliza para imputar o deslindar obligaciones alimentarias, con relación a un menor. ii) Mientras que en Argentina el derecho a la identidad se integra por el derecho a saber, pero también el derecho a no saber, los orígenes de la persona. En México, la legislación no establece el derecho a no saber, por su parte, los Tribunales mexicanos comienzan a lidiar con esa problemática de manera no sistematizada, argumentando a favor del interés superior de la niñez, a fin de que la verdad biológica no sea

un elemento suficiente para determinar la filiación de un menor en litigio. iii) En Argentina la identidad no es un derecho fundamental y en México sí; lo que llama nuestra atención es que, si bien en México el derecho a la identidad es protegido por nuestra Constitución, lo cierto es que hay muy poca relación entre este derecho y las preguntas quién soy - quién eres. En nuestra legislación el derecho a la identidad se reduce al registro de nacimiento y, en la regulación secundaria se especifica que la identidad comprende el nombre y su registro, nacionalidad, filiación y el derecho a conocer sus orígenes. Estas disposiciones promueven más otros derechos, como el del nombre y su registro, nacionalidad y derecho de alimentos que el respeto estatal a los cuestionamientos personales quién soy - quién eres, es decir, el derecho a la identidad personal.

c) En cuanto a los conceptos del derecho a la identidad con elementos dinámicos y estáticos, el Jurista peruano Carlos Fernández Sessarego es partidario de esta corriente, define la identidad personal como: el conjunto de atributos y características psicosomáticas que permiten individualizar a la persona en sociedad. Identidad personal es todo aquello que hace que cada cual sea “uno mismo” y no “otro”. Este plexo de rasgos de la personalidad de “cada cual” se proyecta hacia el mundo exterior y permite a los demás conocer a la persona, a cierta persona, en su “mismidad”, en lo que ella es en cuanto ser humano.²⁰ Se amplía la explicación con el siguiente texto:

“la identidad personal comprende ambos aspectos: el estático, que tiene que ver con los signos distintivos y con la existencia material y la condición legal o registral del sujeto (nombre, seudónimo, etc.), y la dinámica, que es el conjunto de características y rasgos de índole cultural, política, psicológica, moral de la persona, aunque advertimos que en la actual doctrina, por el afán de diferenciar ambas facetas, se tiende a reservar

²⁰ Fernández Sessarego, Carlos, op. cit., p. 27

la noción de identidad personal para designar esta vertiente espiritual y mudable del sujeto.²¹

En sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos se define el derecho a la identidad como “el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y, en tal sentido comprende varios otros derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso.”²²

Si bien, la Corte Interamericana de Derechos Humanos no especifica si los atributos o características de las personas son de índole estático o dinámico, nosotros presumimos que se trata ambos, ya que por un lado habla de individualidad, la cual a diferencia de la identificación, requiere los elementos dinámicos que aporta la conciencia, y por el otro, habla de atributos de la personalidad y de la comprensión de varios derechos (en el derecho a la identidad) según el sujeto de que se trata, lo cual nos hace pensar en los elementos estáticos como el nombre, filiación y nacionalidad.

d) Nuestra postura está más cerca de la doctrina italiana, nos parece conveniente definir la identidad personal mediante los elementos dinámicos que aporta la conciencia. En este sentido, la identidad personal se integra con las característica y rasgos que las personas encontramos en nosotros mismos, algunos de estos rasgos son iguales a los de otros, por ejemplo a los integrantes de la nación, etnia, familia, universidad, religión, partido político, grupo de amigos, etc; y, a su vez, el conjunto de rasgos y características, nos permite asumirnos conscientemente como seres únicos y diferentes a todas las demás personas.

²¹ Fernández Sessarego, Carlos, op. cit., p. 32

²² Caso Gelman Vs Uruguay, 24 de febrero de 2011, Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Además, el proceso de la identidad personal deberá ser guiado por los cuestionamientos, quién soy - quién eres, recordemos a los grandes pensadores Shakespeare, Jorge Luis Borges, Sabina Berman, y las acotaciones realizadas en la sección II, numeral 2, del presente trabajo; por ello, los elementos estáticos de la personalidad como la genética, el nombre, la filiación y lugar de nacimiento, pueden incidir en la definición de la identidad siempre y cuando tengan como finalidad responder a esos cuestionamientos; por ejemplo, así sucedió en Argentina, se introdujeron elementos estático para desentrañar la inquietante pregunta ¿quién eres en verdad si has nacido durante la última dictadura?

Por otra parte, los elementos dinámicos de la identidad nos permiten distinguir entre éste y los otros derechos como el nombre.

En términos antropológicos es característico del hombre primitivo relacionar la identidad personal con el nombre. El antropólogo escocés James George Frazer expone: El salvaje imagina, por lo general, que el eslabón entre un nombre y el sujeto u objeto denominado no es una mera asociación arbitraria e ideológica, sino un verdadero y sustancial vínculo que une a los dos de tal modo que la magia puede actuar sobre una persona tan fácilmente por intermedio de su nombre, como por medio de su pelo, sus uñas o cualquiera otra parte material de su persona.²³

Para los pueblos primitivos, la palabra que tiene la función de nombre propio alude a una significación propia en su origen, y quienes los asignan, buscan o establecen una relación entre la idea, cosa o animal que la voz significa, y el individuo a quien el nombre está destinado. Es una relación que puede ser adjetiva, de validez o una expresión de esperanzas o de deseos o simplemente una expresión fonéticamente bella.²⁴ Refiere

²³ Frazer, James George, *La rama dorada: Magia y religión*, 3a ed., trad. de Elizabeth Campuzano y Tadeo I. Campuzano, México, Fondo de Cultura Económica, 2011, p. 290

²⁴ Pliner, Adolfo, *El nombre de las personas*, 2a ed., Argentina, ASTREA, 199X, p. 3

el antropólogo Lewis H. Morgan que en una “gens” omaha (aborígenes de la América del Norte) halló nombres de varón com “Ala larga”, “Gavilán que se Cierne en el Aire” “Ave de Ojos Blancos”, y nombre de mujer como “Ave que Canta en la Alborada” o “Huevo de Pájaro”.²⁵

En la civilización moderna aún encontramos vestigios del vínculo entre la magia y el nombre, los relacionamos i) la multiplicidad de nombres propios se asocia con la intención religiosa y mística de brindar protección al recién nacido. Por ejemplo, nuestro compositor e interprete Agustín Lara: Ángel Agustín María Carlos Fausto Mariano Alfonso del Sagrado Corazón de Jesús Lara y Aguirre del Pino. ii) Quién no conoce el proverbio latino “*nomen est omen*”, el nombre es destino; se cree que nombrar no es una mera imposición fonética sobre los seres y las cosas, sino también se indica al individuo un lugar en el orden del mundo. iii) En México existe el criterio generalizado de que la identidad personal y el nombre, son lo mismo y pueden protegerse con la enunciación del mismo derecho fundamental y las mismas disposiciones legales.

Como hemos visto, la identidad es una palabra polisémica, cuyos significados son antónimos; a su vez el derecho a la identidad es polisémico, por ejemplo, existen los derechos a la identidad personal, a la identidad cultural, a la identidad de género, el derecho de la víctima para proteger su identidad y cada uno de estos protege diferentes aspectos de la persona; por la parte cultural, encontramos el gusto del mexicano por la palabra imprecisa, las frases con doble o múltiple sentido, el juego de palabras, popularmente se conoce como picardía mexicana. Ante todas estas condiciones que favorecen los malos entendidos ¿Por qué en México definimos el derecho a la identidad con base en los elementos estáticos de ésta?, los elementos estáticos son otros derechos diferentes,

²⁵ Morgan, Lewis Henry, *La sociedad primitiva*, Madrid, Ayuso, 1970, t. I, p. 141

algunos incluso también fundamentales como el derecho al nombre, la nacionalidad y los alimentos. En este contexto, es apremiante introducir y enfatizar los elementos dinámicos del derecho a la identidad, los cuales pueden reconciliar el derecho a la identidad en México con los cuestionamientos: quién soy yo - quién eres.

2. ELEMENTOS

De los concepto analizados se desprende que el derecho a la identidad tiene dos tipos de elementos, los estáticos y los dinámicos.

a) Los elemento estáticos del derecho a la identidad pueden ser el nombre, la genética, la filiación, la nacionalidad, el género, la fecha de nacimiento, el lugar de nacimiento, el matrimonio, según tesis jurisprudencial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y, en general, todos aquellos que permitan definir quién soy yo - quién eres.

No quiere decir que los elementos estáticos sean inmutables; todo cambia y estos elementos o condiciones también, inclusive, entiendo que la genética y el género pueden ser alterados con las técnicas genéticas, hormonales y quirúrgicas médicas. Por elementos estáticos entendemos aquellos que permanecen en un estado sin cambios periódicos.

b) Los elementos dinámicos de la identidad son aquéllas características y rasgos determinados por la conciencia, los cuales cambian según nuestras vivencias; estos nos ayudan a delimitar internamente quién soy y externamente reflejan quién eres. Estos rasgos se conforman por el comportamiento, quehacer, creencias, grupos de pertenencia, virtudes y vicios, lugares favoritos, historias y experiencias, certidumbres y temores, amores y odios, etc. Los elementos dinámicos cambian continuamente hasta que la persona muere.

Son los elementos dinámicos los que distinguen el derecho a la identidad personal, del resto de los atributos de la persona y de los derechos que protegen la existencia material y legal del ser humano.

3. FINALIDAD

De los conceptos del derecho a la identidad se desprenden las siguientes finalidades:

a) Individualidad - identificación. Por individualidad se entiende los rasgos y características que expresamos y nos hacen diferentes al resto de las personas; en otras palabras, la individualidad muestra que él o ella es precisamente él o ella y no otro u otra, la individualidad significa que somos únicos e irrepetibles. En tanto la identificación es la individualidad con nombre y apellido. La identificación implica la obligación de responder ¿quién eres? ¿Y con qué acreditas tu nombre?

Considero que la finalidad del derecho a la identidad es la individualización; la identificación es una finalidad del derecho al nombre. De hecho cuando el Estado y los particulares quieren identificar a una persona indagan sobre su nombre, después sobre los otros rasgos distintivos de la personalidad.

b) Pertenencia - permanencia, los rasgos en nuestra persona, comunes con otras personas, por ejemplo el lenguaje, las historias, los lugares favoritos, nos dan la sensación de pertenencia, es decir, hay un sentimiento recíproco de que el grupo pertenece a la persona y la persona pertenece al grupo. Esta finalidad de la identidad se evidencia en la identidad grupal y cultural, de manera indirecta en la identidad personal, ya que la primera puede incidir en la segunda.

En cuanto a la permanencia, esta es una finalidad del derecho al nombre, no de la identidad, por ello es inadecuado hablar del derecho a la identidad de los cadáveres. La identidad no es sinónimo de identificación, lo analizamos previamente sus significados son diferencia e igualdad de rasgos. Asimismo, la concepción de la identidad es posible mediante la conciencia; los elementos dinámicos, la psique y los espirituales, son los que hacen de la persona un ser único, sin embargo, al morir termina también la posibilidad de descifrar ¿quién soy? - ¿quién eres? Así acaba el derecho a la identidad. El único derecho que trasciende temporal y espacialmente hablando es el nombre de la personas, por ende, la permanencia es finalidad del derecho al nombre no de la identidad.

c) Verdad biológica - filiación. Esta finalidad, que a su vez es un elemento estático del derecho a la identidad, tiene sus orígenes en la última dictadura de Argentina, cuando en el año de 1976 y subsiguientes, el Estado robó cientos de recién nacidos para que fueran criados por otras familias en “la decencia versus la subversión”. En México se introdujo el derecho fundamental a conocer los orígenes y verdad biológica de la persona, como parte del derecho a la identidad, en el año de 2014.

Consideramos que los aspectos de la verdad biológica, la filiación e inclusive la crianza inciden directamente en la identidad de la persona. Sin embargo, no hay que perder de vista que el derecho a saber o, en su caso, a no saber sus orígenes debe dirigirse siempre a los cuestionamiento quién soy yo - quién eres; de lo contrario, si conocer la verdad biológica tiene como finalidad imputar o deslindar obligaciones alimentarias, el derecho o derechos fundamentales que se buscan proteger mediante el artículo constitucional, son otros, por ejemplo, los derechos de la niñez, el derecho a alimentos, derecho a salud, derecho a educación, derecho al nombre y su registro, etc., no el derecho a la identidad.

VI. LA IDENTIDAD PERSONAL, UN DERECHO FUNDAMENTAL EN MÉXICO

El 17 de junio de 2014, se elevó al rango constitucional el derecho fundamental a la identidad personal, adicionando, para ello, el artículo 4 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el párrafo octavo que dice: “Toda persona tiene derecho a la identidad y a ser registrado de manera inmediata a su nacimiento. El Estado garantizará el cumplimiento de estos derechos. La autoridad competente expedirá gratuitamente la primera copia certificada del acta de registro de nacimiento”.²⁶

El derecho fundamental a la identidad de México se define por los elementos estáticos de la identidad, como son nombre y su registro, filiación, nacionalidad y derecho a conocer los orígenes biológicos, según se desprende de las leyes reglamentarias.

El derecho a conocer los orígenes fue empleado por Argentina para conocer la identidad de los recién nacidos arrebatados por el Estados en la dictadura de 1976 y la legislación mexicana copió esta tendencia, sin embargo, en Argentina el derecho a la identidad no es un derecho fundamental, en cambio, en México si lo es.

1. REGULACIÓN DEL DERECHO A LA IDENTIDAD

El derecho a la identidad es un derecho fundamental en México, se establece en el artículo 4 octavo párrafo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que establece el derecho de registro inmediato y gratuito de nacimiento.

²⁶ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Asimismo, el artículo 20 constitucional, C. V., establece el derecho de las víctimas para resguardar su identidad y otros datos personales.²⁷ El derecho a la identidad es polisémico, tiene varias connotaciones se utiliza para hablar de identidad personal, identidad nacional, identidad indígena y, según el artículo 20 constitucional, derecho a la privacidad o dato personal.

En cuanto a la identidad personal, la definición del artículo 4, octavo párrafo, de la Constitución, se amplía por la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. El artículo 19 señala:

Niñas, niños y adolescentes, en términos de la legislación civil aplicable, desde su nacimiento, tienen derecho a:

1. Contar con nombre y los apellidos que les correspondan, así como a ser inscritos en el Registro Civil respectivo de forma inmediata y gratuita, y a que se les expida en forma ágil y sin costo la primer copia certificada del acta correspondiente, en los términos de las disposiciones aplicables;
2. Contar con nacionalidad, de conformidad con lo dispuesto en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y los tratados internacionales;
3. Conocer su filiación y su origen, en la medida de lo posible y siempre que ello sea acorde con el interés superior de la niñez, y
4. Preservar su identidad, incluidos el nombre, la nacionalidad y su pertenencia cultural, así como sus relaciones familiares.
5. (...)

²⁷ CPEUM. Artículo 20.- El proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación. C. De los derechos de la víctima o del ofendido: V. Al resguardo de su identidad y otros datos personales en los siguientes casos: cuando sean menores de edad; cuando se trate de delitos de violación, trata de personas, secuestro o delincuencia organizada; y cuando a juicio del juzgador sea necesario para su protección, salvaguardando en todo caso los derechos de la defensa.

De estos textos se desprende que la regulación mexicana define el derecho a la identidad exclusivamente atendiendo a los elementos estáticos de ese derecho. No obstante que, la identidad es un derecho fundamental en México, al prescindir de los elementos dinámicos de la identidad, es decir, aquellos rasgos y características determinados por la conciencia, la regulación se aleja de la protección a los cuestionamientos quién soy - quién eres.

Tanto en la legislación como en la jurisprudencia, el derecho a la identidad tiene como finalidad conocer los orígenes biológicos de las niñas, niños y adolescentes, de aquí que la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes dedica el capítulo tercero al derecho a la identidad.

2. TESIS Y JURISPRUDENCIA MEXICANA Y LA RECREACIÓN DEL DERECHO A LA IDENTIDAD

En cuanto a la actividad judicial entramos tres vertientes en la aplicación del derecho a la identidad: a) Interdependencia de los derechos de los niños, b) Identidad de género, c) Identidad personal y el matrimonio.

a) INTERDEPENDENCIA ENTRE LA IDENTIDAD Y LOS DERECHOS DE LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES

En este rubro relacionamos cinco tesis jurisprudenciales para mostrar lo que hemos venido exponiendo en el desarrollo de este trabajo, - En México se define el derecho a la identidad con base exclusivamente en los elementos estáticos de este derecho; por lo que respecta a menores, los casos se focalizan en el derecho a conocer los orígenes biológicos. - El ejercicio del derecho a la identidad personal, en el sentido de diferencia, se ha destinado

judicialmente para las niñas, niños y adolescentes. Parece que el derecho fundamental a la identidad en México no protege el derecho de los adultos para preguntarse, como la escritora Sabina Berman, ¿quién soy?, menos protege que la expresión de mi personalidad sea vulnerada con categorías como chairó, fifi, piquis, nini, perrada y demás categorías de picardía mexicana, es decir, ¿quién eres? - El derecho a conocer la verdad biológica, en estos casos, no protegió el derecho a la identidad; ya que éstos no se motivaron por la incertidumbre de la niña, niño o el adolescente que quería indagar sobre sus orígenes; estos asuntos se iniciaron para imputar o deslindar una paternidad y así proteger los derechos de alimentos del menor o procurar el cuidado de la familia. Por cierto, derechos muy valiosos y fundamentales de acuerdo a nuestra Constitución. Entonces, ¿para qué llamarle derecho a la identidad a otros derechos fundamentales? ¿Será que la identidad mexicana cuyo rasgo distintivo es el deleite por la imprecisión y el doble sentido, trascendió a la ley y de ahí a la actividad judicial? Veremos:

- i) En agosto de 2018, el máximo tribunal emitió el fallo por el cual se pronunció que la ausencia del vínculo biológico en la relación paterno - filial no es suficiente para sustentar la impugnación paternidad, de acuerdo con el interés superior del menor y el derecho a la identidad.

Al establecer el contenido y alcances del artículo 4o. de la Constitución Federal, esta Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que aunque existe una tendencia a que la filiación jurídica coincida con la filiación biológica, la coincidencia no siempre es posible, sea ya por supuestos tales como la filiación adoptiva o procreaciones asistidas por donación de gametos, por ejemplo, o porque el ordenamiento hace prevalecer en el caso concreto otros valores o intereses que considera más relevantes. (...) una visión tutelar del derecho a la identidad que persigue proteger la conformación de la auto-percepción -como faceta identita-

ria- y no sólo de necesidades de carácter prestacional. De ahí que el artículo 4o. de la Constitución Federal no implique una facultad irrestricta a los sujetos involucrados en las relaciones familiares para que éstas sean modificadas en todo momento al amparo de la verdad biológica.²⁸

Este caso nos muestra como el derecho a conocer la verdad biológica, puede oponerse al derecho a la identidad, por ello es necesario establecer y aplicar el derecho a no saber para una protección de la identidad y derechos interdependientes.

- ii) Fallo de Junio de 2018. En cuanto al derecho a la identidad del menor concebido por medios de reproducción asistida, los fallos de la Corte son incipientes, considera que: “(...) cuando se empleó un tratamiento por inseminación artificial heteróloga, se dota de contenido bajo una doble connotación: en primer lugar, respecto de las consecuencias jurídicas que surgen por quienes se someten a esos tratamientos; y en segundo lugar, en relación con el impacto que se produce en los hijos nacidos bajo esas técnicas”.²⁹

El máximo tribunal omitió argumentar en qué consiste el impacto que se produce en los hijos nacidos con técnicas de reproducción asistida. Además, se plantea un nuevo y de pocos alcances, elemento estático del derecho a la identidad, la forma de concepción de la persona.

- iii) En junio de 2018, se emite la tesis aislada que establece, la identidad de un menor, no sólo constituye la posibilidad de recibir información sobre su nombre, nacionalidad y filiación, a partir del reconocimiento de estos derechos se derivan otros.

²⁸ Tesis: 1a. XCVI/2018 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. I, agosto de 2018, p. 1027

²⁹ Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. II, junio 2018, p. 955

El derecho humano a la identidad está protegido por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y por otros instrumentos internacionales, que constituye un derecho por ser un elemento que le es inherente al ser humano y que puede comprender otros derechos, como el derecho al nombre, a la nacionalidad y a conocer su filiación y origen; sin embargo, el núcleo esencial no sólo lo constituye la posibilidad de solicitar y recibir esa información, sino en que a partir de esos derechos se pueden derivar otros distintos, como son los de alimentación, educación, salud y sano esparcimiento.(...) ³⁰

En esta tesis, se confunde el derecho a la identidad con los derechos ARCO, acceso, rectificación, cancelación y oposición, establecidos en el segundo párrafo del artículo 16 de la constitución.

- iv) En marzo de 2018 se emitió un fallo con carácter de tesis aislada que considera inconstitucional la presunción legal de hijos nacidos del matrimonio, la cual condiciona el registro y reconocimiento de los menores cuando su madre los procee con persona distinta de su cónyuge, a que sea sólo éste pueda reconocerlos como sus hijos y sólo podrán reconocerse por persona distinta al cónyuge cuando éste los hubiere desconocido como hijos suyos y exista sentencia ejecutoria que así lo declare. ³¹

- v) El 10 de septiembre de 2014, se determinó que en un juicio de investigación de paternidad, no es obstáculo que obre en el acta de nacimiento del menor, el registro de un padre legal, para admitir la prueba pericial en genética molecular en la persona demandada: “(...) lo que se pretende es proteger la estabilidad de las relaciones familiares y la salud

³⁰ Tesis: 1a. LXXV/2018 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. II, junio de 2018, p. 956

³¹ Tesis: (IV Región)1o.3 C (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. IV, marzo 2018, p. 3483

mental del menor, la mera admisión de la prueba pericial en genética no afectará por sí sola tales intereses, ya que el juez, de estimarlo conveniente, puede ordenar no dar a conocer los resultados de dicha prueba al menor, si determina que ello es mejor para el niño o niña. (...)”³²

De las cinco tesis jurisprudenciales, cuatro se refieren a imputación o deslinde de paternidad y una a la identidad del menor concebido por técnicas de reproducción asistida. En conclusión, considera que solo la primera, la emitida el mes de agosto de 2018, es la más próxima a proteger el derecho a la identidad, señala: “una visión tutelar del derecho a la identidad que persigue proteger la conformación de la auto-percepción –como faceta identitaria– y no sólo de necesidades de carácter prestacional”. Este texto soporta la crítica que formulo respecto a la aplicación del derecho a la identidad en México: la reforma al texto constitucional, de 17 de junio de 2014, se ha utilizado para proteger derechos fundamentales de carácter prestacional, diferentes al derecho a la identidad.

b) IDENTIDAD DE GÉNERO

La identidad es una palabra polisémica y el derecho a la identidad también; así, la palabra y el derecho, respectivamente, significa y protege diferencias e igualdad.

En cuanto al carácter de igualdad del derecho a la identidad, la jurisprudencia ha construido el derecho al cambio del nombre por identidad de género. Si bien, este derecho ha sido reconocido por la legislación de varias Entidades Federativas, la jurisprudencia ha sentado precedentes para aquéllas que todavía no lo regulan. Así encontramos la siguiente jurisprudencia:

³² Tesis: 1a./J. 55/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, Septiembre de 2014 p. 556

- i) El 7 de junio de 2019, se publicó la Jurisprudencia, por contradicción de tesis, que declara que los artículos 48, 130 Y 131 TER del Código Civil del Estado de Chihuahua, transgreden los derechos a la igualdad, a la identidad y al nombre de las personas transgénero, al contener una discriminación normativa.

En ese sentido, si la modificación del nombre propio y del género no incide en el concepto de identidad, porque no cambian los apellidos ni se pierde la línea de filiación consanguínea con los ascendientes y descendientes, aunado a que no se traduce en una afectación a los datos esenciales del acta, en relación con la voluntad, el objeto y las solemnidades, el procedimiento administrativo sin homologación judicial se estima congruente para el trámite del cambio de nombre propio y de género, la expedición de un nuevo documento y la extensión del reconocimiento de la identidad a las autoridades que guarden relación con esos derechos. Lo anterior es así, toda vez que los diversos procedimientos judicial y administrativo que ameritan la intervención del Juez, sujetan al gobernado a cargas innecesarias relacionadas con la prueba, aunado a que con el procedimiento administrativo sin homologación judicial se satisface el fin legítimo de garantizar el cambio de nombre y sexo de las personas, además porque para la adecuación del acta de nacimiento solamente se requiere el consentimiento libre e informado del solicitante, es decir, se trata de un acto declarativo y no constitutivo de derechos.³³

Esta jurisprudencia contradice la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, cuyo capítulo tercero De la identidad, Artículo 19, se desprende que la identidad se conforma por el nombre y su registro, así como la filiación y otros elementos estáticos de la identidad; entonces ¿cómo puede ser que el nombre y el género no incidan en la

³³ Tesis: PC.XVII. J/20 A (10a.), Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. ,7 de junio de 2019, t. III, pp. 2375, 2376 y 2377

identidad de las personas? Bueno, si el máximo tribunal no promueve mi derecho a definirme a mi misma como mujer, más aún, limita mi identidad a mi filiación, tengo que concluir que esta jurisprudencia deforma dos derechos: el derecho a la identidad y el derecho fundamental al nombre, cuyos elementos son dos: nombre de pila y patronímicos.

- ii) En octubre de 2017, la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitió un fallo por el que determinó que procede la modificación del acta de nacimiento, conforme a una interpretación pro persona, cuando se trate de asentar su contenido conforme a la realidad social, en el entendido de que la enmienda por las que se adecuan los datos de identificación a la realidad social no deberá ser motivo para crear, modificar o extinguir derechos u obligaciones, ni causar perjuicios a terceros, ni que se haga en fraude a la ley.³⁴

Si bien, esta tesis jurisprudencial no se pronuncia respecto al cambio de nombre por identidad de género, consideramos que el caso le es aplicable. Este fallo prevé supuestos que omitió analizar la jurisprudencia citada con antelación; atinadamente se reconoce el derecho al cambio de nombre, siempre y cuando la adquisición del nuevo nombre no tenga como finalidad crear, modificar o extinguir derechos y obligaciones que cause perjuicios a terceros. Estas son las situaciones que se deben verificar, por la vía administrativa o judicial, cuando hay una solicitud de cambio de nombre, ello aunque no se cambie la filiación como dice el Tribunal, de cualquier manera hay una afectación a dos derechos fundamentales la identidad y el nombre.

³⁴ Tesis: XII.C.16 C (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, t. IV, octubre 2017, p. 2398

c) LA IDENTIDAD PERSONAL Y EL MATRIMONIO

Esta vertiente del derecho a la identidad se propone con motivo de la localización de la siguiente tesis: En marzo de 2016, un fallo de los Tribunales Federales consideró que el matrimonio de mexicanos en el extranjero surte efectos familiares desde que se celebra, aún cuando no se registre en la oficina del registro civil, a fin de no vulnerar la identidad de los contrayentes,

(...), vulneraría el derecho humano a la identidad, porque la falta de inscripción de un matrimonio de mexicanos en el extranjero, no puede tener como consecuencia que deje de reconocerse el estado civil de casado, no sólo en México, sino en cualquier parte del mundo, pues se trata de un atributo de la personalidad que no puede variar de un país a otro. Como todo matrimonio, los celebrados en el extranjero surten efectos familiares y patrimoniales. La nota distintiva de los primeros, es que siempre se producen; dichos efectos se refieren, entre otros, a la filiación que surge con el matrimonio entre los consortes, así como los derechos y obligaciones inherentes a éste, como el afecto, la fidelidad y el apoyo recíproco.³⁵

La seguridad jurídica que proporcionan los documentos públicos no se relaciona con el derecho a la identidad. En cuanto a la fidelidad y el apoyo recíproco, estos no son elementos estáticos ni dinámicos de la identidad, en todo caso, el fallo debió fundamentarse en el artículo 4 primer párrafo relativo a la desarrollo de la familia.

³⁵ Tesis: III.2o.C.38 C (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Tomo II, marzo de 2016, p. 1737

VII. IDENTIDAD GRUPAL

El derecho a la identidad es un derecho polisémico por ello versa sobre la identidad personal para destacar diferencias individuales y también, respecto a la identidad grupal para proteger los rasgos comunes entre las personas que forman grupos, esos rasgos comunes generan pertenencia al grupo e inciden en la identidad personal.

En México tienen carácter de derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la identidad indígena³⁶ y la identidad nacional.³⁷

Aunque no tengan carácter de derecho fundamental cada grupo forma su propia identidad por ejemplo, la familia, la universidad, amigos, iglesia, partidos políticos, etc.

Con relación a la identidad nacional, se emitió el fallo por el cual se ordenó el cese de un profesor que se abstiene de rendir honores a la bandera nacional y entonar el himno nacional:

(...), el profesor de educación primaria tiene la obligación de fomentar en el educando el amor a la patria y la conciencia de la nacionalidad, la independencia y la justicia; de tales disposiciones también se infiere que el Escudo, la Bandera y el Himno Nacionales son símbolos patrios de la República, en cuan-

³⁶ CPEUM Artículo 2o. La Nación Mexicana es única e indivisible. La Nación tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas que son aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

La conciencia de su identidad indígena deberá ser criterio fundamental para determinar a quiénes se aplican las disposiciones sobre pueblos indígenas. (...)

³⁷ Artículo 6o. B. En materia de radiodifusión y telecomunicaciones: III. La radiodifusión es un servicio público de interés general, por lo que el Estado garantizará que sea prestado en condiciones de competencia y calidad y brinde los beneficios de la cultura a toda la población, preservando la pluralidad y la veracidad de la información, así como el fomento de los valores de *la identidad nacional*, contribuyendo a los fines establecidos en el artículo 3o. de esta Constitución.

to constituyen los elementos fundamentales de identidad de los mexicanos, reconociéndose en ellos un patrimonio cultural común; por tanto, es evidente que el maestro, por su profesión y la calidad de trabajo que desempeña, está obligado a fomentar en sus alumnos la costumbre cívica de rendir honores a la Bandera Nacional y a entonar respetuosamente el Himno Nacional, con la finalidad de fortalecer las raíces históricas y los lazos culturales y sociales que nos unen y nos identifican como Nación. (...) ³⁸

Los rasgos comunes para los mexicano de acuerdo a este fallo son el escudo, la bandera y el himno nacional, a lo cual agregaría muy breve, también el lenguaje e historias, forman parte de la identidad nacional.

VIII. CONCLUSIONES

1. La palabra identidad es polisémica y sus significados, no sólo son diversos sino además, pueden ser antónimos; así encontramos, se emplea la palabra identidad tanto para hablar de rasgos comunes o iguales, como para hablar de rasgos diferentes.
2. El derecho a la identidad es polisémico, encontramos en la constitución y jurisprudencia derechos a la identidad que protegen diferentes aspectos de la personalidad: la identidad personal, la identidad indígena, identidad nacional y el derecho al cambio de nombre por identidad de género.
3. En México, hay un gusto por la palabra imprecisa, el juego de palabras y las frases con doble o múltiple sentido y parece que ese rasgo popular se traslado al ámbito jurídico por lo que respecta al derecho a la identidad.
4. La regulación y aplicación imprecisa del derecho a la identi-

³⁸ Tesis: 4a./J. 41/94, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, octubre 1994, p. 20

dad le ha quitado cobijo a otros derechos fundamentales como el nombre, la nacionalidad, los alimentos, e incluso, la misma identidad personal ha quedado desprotegida en parte.

5. La presencia de la conciencia en el derecho a la identidad, significa que la persona tiene el derecho a preguntarse y a investigar, quién soy yo - quiénes somos- quién eres.
6. El derecho a la identidad comprende dos tiempos, el primero es interno, en el cual uno a sí mismo se plantea ¿Quién soy yo?, o, ¿Quiénes somos nosotros? y el segundo o externo cuando con base en percepciones se define ¿Quién eres?, ¿Quiénes son ustedes? La exteriorización viene a confirmar la verdadera personalidad.
7. Por caminos diferentes se erigió el derecho a la identidad; mientras que en Italia la doctrina y los Tribunales definían el derecho a la identidad, analizando casos de robo de identidad, colisión de derechos como el interés de exteriorización de la personalidad contra la libertad de expresión y otros casos recursos del derecho a la identidad; en Argentina durante la última dictadura, 1976, se violaba sistemáticamente el derecho a la identidad de las familias y recién nacidos secuestrados por el Estado.
8. La identidad personal se integra con las característica y rasgos que las personas encontramos en nosotros mismos, algunos de estos rasgos son iguales a los de otros, por ejemplo a los integrantes de la nación, etnia, familia, universidad, religión, partido político, grupo de amigos, etc; y, a su vez, el conjunto de rasgos y características, nos permite asumirnos conscientemente como seres únicos y diferentes a todas las demás personas.
9. El derecho a la identidad tiene dos tipos de elementos, los

estáticos y los dinámicos.

10. Los elementos estáticos del derecho a la identidad pueden ser el nombre, la genética, la filiación, la nacionalidad, el género, la fecha de nacimiento, el lugar de nacimiento, en general, todos aquellos que permitan definir quién soy yo - quién eres.
11. Los elementos dinámicos de la identidad son aquellas características y rasgos determinados por la conciencia, los cuales cambian según nuestras vivencias; estos nos ayudan a delimitar internamente quién soy y externamente reflejan quién eres. Por ejemplo, quehacer, creencias, grupos de pertenencia, virtudes y vicios, lugares favoritos, historias y experiencias, certidumbres y temores, amores y odios, etc. Los elementos dinámicos cambian continuamente hasta que la persona muere.
12. La regulación mexicana define el derecho a la identidad exclusivamente atendiendo a los elementos estáticos de ese derecho. No obstante que, la identidad es un derecho fundamental en México, al prescindir de los elementos dinámicos de la identidad, es decir, aquellos rasgos y características determinados por la conciencia, la regulación se aleja de la protección a los cuestionamientos quién soy - quién eres.
13. Tanto en la legislación como en la jurisprudencia mexicana, el derecho a la identidad tiene como finalidad conocer los orígenes biológicos de las niñas, niños y adolescentes, de aquí que la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes dedica el capítulo tercero al derecho a la identidad.
14. El derecho mexicano, debería excursionar sobre el derecho a no saber, a fin de proteger el derecho a la identidad de las personas.
15. En los casos jurisprudenciales revisados, el derecho a conocer

la verdad biológica, no protegió el derecho a la identidad, ya que éstos no se motivaron por la incertidumbre de la niña, niño o el adolescente que quería indagar sobre sus orígenes; estos asuntos se iniciaron para imputar o deslindar una paternidad y así proteger los derechos de alimentos del menor o procurar el cuidado de la familia.

16. En la legislación mexicana y sobre todo en la actuación judicial, el derecho a la identidad se confunde con otros derechos, por ejemplo con el derecho al nombre, alimentos, filiación, derechos ARCO, derecho de registro de nacimiento, seguridad jurídica en el caso de derecho de reconocimiento de matrimonio contraído en el extranjero.
17. En la doctrina, legislación y actividad judicial mexicana falta claridad del concepto, elementos y finalidades del derecho a la identidad, lo que se muestra con la pobre protección judicial de ese derecho.

IX. FUENTES

1. BIBLIOGRAFIA

BORGES, Jorge Luis, “Biografía de Tadeo Isidoro Cruz (1829-1874)”, *El Aleph*, Buenos Aires, 1949.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, “Derecho a la identidad Personal”, *Comparazione e Diritto Civile*, 1992, p. 29, http://www.comparazionedirittocivile.it/prova/files/sessarego_derecho.pdf

FRAZER, James George, *La rama dorada: Magia y religión*, 3a ed., trad. de Elizabeth Campuzano y Tadeo I. Campuzano, México, Fondo de Cultura Económica, 2011.

GÓMEZ BENGOCHEA, Blanca, *Derecho a la Identidad y filiación: búsqueda de orígenes en adopción internacional y en otros supuestos de filiación transfronteriza*, Madrid, Dykinson, 2007.

MORGAN, Lewis Henry, *La sociedad primitiva*, Madrid, Ayuso, 1970, t. I, p. 141

PLINER, Adolfo, *El nombre de las personas*, 2a ed., Argentina, ASTREA, 199X.

SHAKESPEARE, William, *La tragedia de Hamlet, príncipe de Dinamarca*, Londres, 1605.

URÍA ACEVEDO, María de las Mercedes Ales, *El derecho a la identidad en la filiación*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.

2. HEMEROGRAFÍA

CANTORAL DOMÍNGUEZ, Karla, “Construcción jurisprudencial del derecho a la identidad”, *Nexo Jurídico, Focus Regit Actum*, México, año VI, número 23, octubre - diciembre 2014.

CIFUENTES SANTOS, “Protección jurídica de la vida privada y de la identidad personal”, *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencia Sociales de Buenos Aires*, año XLVI, número 39, 2001.

CROVI, Luis Daniel, “El Derecho a la Identidad y sus Alcances”, *Derecho de Familia y de las Personas*, Argentina, año VI, número 3, abril 2014.

TOURLIERE, Mathieu, “Pobre naces, pobre te quedas”, *Revista Proceso*, 18 de mayo de 2019, <https://www.proceso.com.mx/584668/pobre-naces-pobre-te-quedas>

3. LEYES

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes

3. JURISPRUDENCIALES

Tesis: PC.XVII. J/20 A (10a.), Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. ,7 de junio de 2019, t. III.

Tesis: 1a. XCVI/2018 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. I, agosto de 2018.

Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. II, junio 2018.

Tesis: 1a. LXXV/2018 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. II, junio de 2018.

Tesis: (IV Región)1o.3 C (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. IV, marzo 2018.

Tesis: XII.C.16 C (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, t. IV, octubre 2017.

Tesis: III.2o.C.38 C (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Tomo II, marzo de 2016.

Tesis: 1a./J. 55/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, Septiembre de 2014.

Caso Gelman Vs Uruguay, 24 de febrero de 2011, Corte Interamericana de Derechos Humanos

Corte de Casación Italiana, 22 de junio de 1985, caso Veronesi.

DE LA KALOPSIA AL DEMOS CONSTITUCIONAL: ¿PUEDE UNA CONSTITUCIÓN SER CRÍTICA Y TRANSFORMADORA?

FROM KALOPSIA TO CONSTITUTIONAL DEMOS: CAN A CONSTITUTION BE REFLECTIVE AND TRANSFORMATIVE?

DANIEL ANTONIO GARCÍA HUERTA¹

RESUMEN: Este trabajo analiza el fenómeno de expansión constitucional de los derechos humanos desde una perspectiva crítica. Sostiene que si una Constitución pretende generar condiciones de justicia y transformación social, no puede hacerlo únicamente a través del discurso jurídico, sino que requiere de un efectivo involucramiento con instituciones políticas y sociales. A partir de una crítica al modelo liberal de la Constitución, el texto aborda la necesidad de transitar hacia un modelo de constitucionalismo crítico y transformador que permita construir socialmente los derechos y asegurar un mayor impacto por parte de éstos.

PALABRAS CLAVE: *Constitución, derechos humanos, constitucionalismo transformador, constitucionalismo crítico, transformación social, movimientos sociales.*

ABSTRACT: From a critical approach, this paper studies the constitutional expansion of rights. It argues that if a Constitution aims to transform society, it cannot do it just by means of legal discourse. By criticizing the liberal scope of the Constitution, this work also emphasizes the need to advance a critical and transformative model of constitutionalism in order to promote a social construction and a major impact of human rights.

KEYWORDS: *Constitution, human rights, transformative constitutionalism, critical constitutionalism, social transformation, social movements.*

SUMARIO: I. Introducción; II. La kalopsia constitucional: entre normas, símbolos y aspiraciones; III. La constitución material: una aproximación

¹ Estudiante del Doctorado en Derecho en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Agradezco el apoyo del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONACyT) para el desarrollo de esta investigación. <d.garcia1089@comunidad.unam.mx >

normativa liberal-positivista; IV. La constitución simbólica: una ruta legal de las aspiraciones sociales; V. Los derechos a la alza: aproximaciones en torno a un constitucionalismo inflacionario; VI. El demos constitucional: la ruta hacia un constitucionalismo crítico y transformador; VII. Conclusiones; VIII. Fuentes.

I. INTRODUCCIÓN

Durante los últimos años, el contexto constitucional internacional y, particularmente el latinoamericano, ha experimentado un importante crecimiento en torno al reconocimiento de los derechos humanos². En algunos escenarios, dicho reconocimiento ha estado marcado por una creciente participación y articulación de movimientos sociales³ que, aprovechándose de las posibilidades que ofrece la constitucionalización de la vida cotidiana⁴, procuran la incorporación de demandas sociales en la Constitución con el objetivo de asegurar un resultado transformador de posibles expectativas y realidades resquebrajadas. En algunos otros casos, la proliferación de los derechos humanos y su reconocimiento constitucional se ha visto influenciado por la expansión de postulados vinculados con la generación de condiciones de desarrollo en los Estados y, por tanto, de la articulación de un entramado institucional enfocado en su aseguramiento⁵, mientras que en otros ha sido resultado

² César Rodríguez Garavito, *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico* (Siglo XXI, 2011).

³ Charles R. Epp, *The Rights Revolution: lawyers, activists, and supreme courts in comparative perspective* (University of Chicago Press, 1998).

⁴ Esteban Restrepo, "Reforma Constitucional y Progreso Social: La Constitucionalización de La Vida Cotidiana; En Colombia." *SELA (Seminario En Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Papers*, 2002: 2-13.

⁵ Kerry Rittich, "The Future of Law and Development: Second-Generation Reforms and the Incorporation of the Social", en David M. Trubek y Álvaro Santos (eds.), *The New Law and Economic Development: A Critical Appraisal*, 2006.

de una enérgica y vigorosa actividad judicial⁶ o de una mayor interacción entre el derecho internacional y el derecho interno⁷. En cualquier caso, esta ‘era constitucional’⁸ de los derechos no es otra cosa más que la materialización de una creciente tendencia por nombrar cualquier queja o agravio en términos de derechos humanos y, por tanto, por buscar su incorporación en los textos constitucionales⁹ con el objetivo de transformar la realidad social por medio del derecho.

Esta premisa de constitucionalización se ha convertido en la piedra de toque del constitucionalismo moderno, al grado que hoy por hoy es posible apreciar una abrumadora tendencia a incorporar ‘nuevos y viejos derechos’¹⁰ en los textos constitucionales. Así, por ejemplo, hasta hace algunos años el acceso a los servicios de Internet no formaba parte del cuerpo constitucional de muchos países, pero a la fecha ha sido recono-

⁶ Karina Ansolabehere, “More Power, More Rights? The Supreme Court and Society in Mexico”, en Javier Couzo (ed.), *Cultures of Legality. Judicialization and Political Activism in Latin America*, (United States: Cambridge University Press), 78–112. Javier Couzo, “The Transformation of Constitutional Discourse and the Judicialization of Politics en Latin America”, en Javier Couzo (ed.), *Cultures of Legality*, 141–160.

⁷ Thomas Risse, Stephen C. Ropp, and Kathryn Sikkink. *The Power of Human Rights: International Norms and Domestic Change*, 1999. Kathryn Sikkink, *The Justice Cascade: How Human Rights Prosecutions Are Changing World Politics*, 2011.

⁸ Dominique Clément, “Human Rights or Social Justice? The Problem of Rights Inflation”, *International Journal of Human Rights* 2987, núm. October (2017): 1–15.

⁹ Brian Orend, *Human Rights: Concept and Context* (Canada: Broadview Press, 2002), 109–10.

¹⁰ Para Francesco Del Canto con la expresión ‘nuevos derechos’ se hace referencia a una de las más relevantes manifestaciones del principios pluralista, que se materializa en reconocimiento y en la protección de situaciones jurídicas subjetivas de reciente afirmación, frecuentemente no reguladas de manera expresa por el derecho positivo, en estrecha colaboración con la exigencia de dar una respuesta a nuevos “desafíos universales”, o bien, a nuevos grupos de interés que asumen relevancia, signo de la evolución de la conciencia social, del progreso científico y tecnológico y de las mismas transformaciones culturales”. Francesco Dal Canto, “Los Nuevos Derechos: Entre la Constitución Italiana y las Cartas Europeas”, *Revista de Investigaciones Jurídicas de la Escuela Libre de Derecho*, núm. 40 (2016): cap. 116.

cido a nivel constitucional por diversos Estados¹¹. Lo mismo sucede con el derecho a un medio ambiente sano, el cual hasta antes de 1972 no contaba con un amplio reconocimiento constitucional, pero a la fecha más de tres cuartas partes de los países del mundo le confieren una posición privilegiada en sus cartas de derechos humanos¹².

Sea como sea, un aspecto medular que se coloca detrás de este fenómeno de reconocimiento expansivo es que la juridificación de los derechos humanos suele venir acompañada de una clase de ilusión constitucional. Es decir, de una fuerte creencia respecto de que su reconocimiento normativo puede impactar positivamente en la transformación de las condiciones socio-políticas y legales de una comunidad. Pese a ello, el devenir del tiempo y las experiencias comparadas han dado pie a una percepción un tanto desalentadora sobre su pretendida eficacia, así como sobre las posibilidades de cambio que los derechos humanos pueden generar en una sociedad¹³ exclusivamente desde una trinchera jurídica.

¹¹ El artículo 6 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que “El Estado garantizará el derecho de acceso a la información y comunicación, así como a los servicios de radiodifusión y telecomunicaciones, incluido el de banda ancha e internet”. Por su parte, el artículo 5A de la Constitución de Grecia dispone que “todas las personas tienen derecho a participar en la Sociedad de la información. El acceso a la información electrónicamente transmitida, así como su producción, intercambio y difusión constituyen obligaciones a cargo del Estado a la luz de las obligaciones previstas en los artículos 9, 9^a Y 19”. Asimismo, el Consejo Constitucional de la República de Francia señaló en la sentencia No. 2009-580 DC que “[la libertad de comunicación y expresión] implica hoy en día, a la vista del desarrollo generalizado de Internet, de su importancia para la participación en la vida democrática y en la expresión de las ideas y de las opiniones, la libertad de acceder a estos servicios de comunicación al público en línea”.

¹² David R. Boyd, *The Status of Constitutional Protection for the Environment in Other Nations*, (David Suzuki Foundation, 2014), 6.

¹³ Kathryn Sikkink, *Evidence for Hope. Making Human Rights Work in the 21st Century* (United States: Princeton University Press, 2017), 7.

En esta posición de extrema confianza en el derecho existe, no obstante, una tensión inevitable entre lo ideal y lo posible¹⁴; entre el plano normativo y el plano de lo sensible. Si la intención de modificar las condiciones sociopolíticas, legales y económicas de una comunidad se reduce a la emisión de normas y al reconocimiento legal de los derechos, entonces ¿cómo puede explicarse que en muchos contextos aún se experimenten alarmantes situaciones de desigualdad, violencia y violaciones graves a derechos humanos?¹⁵ o lo que es lo mismo ¿por qué pese al extenso reconocimiento constitucional de los derechos humanos, su respeto y aseguramiento continúa siendo una tarea pendiente?

La intención de este trabajo es precisamente analizar este fenómeno de expansión constitucional de los derechos humanos desde una perspectiva crítica. Sostiene que, si una constitución pretende generar condiciones de justicia y transformación social, no puede hacerlo únicamente a través de mandatos ni por medio del discurso jurídico, es decir, a través de la incorporación aislada de los derechos en cuerpos constitucionales. Por el contrario, una labor de tal magnitud requiere necesariamente de un efectivo involucramiento y aproximación con instituciones y estructuras políticas y sociales que incentiven su posterior transformación. De esta manera, una perspectiva normativa en torno a la constitucionalización de los derechos humanos –despojada de otras consideraciones sociológicas y políticas– no resulta más un proyecto defendible, pues en el marco de su implementación intervienen diversos factores que lejos de promover su efectiva materialización en el plano social, pueden llegar a producir esquemas que debilitan

¹⁴ Mauricio García Villegas, “El derecho en América Latina, entre lo ideal y lo posible”, *Letras Libres*, julio de 2016.

¹⁵ Anthony Allott, “The Effectiveness of Laws”, *Valparaiso University Law Review* 15, núm. 2 (1981): 231.

las posibilidades para la participación política y social de la comunidad¹⁶.

El texto se organiza a través de la siguiente estructura. La primera sección esboza una aproximación general a la idea de kalopsia constitucional. Sostiene que su conformación parte de la conjunción entre dos visiones sobre la Constitución. Por un lado, una perspectiva material o instrumental, fuertemente inspirada en un modelo liberal-positivista, que intenta articular no sólo la estructura de las instituciones estatales, sino de la propia realidad política. Y, por el otro, una visión simbólica de la Constitución en tanto mecanismo de recolección de aspiraciones sociales de transformación social que pueden legitimar al Estado y que promueven el proceso de proliferación constitucional de los derechos humanos. Respecto de ambas posturas, el texto analiza los límites y oportunidades que ellas ofrecen para la materialización social de los derechos humanos. La segunda sección de este estudio analiza la naturaleza del ‘constitucionalismo inflacionario’ como una de las nuevas tendencias en la escena constitucional contemporánea. Por último, la sección tercera ofrece algunas pautas teóricas que, mediante el aprovechamiento de dicho fenómeno; de las ventajas de las funciones material y simbólica, así como de otras consideraciones vinculadas con una mayor participación socio-política, podrían derivar en la formulación de un constitucionalismo crítico de orientación transformadora.

¹⁶ Para un análisis detallado sobre estos fenómenos, véase: Daniel Antonio García Huerta, “Legitimación, Concentración y Despolitización. Tres Consecuencias de los Derechos en la Constitución”, en *Entre la Libertad y la Igualdad. Ensayos críticos sobre la obra de Rodolfo Vázquez*, ed. Jorge Cerdio, Pablo De Larrañaga, y Pedro Salazar (Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Instituto de Estudios Constitucionales de Querétaro e Instituto Tecnológico Autónomo de México, 2017), 137-49.

II. LA KALOPSIA CONSTITUCIONAL: ENTRE NORMAS, SÍMBOLOS Y ASPIRACIONES

Cuando quienes estudiamos derecho ingresamos a las primeras clases de teoría constitucional o de introducción al estudio del derecho, es común que asumamos una visión omnipotente de la Constitución. En su mayoría, las y los profesores –fuertemente influenciados por una perspectiva positivista del Derecho– suelen apuntar que el texto constitucional representa la norma fundamental del sistema jurídico; aquella que describe e impone cómo debemos comportarnos y cómo debería de funcionar y estructurarse nuestra sociedad y nuestras instituciones.

Esta imagen e ilusión sobre la Constitución describe lo que en griego se conoce como *kalopsia*: un engaño en el que las cosas aparecen más hermosas de lo que realmente son. No se requiere mucho tiempo para que después de abandonar las aulas las y los estudiantes nos demos cuenta que toda aquella visión sobre la Constitución no es más que una romántica faramalla que dista mucho de la realidad que se nos pone de frente. De pronto, las y los recién egresados nos enfrentamos a un contexto en donde la Constitución no es más que una norma de papel¹⁷ que se caracteriza por su reiterado incumplimiento, o bien, una norma de arcilla cuya maleabilidad le permite adoptar la forma que mejor responda a los intereses de las élites gobernantes.

Esta clase de golpe de realidad refleja la distancia que suele existir entre lo ideal y lo real dentro del mundo del derecho. Los estudios críticos han abordado de manera importante el tema al sostener que en tanto disciplina social el derecho es eminentemente político y, por lo tanto, no puede estar separado de la sociedad ni de su contexto. O en una ruta

¹⁷ Mauricio García-Villegas, ed., *Normas de Papel. La cultura del incumplimiento de reglas* (Bogotá: Siglo del Hombre Editores y DeJusticia, 2009).

más amplia al afirmar que –bajo ciertas condiciones– el derecho y las normas que lo integran pueden ser utilizadas como mecanismos para el desenvolvimiento de escenarios de opresión y discriminación en contra de ciertos grupos y personas como las mujeres, las personas afrodescendientes o las y los migrantes.¹⁸

Bajo este telón, Duncan Kennedy, uno de los principales exponentes de la Escuela Crítica del Derecho en los Estados Unidos, ha considerado que el derecho puede llegar a funcionar como una religión de orden civil. En sus palabras, el derecho en tanto religión “indica que las personas ‘reverencian’ la Constitución (acaso como una emanación del de la deidad democrática de El Pueblo) tanto como reverencian la Biblia como palabra de Dios en la religión dominante; que atribuyen gran poder al derecho, como una especie equivalente del Espíritu Santo, una emanación de la divinidad; que hay un aura de espiritualidad en las discusiones del documento y de los derechos que supuestamente garantiza; que los Constituyentes son como profetas; y que el documento recibe una exégesis de espíritu similar al de la exégesis bíblica”¹⁹.

Las ideas apuntadas por Kennedy trazan una ruta de posibilidad para develar la kalopsia constitucional. Muestran que detrás del derecho se esconde una sólida, pero a la vez ingenua, ilusión sobre las posibilidades con las que éste cuenta para impactar en los escenarios sociales. Dicha ilusión se estructura a partir de tres concepciones dominantes. Por un lado, suele pensarse que (1) el derecho es neutral frente a la política y

¹⁸ Mauricio García-Villegas, ed., *Sociología Jurídica. Teoría y sociología del derecho en Estados Unidos* (Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2001); Mauricio García-Villegas, “A Comparison of Sociopolitical Legal Studies”, *The Annual Review of Law and Social Science* 12 (2016): 25–44.

¹⁹ Duncan Kennedy, “El constitucionalismo norteamericano como religión civil. Notas de un ateo”, en *Izquierda y Derecho. Ensayos de Teoría Jurídica Crítica* (Argentina: Siglo XXI, 2010), 127.

que responde únicamente a intereses de ‘justicia’²⁰; por el otro, (2) que la enunciación jurídica de una aspiración es capaz de convertirse automáticamente en realidad; y por último (3) que la sociedad puede ser transformada exclusivamente por la vía del derecho y de sus normas.

Sin embargo, ninguno de los elementos anteriores resulta real. En primer lugar, la ilusión del derecho se resquebraja cuando nos damos cuenta que tanto la formulación del derecho como su aplicación suelen depender de las consideraciones y visiones políticas, así como de la voluntad y de los incentivos políticos que las personas facultadas para ello puedan resistir (sobre este punto el análisis de las cortes y tribunales ha cobrado una mayor relevancia)²¹. También, pierde su fuerza cuando nos percatamos que la incorporación de un derecho humano en la Constitución no necesariamente se traduce en la consecución de los resultados deseados o en el mejoramiento de las condiciones que se pretenden modificar. Y, por último, cuando las personas somos conscientes de que, comúnmente, requerimos algo más que la fuerza de la ley para conseguir resultados transformadores por medio de su enunciación.

¿Cuál es el sustento de la kalopsia constitucional? ¿Qué es lo que alimenta esta ilusión en el derecho? ¿En dónde se encuentran sus bases? Desde la posición sostenida en el presente estudio, la respuesta yace en una particular conceptualización de la Constitución sustentada en una perspectiva liberal que se acompaña de una visión simbólica. La conjunción entre ambas dimensiones termina por producir efectos importantes en la manera de comprender y operar la Constitución y los derechos en ella reconocidos

²⁰ John Hasnas, “The Myth of the Rule of Law”, *Wisconsin Law Review* 199 (1995).

²¹ Jeremy Waldron, “Legal and Political Philosophy”, en *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, ed. Jules L. Coleman, Kenneth Einar Himma, y Scott J. Shapiro (United States: Oxford University Press, 2004), 352–82; Keith E. Whittington, R. Daniel Kelemen, y Gregory A. Caldeira, “The Study of Law and Politics”, en *The Oxford Handbook of Law and Politics*, ed. Keith E. Whittington, R. Daniel Kelemen, y Gregory A. Caldeira (United States: Oxford University Press, 2008), 3–17.

III. LA CONSTITUCIÓN MATERIAL: UNA APROXIMACIÓN NORMATIVA LIBERAL-POSITIVISTA

La creciente tendencia por constitucionalizar los derechos hace parte de una funcionalidad material de la Constitución basada en un enfoque liberal-positivista del derecho que arroja una luz particular tanto para el entendimiento de la Constitución, como de los propios derechos humanos. En el primer caso, esta perspectiva ubica a la primera como un acuerdo supremo que prescribe la manera en que una sociedad debe conducirse. Y a los segundos como principios abstractos que deben permanecer fuera del alcance de las voluntades populares. Es decir, representan ‘cartas de triunfo’ oponibles frente a las tentaciones mayoritarias²², como desafortunadamente suele entenderse lo popular.

La conceptualización de los derechos como cartas de triunfo en la Constitución, no obstante, puede llegar a ser problemática y traer consigo importantes consecuencias teóricas y prácticas. Desde una dimensión estrictamente jurídica, dicha concepción material puede limitar la perspectiva constitucional a un enfoque normativo enfocado exclusivamente en la incorporación de tales derechos en la Constitución, y dejar de lado otros análisis relevantes como los de funcionalidad y efectividad. Si bien es cierto que existen algunas teorías positivistas del derecho y de la Constitución que dedican esfuerzos considerables a analizar la eficacia de las normas, lo cierto es que tales corrientes suelen centrar sus análisis en la eficacia como aplicación o cumplimiento de tales normas, pero no

²² Para Ronald Dworkin, los derechos (*individual rights*) representan triunfos políticos pertenecientes a los individuos. Los individuos tienen derechos cuando, por alguna razón, un interés colectivo no representa una justificación suficiente para negarles lo que ellos desean hacer o no hacer, o cuando no existe una justificación lo suficientemente sólida para imponerles un pérdida o lesión a sus intereses. Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (Harvard University Press, 1978), 16. Traducción propia.

precisamente en el aseguramiento o consecución material de los fines que persiguen. Desde este punto de vista, el concepto de eficacia guarda una relación estrecha con el desenvolvimiento de un Estado de Derecho en donde la observancia y la primacía de las normas y principios que lo estructuran surge como una característica principal e indispensable para su existencia²³.

Por otro lado, desde algunas otras dimensiones como la política y la social, tal conceptualización puede llegar a minar la participación social y el propio desarrollo emancipatorio de los derechos humanos. Ello es así ya que el análisis, interpretación y garantía de éstos suele quedar condensado en un monopolio estatal de difícil acceso para las y los ciudadanos. Si bien algunas miradas podrían apuntar que el reconocimiento constitucional de los derechos humanos puede promover esquemas de movilización social en torno a su aseguramiento, también es cierto que la necesidad de emprender tales actos de exigibilidad parte de un presupuesto vinculado con el incumplimiento y falencia del derecho para asegurar su propio cumplimiento.

En palabras de David Sánchez Rubio, cuando ello sucede “los derechos humanos aparecen como instancias instituidas, separadas de sus procesos socio-históricos de constitución y significación. Las garantías se reducen a lo jurídico-estatal, bien a través de políticas públicas o por medio de sentencias judiciales y se piensa que el derecho estatal es la única instancia salvadora de la insociabilidad humana. Se deslegitima, así, la capacidad de la sociedad civil o pueblo para implementar sus propios sistemas de garantías que, dentro o fuera del marco legal, protegen y defienden derechos históricamente conquistados pero debilitados por

²³ Andrea Greppi, “Eficacia”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 3 (2012): 151; Brian Z. Tamanaha, *On the Rule of Law: History, Politics, Theory* (United States: Cambridge University Press, 2004), 92.

diversas circunstancias y nuevos derechos que el orden político y económico no los quieren reconocer, por la amenaza que suponen para el orden de poder establecido”²⁴.

Boaventura de Sousa Santos ha expresado una idea similar al precisar que “cuando, a partir de mediados del siglo XIX, el discurso de los derechos humanos se separó de la tradición revolucionaria, pasó a ser concebido como una gramática despolitizada de la transformación social, una especie de antipolítica. Los derechos humanos fueron subsumidos en el derecho del Estado y el Estado asumió el monopolio de la producción de la ley y la administración de la justicia”²⁵.

Lo anterior se relaciona con uno de los principales problemas del entendimiento liberal-positivista del binomio derechos-constitución. Es decir, de su apreciación del sistema jurídico como un elemento coherente y bien organizado que funciona casi en una simetría perfecta entre lo ideal y lo real por medio de su pretendida autorrealización. Esto es, cuando algunas corrientes teóricas adscritas a este enfoque sostienen que los derechos humanos, al incorporarse en la Constitución, adquieren el carácter de principios fundamentales que determinan la validez de otras normas y el alcance democrático de la comunidad política, sostienen también que la Constitución debe ser entendida como la norma de normas; aquélla que determina lo que puede y debe discutirse dentro del Estado. Este tipo de posturas han sido ampliamente sostenidas y debatidas por otros autores, por lo que no son objeto de análisis de este trabajo. Basta decir que para esta visión los derechos humanos en la Constitución representan aquellos postulados esenciales que dan sostén al sistema jurídico y

²⁴ David Sánchez-Rubio, “Derechos Humanos Constituyentes, Luchas Sociales y Cotidianas e Historización”, *Revista del Cíen Tramas/Maepova* 3 (2014): 89.

²⁵ Boaventura De Sousa Santos, *Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo* (Bogotá: DeJusticia, 2014), 28.

político de una comunidad²⁶.

Esta premisa que respalda a la Constitución como norma fundamental que *idealmente* debe performar tanto los elementos esenciales del sistema político y legal, así como los mecanismos institucionales para su cumplimiento y garantía representa, precisamente, su función instrumental o material²⁷. Ello es así en la medida en que, al reconocer derechos humanos en ella, la Constitución los asume como mandatos²⁸ que, al tener que ser obedecidos y aplicados en tanto manifestación pública del poder soberano, ordenan y determinan no sólo la estructuración del sistema y la posible distribución del poder político, sino también la conformación de una determinada realidad socio-política²⁹ que “debería ser” como lo ordena el derecho. Es decir, bajo este enfoque, una Constitución representa un conjunto de órdenes que conceptualiza a los derechos humanos como normas que dictan no sólo lo que las autoridades deben hacer, sino lo que los individuos deben esperar, observar y atender, con independencia de que se asegure el cumplimiento material de sus objetivos.

La consecuencia más evidente de este enfoque es, quizás, la juridificación de los derechos como normas constitucionales y por tanto su incorporación en el escenario legal de la comunidad. Sin embargo, esta posición trae consigo consecuencias más amplias para el constitucionalismo pues, desde una mirada más puntual, reduce el entendimiento cons-

²⁶ Dworkin, *Taking Rights Seriously*, 254. Luigi Ferrajoli, “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho* 34 (2011): 15-53; Luigi Ferrajoli, “El Derecho como Sistema de Garantías”, en *Derechos y Garantías. La Ley del más Débil* (Trotta, 2004).

²⁷ Carole Smith, “The Sovereign State v Foucault: Law and Disciplinary Power”, *Sociological Review* 48, núm. 2 (2000): 285-86.

²⁸ Carl Schmitt, *Constitutional Theory, e-Duke books scholarly collection*, 2008, 62.

²⁹ Ernest A. Young, “The Constitution Outside the Constitution”, *Yale Law Journal* 117, núm. 3 (2007): 416-26; Ernest A. Young, “The Constitutive and Entrenchment Functions of Constitutions: A Research Agenda”, *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law* 10, núm. 2 (2007): 399-412.

tucional a una cuestión jurídica y normativa de carácter interno³⁰ que,

³⁰ Martin Loughlin, “What is Constitutionalisation?”, en *The Twilight of Constitutionalism?*, ed. Petra Dobner y Martin Loughlin (United Kingdom: Oxford University Press, 2010), 47-72; Martin Loughlin, *Foundations of Public Law* (United Kingdom: Oxford University Press, 2010); Julian Arato, “Constitutionality and Constitutionalism Beyond the State: Two Perspectives on the Material Constitution of the United Nations”, *International Journal of Constitutional Law* 10, núm. 3 (2012): 627-59; Dieter Grimm, “The Constitution in the Process of Denationalization”, *Constellations* 12, núm. 4 (2005): 447-63.”title”:”What is Constitutionalisation?”,”type”:”chapter”,”uris”:[“http://www.mendeley.com/documents/?uuid=0f9708d4-f14f-415b-852f-15e711e227fe”]},{“id”:”ITEM-2”,”itemData”:{“abstract”:”This book offers an account of the formation of the discipline of public law with a view to identifying its essential character, explaining its particular modes of operation, and specifying its unique task. Public law is conceived broadly as a type of law that comes into existence as a consequence of the secularization, rationalization, and positivization of the medieval idea of fundamental law. Formed as a result of the changes that give birth to the modern state, public law establishes the authority and legitimacy of modern governmental ordering. Public law today is a universal phenomenon, but its origins are European. Part I of the book examines the conditions of its formation, showing how much the concept borrowed from the refined debates of medieval jurists. Part II then examines the nature of public law. Drawing on a line of juristic inquiry that developed from the late 16th to the early 19th centuries - extending from Bodin, Althusius, Lipsius, Grotius, Hobbes, Spinoza, Locke, and Pufendorf to the later works of Montesquieu, Rousseau, Kant, Fichte, Smith, and Hegel - it presents an account of public law as a special type of political reason. The remaining three parts unpack the core elements of this concept: state, constitution, and government. By explaining the way that these core elements of state, constitution, and government were shaped respectively by the technological, bourgeois, and disciplinary revolutions of the 16th-19th centuries, public law is revealed to be a subject of considerable ambiguity, complexity, and resilience.”,”author”:[{“dropping-particle”:””,”family”:”Loughlin”,”given”:”Martin”,”non-dropping-particle”:””,”parse-names”:false,”suffix”:””}],”id”:”ITEM-2”,”issued”:[{“date-parts”:[{“2010”}]}],”publisher”:”Oxford University Press”,”publisher-place”:”United Kingdom”,”title”:”Foundations of Public Law”,”type”:”book”,”uris”:[“http://www.mendeley.com/documents/?uuid=c8fe3dc1-f1d8-4847-a757-dcee3d633a23”]},{“id”:”ITEM-3”,”itemData”:{“abstract”:”This article examines the competences of the UN Security Council under the “constitution” of the United Nations, focusing in particular on its recent innovations in legislation. Certain critics decry Council legislation as unconstitutional, null and void. Apologists retort that the Charter delegates broad power to the Council, and the impugned legislative resolutions fall well within the broad textual limitations on its competence. I propose an approach to constitutional analysis to help cut through this debate, based on distinguishing between two perspectives on the “constitution” of an international organization: the juridical perspective emphasizing the transmission of validity in the creation, interpreta-

en términos de mandato, prescribe qué normas se encuentra jerárquicamente por encima de otras, así como la manera en que debemos pensar y ejercer los derechos humanos, pero sin transitar necesariamente hacia su materialización sustantiva.

Ello tiene su causa en el hecho de que el positivismo jurídico se ha enfocado más en el análisis en torno a la validez y naturaleza del derecho y no tanto en su funcionalidad en el plano social³¹. Tal vez éste sea uno de los puntos más débiles de esta teoría en relación con los derechos humanos: asumirlos como normas jurídicas prescriptivas y esperar su funcionalidad y efectividad como una consecuencia inmediata derivada

tion, and application of legal norms; and the political perspective from which the ordering of power among the constituted bodies may be assessed in terms of legitimacy and justice. Distinguishing between the perspectives illuminates the merits of the arguments on both sides of the debate on the Council's competences. Juridically speaking, it is difficult to argue that the Council's innovations are unconstitutional and void. Yet the political perspective helps explain the critics' discomfort with the Council's expansive innovations; from the latter angle it appears that the Charter's broad, unreviewable, and effectively unamendable delegation of power to the Council yields a deeply flawed constitutional arrangement, entailing systemic risks of hegemonic international law-making and the demise of constitutionalism.”, "author": [{"dropping-particle": "", "family": "Arato", "given": "Julian", "non-dropping-particle": "", "parse-names": false, "suffix": ""}], "container-title": "International Journal of Constitutional Law", "id": "ITEM-3", "issue": "3", "issued": {"date-parts": [{"2012"}]}, "page": "627-659", "title": "Constitutionality and Constitutionalism Beyond the State: Two Perspectives on the Material Constitution of the United Nations", "type": "article-journal", "volume": "10"}, "uris": [{"http://www.mendeley.com/documents/?uuid=56361dcd-a2e2-459c-b1ef-3f3429b9842a"}], {"id": "ITEM-4", "itemData": {"author": [{"dropping-particle": "", "family": "Grimm", "given": "Dieter", "non-dropping-particle": "", "parse-names": false, "suffix": ""}], "container-title": "Constellations", "id": "ITEM-4", "issue": "4", "issued": {"date-parts": [{"2005"}]}, "page": "447-463", "title": "The Constitution in the Process of Denationalization", "type": "article-journal", "volume": "12"}, "uris": [{"http://www.mendeley.com/documents/?uuid=12e44e8a-1997-4a99-b584-a3bfa4d4e3d3"}]}, "mendeley": {"formattedCitation": "Martin Loughlin, \"What is Constitutionalisation?\", en <i>The Twilight of Constitutionalism?</i>, ed. Petra Dobner y Martin Loughlin (United Kingdom: Oxford University Press, 2010

³¹ B Z Tamanaha, "Socio-Legal Positivism and a General Jurisprudence", *Oxford Journal of Legal Studies* 21, núm. 1 (2001): 1-32.

de su juridificación. En esta medida, esta visión estrictamente normativa de la Constitución, anclada en una dimensión del positivismo jurídico, opera a través de un «fetichismo legal» que tiende a “ignorar el abismo que separa la aprobación de una ley de su aplicación, (...) posponiendo indefinidamente la confrontación con su falta de aplicación”³². En este punto, si bien el positivismo jurídico puede ofrecer argumentos sólidos para sostener la naturaleza y validez sistémica de los derechos, poco es lo que tiene que decir respecto de su implementación y efectividad en la dinámica social.

No obstante ello, la función material de la Constitución también ofrece algunos aspectos positivos que vale la pena mencionar. En tanto norma suprema, la Constitución permite organizar la distribución normativa e institucional de las autoridades. Es decir, ofrece cierta claridad respecto a las normas que deben regular nuestra conducta, así como a las facultades y prohibiciones que las autoridades deben acatar. Funciona, al menos, como una suerte de referente que genera una clase de sensación de certeza jurídica en tanto es capaz de consolidar un orden al que como sociedad debemos ajustarnos. Así, en tanto pacto, una Constitución cumple la función de “dar orientación básica a ciudadanos y autoridades públicas acerca de cuáles son las reglas del ‘juego del derecho’ y cuáles son las reglas del ‘juego de la democracia’ en una sociedad en particular”³³.

Lo anterior, sin duda, constituye un elemento importante para una Constitución. El orden y la claridad en una sociedad son elementos indispensables para una convivencia armónica. Pero la garantía de los

³² Julieta Lemaitre, “Legal Fetishism: Law, Violence, and Social Movements in Colombia”, *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico* 77, núm. 2 (2008): 333.

³³ Francisca Pou Giménez, “Las Ineficacias Legales y Políticas del Híper-Reformismo Constitucional Mexicano”, en *La Dinámica del Cambio Constitucional en México*, ed. José María Serna de la Garza y Isidro de los Santos Olivo (México: Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2018), 400.

derechos y la existencia de condiciones de vida digna y participación democrática también lo son. Así, los principales problemas vinculados con esta perspectiva constitucional no se relacionan exclusivamente con su existencia, sino con su particular predominio. Por un lado, tales problemas pueden surgir cuando pese a la normativización de aspectos esenciales para una comunidad ésta no genera impactos materiales en el escenario social, o bien, cuando el uso excesivo del discurso jurídico se utiliza para restringir la participación socio-política de la comunidad.

IV. LA CONSTITUCIÓN SIMBÓLICA: UNA RUTA LEGAL DE LAS ASPIRACIONES SOCIALES

La funcionalidad de las constituciones que recogen una cantidad importante de derechos humanos en ellas no se agota únicamente en una dimensión jurídica. Por el contrario, también suele trascender a una órbita de naturaleza simbólica o imaginativa que explota su capacidad para idealizar la posibilidad de transformar en un futuro una determinada realidad social por medio del derecho³⁴.

Esta visión sobre la Constitución se inserta en una corriente que puede ser denominada como constitucionalismo simbólico. Para esta perspectiva, la producción de normas constitucionales no se vincula, necesariamente, con su pretendida implementación en el plano social sino

³⁴ Mauricio García Villegas explica esta función señalando que “la relación entre una norma y su ‘puesta en escena’, entre la ley y el bando, sigue siendo una de las mayores dificultades para comprender el sentido social y la realidad del discurso jurídico. El problema radica en que la fuerza reguladora del derecho puede provenir de la imagen que produce la norma o de su implementación, sin que necesariamente estos dos elementos se encuentren en la relación de complementariedad y unidad que la dogmática jurídica supone”. Mauricio García Villegas, *La Eficacia Simbólica del Derecho. Sociología Jurídica del Campo Político en América Latina*, Segunda Ed (Bogotá: IEPRI : DEBATE, 2014), 89.

que adopta la función de un símbolo político destinado a compensar el déficit de maniobra política de los gobiernos, más que a representar normas jurídicas destinadas a limitar el poder o a consagrar los derechos.³⁵

En palabras de Mauricio García Villegas, en estos casos “el sistema jurídico se convierte más en un mecanismo destinado a la legitimación de las políticas públicas que un instrumento de implementación instrumental de dichas políticas. En estos contextos críticos, la producción e implementación de normas da lugar a una reconstrucción de los problemas sociales y a un escape político hacia terrenos en los cuales los gobiernos pueden obtener mayores ventajas o simplemente atenuar los efectos perversos de su incapacidad política. El déficit de legitimidad, derivado y causado a la vez por la ineficacia instrumental del Estado se intenta compensar parcialmente con el aumento de la comunicación a través de la producción de discursos legales como respuestas a las demandas sociales de seguridad, justicia social y participación”.³⁶

Este efecto simbólico juega un papel fundamental en la configuración del ideario social sobre los derechos y la propia Constitución. De hecho, se entrelaza con el enfoque liberal-positivista ya analizado. Dado el carácter prescriptivo que se adscribe a la Constitución, cuando colocamos en ella nuestras máximas aspiraciones de protección y desarrollo social, las personas tendemos a creer que tenemos derechos humanos no porque en realidad los tengamos, sino porque la Constitución dice que los tenemos. Al ser la norma ‘fundamental’ del sistema y el referente político que articula a la ‘comunidad’, la fuerza prescriptiva de la Constitución despliega una estrategia de convencimiento y aparente performance social

³⁵ Mauricio García Villegas, “Constitucionalismo Aspiracional: Derecho, Democracia y Cambio Social en América Latina”, *Análisis Político* 25, núm. 75 (2012): 91.

³⁶ Mauricio García-Villegas, “Notas Preliminares para la Caracterización del Derecho en América Latina”, *El Otro Derecho*, núm. 26-27 (2002): 42.

que opera a través de un esquema de dominación legal racional³⁷. Como lo planteó Max Lerner, al final del día “todo pueblo necesita de un tótem y un fetiche; y la Constitución es el nuestro”³⁸.

Este fenómeno es explicado por Bourdieu como una consecuencia de la efectividad simbólica de la coherencia y sistematicidad³⁹ que una Constitución –y en general el derecho– representan. Siguiendo a Bourdieu:

“si no hay duda que el derecho ejerce una eficacia específica, imputable en particular al trabajo de codificación, de puesta en forma y en fórmula, de neutralización y de sistematización que realizan, según las leyes propias de su universo, los profesionales del trabajo simbólico, hay que recordar que esa eficacia, que se define por oposición a la inaplicación pura y simple o a la aplicación fundada sobre la pura coacción, se ejerce en la medida y sólo en la medida, en que el derecho es socialmente reconocido, y encuentra un acuerdo, incluso tácito y parcial, porque el derecho responde, al menos en apariencia, a necesidades e intereses reales”.⁴⁰

De esta manera, incorporar derechos humanos en una Constitución supone el despliegue de una funcionalidad diversa pero completamente útil. Una funcionalidad simbólica “que estructura la imaginación política (...) que proyect[a], mant[iene] y descubr[e] significados en el mundo de los acontecimientos históricos y de las posibilidades políticas”⁴¹. En tanto

³⁷ De acuerdo con Max Weber “la dominación racional descansa en la creencia de la legalidad de ordenaciones instituidas y de los derechos de mando de los llamados por esas ordenaciones a ejercer la autoridad”. Max Weber, *Economía y sociedad: Esbozo de sociología comprensiva* (Fondo de Cultura Económica, 1964), 707.

³⁸ Max Lerner, “Constitution and Court as Symbols”, *The Yale Law Journal* 46, núm. 8 (1937): 1294.

³⁹ Pierre Bourdieu, *On the State : Lectures at the Collège De France, 1989-1992.*, English ed, 2014, 170.

⁴⁰ Pierre Bourdieu, *Poder, Derecho y Clases Sociales* (Desclée De Brouwer, 2001), 205.

⁴¹ Paul W. Kahn, “Una Nueva Perspectiva para el Constitucionalismo Comparado:

comunidades caracterizadas por la finitud de recursos políticos, económicos y sociales, y por la existencia de múltiples demandas por parte de grupos y colectivos diversos, la constitucionalización de los derechos funciona como una poderosa herramienta para construir el imaginario sobre una realidad social deseada, justa e igualitaria; como un receptor de ilusiones sociales y un emisor de promesas legales que, aunque no realizables en un futuro mediano o próximo, al menos se mantendrán vigentes en tanto la Constitución permanezca también vigente.⁴²

En este punto la relación entre la función simbólica y material de una Constitución se aprecia, quizás, de manera más clara respecto a los derechos humanos. En el primer caso, la dimensión simbólica permite estructurar una serie de aspiraciones y promesas sustantivas socialmente deseadas que se colocan en la norma cumbre de una comunidad, proyectando así un rumbo idealizado que se pretende conseguir. Mientras que la función material, por otro lado, surge como una promesa de cumplimiento formal caracterizada por la coerción y obligatoriedad que caracterizan al discurso jurídico por medio del despliegue de normas que mandatan su realización. En síntesis, y de manera relacionada, ambas funciones desempeñan el rol de ladrillos y cemento, respectivamente, que aglutinan los objetivos sociales y políticos que encumbran los derechos humanos, aunque su realización material no siempre impacte en el ámbito real. Como lo diría Rodrigo Uprimny, que las “constituciones

El Análisis Cultural del Estado de Derecho Occidental”, *Revista de Derecho* XXIX, núm. 1 (2016): 228.

⁴² Siguiendo a Pierre Bourdieu “el derecho es, sin duda, la forma por excelencia del poder simbólico de nominación que crea las cosas nombradas y, en particular, los grupos sociales, la forma que confiere a estas realidades surgidas de sus operaciones de clasificación toda la permanencia que una institución histórica es capaz de conferir a instituciones históricas, igual a la que tienen los objetos. Pierre Bourdieu y Gunther Teubner, *La fuerza del derecho* (Universidad de los Andes, 2000), 198.

tengan vocación normativa y se encuentren llenas de aspiraciones, no ha significado obviamente que sus promesas se hayan realizado”⁴³.

Bajo esta tesitura, siguiendo a Ricardo Sanín Restrepo “es el derecho, la más antigua de las ciencias de las leyes para someter y hacer obedecer, el ‘big bang’ primordial de lo simbólico. El mito es a la vez la fundación y la función de la sociedad, el derecho es la narrativa y el ocultamiento de ese mito primordial. El derecho construye la estructura jerárquica y se sitúa como el elemento divino, el motor inmóvil de la cultura. Así como no hay sujeto sin derecho, la multiplicidad de sujetos o lo social es la fantasía primordial que crea el derecho, la sociedad es entonces el sistema de creencias que sostiene el derecho. El orden de lo dogmático es precisamente la transmisión fundamental del mito social, es su mito atómico.”⁴⁴.

Sin embargo, también cabe una lectura distinta de la función simbólica de la Constitución. De hecho, puede decirse que en esta dimensión de análisis se inscribe una ambigüedad. Por un lado, el simbolismo constitucional puede conducir a la conformación de una clase de ‘tótem constitucional’ que la haga parecer como un elemento trascendental, sagrado e intocable –en los términos religiosos apuntados por Kennedy y Restrepo– y, por consiguiente, que conduzca a su abandono social dada la existencia de una percepción de ineficacia material. Pero, por el otro, también puede ser entendida como un eje de motivación para la movilización social de actores sociales que emprenden luchas por la conse-

⁴³ Rodrigo Uprimny, “Las Transformaciones Constitucionales Recientes en América Latina: Tendencias y Desafíos”, en *El Derecho en América Latina. Un mapa para el Pensamiento Jurídico del Siglo XXI*, ed. César Rodríguez Garavito (Argentina: Siglo XXI, 2011), 133.

⁴⁴ Ricardo Sanín Restrepo, *Teoría Crítica Constitucional* (Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición y Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2011), 108.

cucción material de tales aspiraciones. De hecho, como lo apunta García Villegas, “la eficacia simbólica del derecho no excluye la producción jurídica de efectos materiales” que pueden ser alcanzados, no obstante, por vías distintas a su mero reconocimiento constitucional.

En este último enfoque, siguiendo a Claude Levi-Strauss, la eficacia simbólica juega un papel similar al de una ‘manipulación psicológica’. Esta última afirmación no debe entenderse desde un enfoque metafóricamente negativo, sino que debe otorgársele un significado casi literal⁴⁵. A juicio de este autor, tal manipulación permite a las personas en una comunidad, más que resignarse a la existencia de un contexto adverso y fatalista de desigualdad que impacta a la vigencia práctica de sus derechos humanos, comprender el alcance de dicho contexto e imaginar la posibilidad de un panorama distinto⁴⁶.

Es decir, bajo ciertas condiciones, la eficacia simbólica de los derechos humanos permite conceptualizarlos como una clase de relatos que buscan restituir una experiencia real que se presenta, por momentos, como una experiencia de constante pesimismo para transformarlos en una experiencia psicológica de diversa naturaleza. En otras palabras, este tipo de eficacia de los derechos humanos permite modificar su aparente naturaleza en una clase de *mito* que asegura la posibilidad para las personas que integran una comunidad de crear un imaginario positivo, aunque a futuro, capaz de sustituir, al menos en su concepción interna, las condiciones contextuales adversas que se les presentan.

De esta manera, a juicio de Levi-Strauss, la eficacia simbólica, en este caso de los derechos humanos, traza la ruta para articular una relación de los derechos humanos de carácter interno al espíritu o imaginación

⁴⁵ Jesús González, “La eficacia simbólica”, *Trama y fondo*, núm. 26 (2009): 9.

⁴⁶ Claude Levi-Strauss, *Antropología Estructural*, trad. Eliseo Verón, Segunda Re (Barcelona: Paidós, 1974), 216.

de las personas. Se trata, en sus palabras, de una “relación de símbolo a cosa simbolizada o, para emplear el vocabulario de los lingüistas, de significante a significado” que en cualquier caso se efectúa “por medio de símbolos, es decir, de equivalentes significativos del significado, correspondientes a un orden de realidad distinto del de este último”⁴⁷.

Lo anterior supone en cierta medida un escenario positivo para asegurar condiciones de transformación social en tanto que el simbolismo constitucional puede ser capaz de movilizar las emociones y traducirlas en acción. De acuerdo con Manuel Castells “la construcción de significados en la mente humana es una fuente de poder más estable y decisiva [pues] la forma en que pensamos determina el destino de las instituciones, normas y valores que estructuran las sociedades”⁴⁸. Así, “los individuos se muestran más entusiasmados cuando se movilizan por un objetivo que les importa. Esta es la razón por la que el entusiasmo está directamente relacionado con la esperanza. La esperanza proyecta el comportamiento hacia el futuro”⁴⁹.

En síntesis, la articulación de los efectos analizados respecto de las constituciones contemporáneas muestra, por un lado, las limitaciones que caracterizan a este modelo constitucional que tiende a enfrentar problemas sociales de manera poco realista⁵⁰ y, por el otro, da cuenta de otros efectos que la relación entre derechos y constitución pueden presentar en el escenario social y político de una comunidad. Sin embargo, esta funcionalidad constitucional articulada también ha traído importantes consecuencias para el desarrollo del constitucionalismo de las

⁴⁷ Levi-Strauss, 221-24.

⁴⁸ Manuel Castells, *Redes de Indignación y Esperanza*, trad. María Hernández Díaz (Madrid: Alianza Editorial, 2012), 23.

⁴⁹ Castells, 31.

⁵⁰ J. P. Dwyer, “Pathology of Symbolic Legislation”, *Ecology Law Quarterly* 17, núm. 2 (1990): 234.

últimas décadas. El más importante, quizás, es que ha marcado el inicio y desarrollo de una ‘era constitucional’ apoyada por la idea de que la mejor manera de proteger derechos humanos y de satisfacer demandas políticas y sociales es a través del establecimiento de cláusulas constitucionales que las reconozcan.

V. LOS DERECHOS A LA ALZA: APROXIMACIONES EN TORNO A UN CONSTITUCIONALISMO INFLACIONARIO

La articulación de la función material y simbólica de la Constitución ha derivado en un fenómeno de expansión de principios, valores e intereses constitucionalmente reconocidos como derechos humanos⁵¹. Este fenómeno de expansión no es otra cosa más que la materialización de la creciente tendencia a nombrar cualquier queja o agravio en términos de derechos humanos y, por tanto, a buscar su incorporación en los textos constitucionales⁵².

El fenómeno de inflación o proliferación de los derechos humanos ha sido analizado por diversos autores. Para Roberto Gargarella, por ejemplo, la inflación constitucional de los derechos suele caracterizarse por el crecimiento de la sección dogmática de las Constituciones motivado “por las demandas provenientes de activistas en materia de derechos humanos; de organizaciones sociales; o de nuevos grupos de interés, destinados a dar satisfacción a las demandas particulares de algún sector desaventajado dentro de la población”⁵³. Una perspectiva similar la ofre-

⁵¹ Michele Zezza, “El Problema de la Inflación de los Derechos y las Incongruencias de las Teorías Minimalistas”, *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, núm. 23 (2016): 2-12.

⁵² Orend, *Human Rights: Concept and Context*, 109-10.

⁵³ Roberto Gargarella, “Las Amenazas del Constitucionalismo: Constitucionalismo,

ce Dominique Clément para quien la inflación de los derechos puede producirse por medio de la redefinición de derechos existentes, o bien, a través de la reconceptualización de exigencias en términos de derechos. En ambos casos, para Clément la inflación de los derechos encuentra su ruta de materialización a través de la labor interpretativa que realizan los tribunales; de la emisión de leyes por parte de las legislaturas; de los procedimientos de reforma constitucional; de la actividad de las comisiones de derechos humanos, o bien, de la articulación de movimientos políticos que redefinen exigencias sociales en términos de derechos⁵⁴. Otro autor que ha abordado el estudio de este fenómeno es Carl Wellman. Para él, el proceso de inflación de los derechos humanos supone un proceso social complejo que puede traducirse en tres facetas distintas: 1) en el incremento de demandas o exigencias morales que pretenden ser o convertirse en derechos humanos; 2) en la proliferación de nuevos derechos legales, y 3) en el aumento de la utilización del lenguaje de los derechos en el discurso político⁵⁵.

La proliferación de los derechos humanos no ha estado exenta de críticas. Algunas posturas consideran riesgoso este inflacionismo en la medida en que provoca una degradación en el valor de los derechos humanos y promueve un discurso retórico sobre los mismos. Por ejemplo, para Danilo Zolo “es claro que la expansión anómica del repertorio de los derechos fundamentales suscita una incontestable aporía: si todo es fundamental, nada es fundamental”⁵⁶. Por su parte, James Griffin ha sos-

Derechos y Democracia”, en *SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política)*, 2001, 1-29.

⁵⁴ Clément, “Human Rights or Social Justice? The Problem of Rights Inflation”.

⁵⁵ Carl Wellman, *The Proliferation of Rights: Moral Progress or Empty Rhetoric?* (United States: Westview Press, 1999), 2.

⁵⁶ Tecla Mazzarese, “Minimalismo de los Derechos: ¿Apología Razonable o Deslegitimación Insidiosa?”, *Ideas & Derecho. Anuario de la Asociación Argentina de Filosofía del*

tenido que esta presión inflacionaria sobre los derechos ha traído como consecuencia su constante devaluación y que, si bien en cierta medida, ha promovido la ampliación de condiciones de exigencia social, también ha provocado una plétora en el propio discurso de los derechos⁵⁷.

En cualquier caso, tal como lo sostiene Rodolfo Vázquez, esta lógica de proliferación de los derechos humanos “ha operado en el nivel institucional y es un hecho que la lista nominal de derechos, especialmente en el ámbito constitucional, se ha incrementado exponencialmente”⁵⁸. Esta situación cobra mayor claridad en el contexto latinoamericano en donde las constituciones adoptadas durante los últimos años en lo que se considera como el Sur Global han seguido la ruta de un constitucionalismo inflacionario marcado por una incorporación ambiciosa tanto de derechos civiles y políticos, como de derechos económicos, sociales y culturales⁵⁹.

No obstante, lo que descansa detrás de este fenómeno inflacionario es el surgimiento de lo que Martin Loughlin llama una ‘era constitucional’⁶⁰. Un fenómeno caracterizado por el hecho de que cualquier demanda política o social tiende a ser conceptualizada, invariablemente, como una exigencia constitucional. Ello, produce como resultado una aparente necesidad esquizofrénica por constitucionalizar las demandas sociales y políticas de la comunidad bajo un paraguas normativo que promete su efectivo aseguramiento.

Derecho, núm. 5 (2005): 47.

⁵⁷ James Griffin, *On Human Rights* (United States: Oxford University Press, 2008), 92.

⁵⁸ Rodolfo Vázquez, “¿Inflación o deflación de derechos?”, en *Lenguaje, Mente y Moralidad. Ensayos en homenaje a Mark Platts*, ed. Gustavo Ortíz Millán y Juan Antonio Cruz Parceros (Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Filosóficas, 2015), 152.

⁵⁹ Rodríguez Garavito, *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico*.

⁶⁰ Martin Loughlin, “The Constitutional Imagination”, *The Modern Law Review* 78, núm. 1 (2015): 2.

El constitucionalismo inflacionario surge, entonces, como un proceso articulado entre la función material y simbólica de una constitución. Como un punto medio entre el camino trazado por los ideales sociales y las posibilidades institucionales. La creciente tendencia por constitucionalizar los derechos no representa un fenómeno aislado o casual, sino que forma parte de una respuesta limitada pero plausible para satisfacer las expectativas de eficacia de una estructura estatal.

Ello, no obstante, no necesariamente representa un aspecto positivo. Tener más derechos en la constitución no garantiza tener sociedades más justas o menos desiguales. Por el contrario, el crecimiento de este proceso inflacionario de los derechos en la constitución puede generar como consecuencia el incremento de visiones de mayor desasosiego y escepticismo social⁶¹ que, lejos de incentivar su efectiva implementación tiendan a su inminente abandono. Esta última es, quizás, una de las consecuencias más graves del proceso de inflación constitucional: el secuestro y privación de las posibilidades sociales para la apropiación, deliberación y ejercicio colectivo de los derechos humanos. ¿Cómo evitar que tales situaciones sucedan? ¿Es posible construir un modelo constitucional en el que el reconocimiento de los derechos no constituya una mera aspiración de cambio? ¿Puede una Constitución con sus derechos transformar nuestras realidades?

⁶¹ Marta Cartabia, “La Edad de los Nuevos Derechos”, *Revista de Derecho Político*, núm. 81 (2011): 65.

VI. EL DEMOS CONSTITUCIONAL: LA RUTA HACIA UN CONSTITUCIONALISMO CRÍTICO Y TRANSFORMADOR

En una perspectiva social los derechos humanos son sólo funcionales en la medida en que representan elementos prácticos y reales para la protección contra riesgos sociales o políticos⁶². Sin embargo, bajo ciertas condiciones, el constitucionalismo inflacionario puede hacer que tal funcionalidad resulte una labor poco viable. Bajo la arquitectura constitucional descrita en las secciones anteriores, los derechos humanos son conceptualizados como principios aspiracionales con un muy reducido alcance de transformación. Representan, en palabras de Roberto Gargarella, ‘cláusulas dormidas’ que no guardan contacto alguno con la realidad social en donde se pretenden implementar⁶³.

El contexto latinoamericano es un buen ejemplo de esta situación. Después de varios procesos de transformación constitucional en diversos países de la región, la comisión de violaciones a derechos humanos, los índices de desigualdad y los deficientes arreglos institucionales continúan siendo una constante en crecimiento que provocan una percepción de ausencia o vacío de tales derechos⁶⁴. En estos escenarios, las promesas derivadas de la constitucionalización de los derechos se muestran vagas, sino es que rotas.

⁶² Upendra Baxi, “An age of Human Rights?”, en *The Future of Human Rights*, 2008, 1.

⁶³ Roberto Gargarella y Christian Courtis, “El Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano: Promesas e Interrogantes”, *Serie Políticas Sociales*, vol. 153, 2009, 31.

⁶⁴ Roberto Gargarella, “Too much ‘Old’ in the ‘New’ Latin American Constitutionalism”, 2009; Felipe Curcó Cobos, “The New Latin American Constitutionalism: A Critical Review in the Context of Neo-Constitutionalism”, *Canadian Journal of Latin American and Caribbean Studies* 43, núm. 2 (2018): 212–30.

Este fenómeno coloca un peso particular sobre el constitucionalismo. Sin embargo, quizás, una de las posibles rutas para encarar este problema sea por medio de la revisión del papel que la Constitución juega en el actual escenario social y político de las comunidades. Tal vez sea momento de afrontar que una perspectiva jurídica de los derechos humanos- despojada de otras consideraciones sociales y políticas- no resulta más un proyecto defendible para la implementación de los derechos, sino que una relación efectiva y funcional entre derechos y Constitución hace necesario su involucramiento con las estructuras políticas y sociales de la comunidad⁶⁵.

El siguiente apartado refiere, precisamente, a la necesidad de transitar hacia un modelo distinto de constitucionalismo en el que una Constitución se coloque como un dispositivo para la distribución y ejercicio del poder socio-político en aras de una construcción e implementación más democrática de los derechos. A lo largo del análisis prestaré particular atención a las corrientes del constitucionalismo transformador⁶⁶ y del constitucionalismo crítico que hacen eco de postulados vinculados con la democracia radical y la construcción social de los derechos.

⁶⁵ Malak El Chichini Poppovic y Oscar Vilhena Vieira, "Reflections on the international human rights movement in the 21st century: Only the answers change", *Sur* 11, núm. 20 (2014): 21.

⁶⁶ En el plano teórico existen algunos otros términos como «nuevo constitucionalismo» (*new constitutionalism*) basado también en perspectivas críticas en la medida en que no dan por sentadas ni estáticas el papel de las instituciones ni las relaciones sociales de poder, sino que las cuestionan con la intención de revelar condiciones para su transformación. Véase Stephen Gill and A. Claire Cutler, *New Constitutionalism and World Order* (Cambridge University Press, 2014), 2-3 Sin embargo, estas perspectivas teóricas pueden ser consideradas como críticas externas a la Constitución y al propio constitucionalismo. En cambio, en este trabajo refiero el término constitucionalismo crítico como una crítica interna relacionada más con la naturaleza, esencia, estructura y función de la constitución. Por ello, pese a los posibles puntos de semejanza, para efectos del presente trabajo ambos términos no deben ser confundidos.

El constitucionalismo transformador constituye un enfoque teórico de reciente desenvolvimiento, principalmente, en el marco del Sur Global, particularmente, en países como Sudáfrica. Karl E. Klare, uno de los principales exponentes de este concepto, lo define como aquel proyecto de largo plazo en donde la aplicación e interpretación de la Constitución se enfocan a transformar tanto las instituciones políticas y sociales de una comunidad, como las relaciones de poder existentes en ella, en una dirección democrática, igualitaria y participativa. Dicha corriente tiene por objeto promover un cambio social de gran calado por medio de procesos políticos de naturaleza no violenta sustentados en el derecho.⁶⁷

La impresión que el constitucionalismo transformador guarda sobre la Constitución constituye un aspecto de gran relevancia. Este enfoque rechaza la clásica visión liberal de la Constitución como un pacto que configura a la sociedad. Por el contrario, refiere que las instituciones políticas, sociales y legales que intervienen en una comunidad no se encuentran dadas por el derecho, sino que son elegidas periódicamente por la sociedad a través de procesos de intervención y reinención democrática. Así, bajo esta perspectiva, la Constitución no es otra cosa más que aquello que queremos que sea y signifique. Es, por tanto, un producto contingente resultado de la interacción entre la creatividad humana y el contexto particular de una sociedad.⁶⁸

La interpretación judicial juega un papel protagónico bajo la teoría del constitucionalismo transformador. Asume que la labor interpretativa que desarrollan las y los jueces es eminentemente política y creadora de derecho. Se trata, bajo su perspectiva, de una interpretación post-liberal

⁶⁷ Karl E Klare, "Legal Culture and Transformative Constitutionalism", *South African Journal on Human Rights* 14, núm. April (1998): 146-88; Pius Langa, "Transformative Constitutionalism", *Stellenbosch Law Review*, núm. 17 (2006): 351-60.

⁶⁸ Klare, "Legal Culture and Transformative Constitutionalism", 151 y 155.

que reconoce que los derechos humanos consagrados en la Constitución no son auto-ejecutables sino que, por el contrario, requieren de una activa intervención judicial para que éstos puedan lograr su cometido de transformación social. De esta manera, lo único que se requiere para que los derechos puedan generar esquemas transformadores es que las y los operadores de justicia decidan trascender de aquellos límites formales establecidos por la cultura jurídica legalista que enarbola el clásico Estado de Derecho, y adelantar sus esquemas formales y materiales de interpretación en un sentido progresista.

El constitucionalismo transformador, sin duda, constituye un enfoque relevante para encaminar el ejercicio material de los derechos. Su doctrina intenta promover que las y los jueces asuman claros compromisos políticos con el adelantamiento de procesos de renovación de la cultura jurídica que impacten en la posibilidad de modificar esquemas de desigualdad que afectan a las personas en el escenario social. Intenta, por tanto, romper con el fetichismo legal característico del constitucionalismo liberal y hacer que los derechos humanos reconocidos por la Constitución ‘despierten’ para producir modificaciones materiales de importantes alcances.

Sin embargo, el constitucionalismo transformador adopta una perspectiva sumamente interna del derecho⁶⁹. Al concentrarse en la función interpretativa de la judicatura, el constitucionalismo transformador deja de lado el análisis de otras interacciones importantes que pueden influir de manera relevante en la consecución de la transformación social por medio del derecho, como aquellas que tienen lugar entre los movimientos sociales y las instituciones de justicia y gobierno de una sociedad. Si

⁶⁹ Karin Van Marle, “Transformative Constitutionalism as/and Critique”, *Stellenbosch Law Review* 20 (2009): 297. Michaela Hailbronner, “Transformative Constitutionalism: Not Only in the Global South”, *American Journal of Comparative Law* 65, núm. 3 (2017): 527–65.

el constitucionalismo transformador persigue como cometido la redistribución del poder en la sociedad, no puede dejar fuera del tablero de juego a otros actores sociales ni al análisis de otros contextos importantes distintos al derecho.

De esta manera, el constitucionalismo transformador debe también ser un constitucionalismo crítico. A grandes rasgos el constitucionalismo crítico representa también una contra-teoría a la visión dominante de las constituciones analizadas en las secciones anteriores. Entre sus premisas se encuentra una visión dinámica de la Constitución que rechaza a ésta como la norma fundamental y pragmática que debe performar y moldear el orden político, social y jurídico de una comunidad.

Esta perspectiva teórica también se opone a las visiones esencialistas en torno al contenido y a los titulares de los derechos humanos como elementos y subjetividades completos, acabados y universales. En cambio, el constitucionalismo crítico parte del «conflicto» como algo inherente a la existencia de la propia comunidad y, por lo tanto, de la necesidad de desarrollar distintos mecanismos para alcanzar su equilibrio, pero nunca su pacificación. Con ello, el constitucionalismo crítico es crítico en la medida en que es emancipador. No enarbola una concepción estática y acabada en torno a la concentración del poder político, sino que defiende la necesidad de distribuir tal poder como una condición esencial de la propia existencia del orden constitucional.

Las consideraciones críticas de esta perspectiva constitucional también atraviesan a los actores e instituciones sociales. Asumir que la Constitución es un terreno de disputa política, implica reconocer que los diversos actores que intervienen en el marco jurídico y socio-político de una comunidad pueden poseer y desplegar distintos marcos de poder y autoridad, sin que necesariamente uno se coloque por encima de otro.

Lo anterior, guarda una particular relación con la idea de poder en Michel Foucault para quien éste no constituye un aspecto de suma cero en donde sólo las élites poderosas pueden ejercerlo⁷⁰, sino que, al encontrarse en todo tipo de relaciones sociales, los sujetos más vulnerables también pueden generar esquemas de resistencia a través del despliegue de ciertas acciones y repertorios de movilización.

Esta visión supone el ejercicio de una interrelación entre instituciones estatales, por un lado, y actores y movimientos sociales, por el otro. En conjunto, los actores que intervienen en el campo del derecho ejercen funciones particularmente relevantes, aunque diferenciadas. En el caso de los actores y movimientos sociales, son éstos quienes a través del despliegue de ciertas estrategias de movilización depositan en los derechos humanos todas aquellas aspiraciones, demandas y necesidades que consideran necesarias para modificar los esquemas de dominación y opresión que limitan su vida social. Mientras que, por otro lado, son las cortes y tribunales quienes por medio de la autoridad que el sistema legal les confiere, pueden ampliar, cristalizar y formalizar –por medio de la interpretación y adjudicación– los esquemas de protección y garantía que los derechos humanos pueden perseguir para conseguir esquemas de transformación social.⁷¹

De este modo, la transformación de los contextos sociales por medio de la Constitución se estructura a través de dos consideraciones particulares. En ellas se aprecia la necesidad de que el constitucionalismo transformador se articule con un enfoque crítico. La primera consideración se relaciona con la posibilidad a cargo de los actores y movimientos sociales

⁷⁰ James Nickolas, “Law and Power: Ten Lessons from Foucault”, *Bond Law Review* 30, núm. 1 (2018): 35.

⁷¹ Douglas Nejaime, “Constitutional Change, Courts, and Social Movements”, *Michigan Law Review* 111, núm. 6 (2013): 877-902.

de involucrarse en un sentido político con su Constitución. Es decir, con la oportunidad que tienen de participar en la formulación y modificación de las cláusulas constitucionales como parte del ejercicio del poder soberano que reside, esencialmente, en ellos en tanto integrantes del pueblo. Mientras que la segunda se relaciona con la posibilidad de asegurar una construcción social de los derechos humanos que los identifique no como principios abstractos e intocables, sino como elementos socialmente útiles para el mejoramiento de las condiciones materiales de vida y coexistencia social. Lo anterior implica comprender que la naturaleza de los derechos humanos es la de representar herramientas políticas que permiten a los distintos actores sociales emprender batallas por su significado, operación y garantía en un entorno social contingente y variable marcado por la existencia de relaciones desiguales de poder.

Un ejemplo sobre la manera en que puede operar este modelo es el del matrimonio igualitario. En diversos contextos geográficos, el matrimonio entre personas del mismo sexo ha logrado un importante reconocimiento gracias a la intervención de las cortes y tribunales. Ello ha sido producto de la negativa o la omisión de los poderes legislativos y ejecutivos de avanzar legislaciones o políticas públicas que garanticen el derecho a la igualdad de las personas homosexuales, pero también gracias a la influencia y activismo de diversos movimientos sociales⁷².

A través del litigio dichos movimientos sociales no sólo buscaron el acceso a un derecho que históricamente les había sido negado. Por el contrario, mediante la utilización de esquemas interpretativos de ciertos derechos previamente reconocidos en la Constitución, como el derecho a la igualdad y el derecho a la familia, dichos movimientos sociales ase-

⁷² Anthony Kreis, "Stages of Constitutional Grief: Democratic Constitutionalism and the Marriage Revolution", *Journal of Constitutional Law* 20, núm. 4 (2016): 871-982.

guraron también su reconocimiento como actores políticos relevantes y demostraron que en el marco de la sociedad son capaces de ejercer el poder a través de la modificación de instituciones tradicionalmente incontrovertidas⁷³.

Con ello, los movimientos en defensa de la diversidad sexual no solamente aseguraron un cambio en la manera de operar e interpretar ciertas instituciones del derecho de familia. También lograron colocar en el centro del debate público la manera en que históricamente el derecho ha sido construido desde una perspectiva masculina y heteronormada. Es decir, el litigio relacionado con el matrimonio igualitario no sólo partió de una crítica de las disposiciones constitucionales existentes, sino que se amplió hacia el cuestionamiento del despliegue de ciertas relaciones de poder que ubicaban a las personas homosexuales en una categoría de segundo nivel al no poder contar con acceso a otros derechos igualmente relevantes como la seguridad social.

Lo anterior no quiere decir que los fallos judiciales que hasta el momento se han pronunciado en México y en otros países hayan sido capaces de eliminar los contextos de discriminación y desventaja que siguen afectando a las personas y grupos integrantes de la diversidad sexual. Desafortunadamente, aún es posible apreciar actos de discriminación de diversa índole que comprometen de manera grave el goce y ejercicio de sus derechos humanos. Sin embargo, tal y como lo sostiene Reva Siegel, el efecto de las decisiones judiciales ha sido el de estructurar un debate público y democrático respecto de un tema que anteriormente

⁷³ José Luis Caballero Ochoa y Daniel Antonio García Huerta, “El enigma, el candil y el vigía decidido. Los claroscuros del matrimonio igualitario en la jurisprudencia mexicana”, en *La Suprema Corte y el Matrimonio Igualitario en México*, ed. Ana Micaela Alterio y Roberto Niembro Ortega (Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México, 2017).

se encontraba fuera de cualquier consideración política y legal. En su reflexión, Siegel argumenta, precisamente, que las decisiones judiciales que reconocen el matrimonio igualitario han permitido asumir que la Constitución y los derechos que ella reconocen son un escenario de disputa entre distintos actores y movimientos sociales.⁷⁴

El conflicto trazado por el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo suele darse en las cortes, pero también en el plano político y social de la comunidad. En diversos países las decisiones judiciales sobre este tema han dado origen a un *backlash* o retroceso por parte de sectores conservadores tendientes a modificar normas constitucionales con el objetivo de impedir el matrimonio igualitario⁷⁵. Ello, lejos de ser una consecuencia negativa inmediata de tales decisiones, representa más bien un síntoma del desarrollo de un conflicto por el significado y el poder de los derechos para avanzar o limitar cambios sustantivos en el entramado social que garanticen una transformación social.

En este sentido, es claro que las decisiones judiciales respecto del matrimonio igualitario han logrado transformar y criticar ciertas estructuras sociales. En el primer caso, la transformación es patente en el hecho de que la posibilidad de contraer matrimonio no depende ya del sexo de

⁷⁴ Reva B. Siegel, "Same-Sex Marriage and Backlash: Constitutionalism through the Lens of Consensus and Conflict", en *Max Weber Lecture No. 2016/04* (European University Institute, 2016).

⁷⁵ En el caso de Costa Rica, y después de que tanto la Corte Constitucional así como la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitieran diversas decisiones en torno a la inconstitucionalidad e inconvencionalidad de que el gobierno de aquel país prohibiera los matrimonios entre personas del mismo sexo, un grupo de diputadas y diputados promovió una reforma constitucional para restringir el alcance del matrimonio a la unión entre un hombre y una mujer. Casos similares han ocurrido en El Salvador y Rumania en donde decisiones de las cortes nacionales de dichos países han traído como consecuencia que grupos conservadores promuevan la discusión de reformas constitucionales y la organización de referéndums con el objetivo de limitar el derecho de las personas del mismo sexo a contraer matrimonio y adoptar.

las personas, sino que sin importar éste cualquier persona puede acceder a él en el marco de una decisión libre y voluntaria. Mientras que en el segundo, la lucha por el reconocimiento del matrimonio igualitario ha abierto la puerta para estructurar un debate social, político y legal que cuestiona la estructura tradicional de las sociedades sobre la base de la consideración y diferenciación sexual de las personas.

Si bien dichos procesos no pueden considerarse como misiones acabadas, sí constituyen una muestra de la manera en que la lucha por el significado de los derechos, a partir de su construcción social, y la articulación activa entre actores institucionales y sociales ha sido capaz de generar esquemas de cambio y transformación social. Es evidente también que los logros alcanzados en esta materia no se deben en exclusiva a un actor o institución. Por el contrario, ha sido producto de un entorno de diálogo y crítica democrática que se refuerza a partir del aprovechamiento estratégico de las capacidades con las que cada actor e institución cuenta. De ahí que la movilización legal de los derechos humanos, a través de la incorporación de postulados y demandas políticas emancipatorias, pueda constituir una alternativa contra-hegemónica que contribuya a la conformación de una 'jurisprudencia insurgente'⁷⁶ que sea capaz de promover la incorporación de sujetos y de sus identidades en el plano sociopolítico de una comunidad. Si tales objetivos se cumplen puede hablarse, entonces, de que los derechos humanos reconocidos en la Constitución han logrado transformar, en cierta medida, la realidad de quienes emprenden su uso. *

⁷⁶ Michael E. Tigar, *Law and the rise of capitalism*, Segunda Ed (United States: Monthly Review Press, 2000).which greatly improves the oral delivery of probucol and subsequently leads to a novel therapeutic efficacy of probucol in the suppression of lung metastasis of breast cancer. DNP is formed by employing the intermolecular hydrophobic interactions between probucol and polyethylene glycol p-(1,1,3,3-tetramethylbutyl

VII. CONCLUSIONES

El constitucionalismo moderno ha descansado sobre una premisa que en nuestros días requiere de un análisis detallado en torno a su efectividad. Se nos ha dicho que constitucionalizar los derechos representa la mejor estrategia para promover el mejoramiento de las condiciones legales, políticas y sociales de una comunidad. Sin embargo, lo cierto es que la experiencia y el desarrollo de esta visión no ha hecho más que confirmar que la incorporación inmediata de estos derechos en la Constitución no ha resultado ser una propuesta efectiva ni mucho menos positiva para equilibrar las condiciones de desigualdad que afectan aún a muchas sociedades. La experiencia del constitucionalismo latinoamericano con sus largas listas de derechos económicos, sociales y culturales es un gran ejemplo de esto. En dicha región, las condiciones sociales y los sistemas democráticos no han mostrado un avance importante. Hasta el momento no existe, entonces, una relación precisamente clara entre la creciente constitucionalización de los derechos y el mejoramiento de las condiciones sociales y políticas de una comunidad. Si bien se ha logrado apreciar la generación de algunos avances, la instrumentalización de los derechos como normas constitucionales aún requiere de mayores desarrollos que aseguren no sólo su existencia formal, sino real a través de su efectiva implementación de cara a la transformación social de sociedades desiguales.

De esta manera, el problema quizás no sea el de constitucionalizar los derechos, sino el de apreciar dicha constitucionalización desde una perspectiva exclusivamente normativa. Una Constitución con vocación transformadora debe promover la modificación de las relaciones desiguales de poder en una sociedad por medio de la apropiación y ejercicio social

de los actores sociales. Tal misión puede ser mejor asegurada mediante el despliegue de un constitucionalismo crítico y transformador que parta del desarrollo de acciones conjuntas entre actores institucionales y sociales. De esa manera es más probable que las cláusulas constitucionales puedan despertar del sueño constitucional y generar cambios y modificaciones tendientes a la transformación social. Quizás, un constitucionalismo crítico y transformador sea la ruta para establecer un puente que nos permita transitar del sueño y la ilusión a la práctica y construcción social de los derechos. En otras palabras, que nos conduzca de la kalopsia al demos constitucional.

VIII. FUENTES

1. BIBLIOGRAFIA

ALLOTT, Anthony. "The Effectiveness of Laws". *Valparaiso University Law Review* 15, núm. 2 (1981).

ARATO, Julian. "Constitutionality and Constitutionalism Beyond the State: Two Perspectives on the Material Constitution of the United Nations". *International Journal of Constitutional Law* 10, núm. 3 (2012).

BAXI, Upendra. "An age of Human Rights?" En *The Future of Human Rights*, 2008.

BOURDIEU, Pierre. *On the State : Lectures at the Collège De France, 1989-1992*. English ed., 2014.

———. *Poder, Derecho y Clases Sociales*. Desclée De Brouwer, 2001.

BOURDIEU, Pierre, y Gunther Teubner. *La fuerza del derecho*. Universidad de los Andes, 2000.

CABALLERO OCHOA, José Luis, y Daniel Antonio García Huerta. "El enigma, el candil y el vigía decidido. Los claroscuros del matrimonio igualitario en la jurisprudencia mexicana". En *La Suprema Corte y el Matrimonio Igualitario*

- en México*, editado por Ana Micaela Alterio y Roberto Niembro Ortega. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México, 2017.
- CARTABIA, Marta. “La Edad de los Nuevos Derechos”. *Revista de Derecho Político*, núm. 81 (2011).
- CASTELLS, Manuel. *Redes de Indignación y Esperanza*. Editado por María Hernández Díaz. Madrid: Alianza Editorial, 2012.
- CLÉMENT, Dominique. “Human Rights or Social Justice? The Problem of Rights Inflation”. *International Journal of Human Rights* 2987, núm. October (2017).
- CURCÓ COBOS, Felipe. “The New Latin American Constitutionalism: A Critical Review in the Context of Neo-Constitutionalism”. *Canadian Journal of Latin American and Caribbean Studies* 43, núm. 2 (2018).
- DAL CANTO, Francesco. “Los Nuevos Derechos: Entre la Constitución Italiana y las Cartas Europeas”. *Revista de Investigaciones Jurídicas de la Escuela Libre de Derecho*, núm. 40 (2016).
- DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Harvard University Press, 1978.
- DWYER, J. P. “Pathology of Symbolic Legislation”. *Ecology Law Quarterly* 17, núm. 2 (1990).
- EPP, Charles R. *The Rights Revolution: lawyers, activists, and supreme courts in comparative perspective*. University of Chicago Press, 1998.
- FERRAJOLI, Luigi. “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”. *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho* 34 (2011).
- , “El Derecho como Sistema de Garantías”. En *Derechos y Garantías. La Ley del más Débil*. Trotta, 2004.
- GARCIA-VILLEGAS, Mauricio. “A Comparison of Sociopolitical Legal Studies”. *The Annual Review of Law and Social Science* 12 (2016).

- “Notas Preliminares para la Caracterización del Derecho en América Latina”. *El Otro Derecho*, núm. 26-27 (2002).
- ed. *Normas de Papel. La cultura del incumplimiento de reglas*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores y DeJusticia, 2009.
- ed. *Sociología Jurídica. Teoría y sociología del derecho en Estados Unidos*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2001.
- GARCÍA HUERTA, DANIEL ANTONIO. “Legitimación, Concentración y Despolitización. Tres Consecuencias de los Derechos en la Constitución”. En *Entre la Libertad y la Igualdad. Ensayos críticos sobre la obra de Rodolfo Vázquez*, editado por Jorge Cerdio, Pablo De Larrañaga, y Pedro Salazar, 137-49. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Instituto de Estudios Constitucionales de Querétaro e Instituto Tecnológico Autónomo de México, 2017.
- GARCÍA VILLEGAS, MAURICIO. “Constitucionalismo Aspiracional: Derecho, Democracia y Cambio Social en América Latina”. *Análisis Político* 25, núm. 75 (2012).
- , “El derecho en América Latina, entre lo ideal y lo posible”. *Letras Libres*, julio de 2016.
- , *La Eficacia Simbólica del Derecho. Sociología Jurídica del Campo Político en América Latina*. Segunda Ed. Bogotá: IEPRI : DEBATE, 2014.
- GARGARELLA, ROBERTO. “Las Amenazas del Constitucionalismo: Constitucionalismo, Derechos y Democracia”. En *SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política)*, 2001.
- , “Too much ‘Old’ in the ‘New’ Latin American Constitutionalism”, 2009.
- y Christian Courtis. “El Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano: Promesas e Interrogantes”. *Serie Políticas Sociales*. Vol. 153, 2009.

- GONZÁLEZ, Jesús. “La eficacia simbólica”. *Trama y fondo*, núm. 26 (2009).
- GREPPI, Andrea. “Eficacia”. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 3 (2012).
- GRIFFIN, James. *On Human Rights*. United States: Oxford University Press, 2008.
- GRIMM, Dieter. “The Constitution in the Process of Denationalization”. *Constellations* 12, núm. 4 (2005).
- HAILBRONNER, Michaela. “Transformative Constitutionalism: Not Only in the Global South”. *American Journal of Comparative Law* 65, núm. 3 (2017).
- HASNAS, John. “The Myth of the Rule of Law”. *Wisconsin Law Review* 199 (1995).
- KAHN, Paul W. “Una Nueva Perspectiva para el Constitucionalismo Comparado: El Análisis Cultural del Estado de Derecho Occidental”. *Revista de Derecho* XXIX, núm. 1 (2016).
- KENNEDY, Duncan. “El constitucionalismo norteamericano como religión civil. Notas de un ateo”. En *Izquierda y Derecho. Ensayos de Teoría Jurídica Crítica*. Argentina: Siglo XXI, 2010.
- KLARE, Karl E. “Legal Culture and Transformative Constitutionalism”. *South African Journal on Human Rights* 14, núm. April (1998).
- KREIS, Anthony. “Stages of Constitutional Grief: Democratic Constitutionalism and the Marriage Revolution”. *Journal of Constitutional Law* 20, núm. 4 (2016).
- LANGA, Pius. “Transformative Constitutionalism”. *Stellenbosch Law Review*, núm. 17 (2006).
- LEMAITRE, Julieta. “Legal Fetishism: Law, Violence, and Social Movements in Colombia”. *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico* 77, núm. 2 (2008).
- LERNER, Max. “Constitution and Court as Symbols”. *The Yale Law Journal* 46, núm. 8 (1937).

- LEVI-STRAUSS, Claude. *Antropología Estructural*. Editado por Eliseo Verón. Segunda Re. Barcelona: Paidós, 1974.
- LOUGHLIN, MARTIN. *Foundations of Public Law*. United Kingdom: Oxford University Press, 2010.
- . “The Constitutional Imagination”. *The Modern Law Review* 78, núm. 1 (2015).
- . “What is Constitutionalisation?” En *The Twilight of Constitutionalism?*, editado por Petra Dobner y Martin Loughlin, 47–72. United Kingdom: Oxford University Press, 2010.
- MARLE, Karin Van. “Transformative Constitutionalism as/and Critique”. *Stellenbosch Law Review* 20 (2009).
- MAZZARESE, Tecla. “Minimalismo de los Derechos: ¿Apología Razonable o Deslegitimación Insidiosa?” *Ideas & Derecho. Anuario de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho*, núm. 5 (2005).
- NEJAIME, Douglas. “Constitutional Change, Courts, and Social Movements”. *Michigan Law Review* 111, núm. 6 (2013).
- NICKOLAS, James. “Law and Power: Ten Lessons from Foucault”. *Bond Law Review* 30, núm. 1 (2018).
- OREND, Brian. *Human Rights: Concept and Context*. Canada: Broadview Press, 2002.
- POPOVIC, Malak el Chichini, y Oscar Vilhena Vieira. “Reflections on the international human rights movement in the 21st century: Only the answers change”. *Sur* 11, núm. 20 (2014).
- POU GIMÉNEZ, Francisca. “Las Ineficacias Legales y Políticas del Híper-Reformismo Constitucional Mexicano”. En *La Dinámica del Cambio Constitucional en México*, editado por José María Serna de la Garza y Isidro de los Santos Olivo. México: Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2018.

- RODRÍGUEZ GARAVITO, César. *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico*. Siglo XXI, 2011.
- SÁNCHEZ-RUBIO, David. “Derechos Humanos Constituyentes, Luchas Sociales y Cotidianas e Historización”. *Revista del Cíen Tramas/Maepova* 3 (2014).
- SANÍN RESTREPO, Ricardo. *Teoría Crítica Constitucional*. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición y Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2011.
- SCHMITT, Carl. *Constitutional Theory*. e-Duke books scholarly collection, 2008.
- SIEGEL, Reva B. “Same-Sex Marriage and Backlash: Constitutionalism through the Lens of Consensus and Conflict”. En *Max Weber Lecture No. 2016/04*. European University Institute, 2016.
- SIKKINK, Kathryn. *Evidence for Hope. Making Human Rights Work in the 21st Century*. United States: Princeton University Press, 2017.
- SMITH, Carole. “The Sovereign State v Foucault: Law and Disciplinary Power”. *Sociological Review* 48, núm. 2 (2000).
- SOUSA SANTOS, Boaventura De. *Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo*. Bogotá: DeJusticia, 2014.
- TAMANAH, B Z. “Socio-Legal Positivism and a General Jurisprudence”. *Oxford Journal of Legal Studies* 21, núm. 1 (2001)
- TAMANAH, Brian Z. *On the Rule of Law: History, Politics, Theory*. United States: Cambridge University Press, 2004.
- TIGAR, Michael E. *Law and the rise of capitalism*. Segunda Ed. United States: Monthly Review Press, 2000.
- UPRIMNY, Rodrigo. “Las Transformaciones Constitucionales Recientes en América Latina: Tendencias y Desafíos”. En *El Derecho en América Latina. Un mapa para el Pensamiento Jurídico del Siglo XXI*, editado por César Rodríguez Garavito, 109-38. Argentina: Siglo XXI, 2011.

- VÁZQUEZ, Rodolfo. “¿Inflación o deflación de derechos?” En *Lenguaje, Mente y Moralidad. Ensayos en homenaje a Mark Platts*, editado por Gustavo Ortíz Millán y Juan Antonio Cruz Parceró, Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Filosóficas, 2015.
- WALDRON, Jeremy. “Legal and Political Philosophy”. En *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, editado por Jules L. Coleman, Kenneth Einar Himma, y Scott J. Shapiro. United States: Oxford University Press, 2004.
- WEBER, Max. *Economía y sociedad: Esbozo de sociología comprensiva*. Fondo de Cultura Económica, 1964.
- WELLMAN, Carl. *The Proliferation of Rights: Moral Progress or Empty Rhetoric?* United States: Westview Press, 1999.
- WHITTINGTON, Keith E., R. Daniel Kelemen, y Gregory A. Caldeira. “The Study of Law and Politics”. En *The Oxford Handbook of Law and Politics*, editado por Keith E. Whittington, R. Daniel Kelemen, y Gregory A. Caldeira. United States: Oxford University Press, 2008.
- YOUNG, Ernest A. “The Constitution Outside the Constitution”. *Yale Law Journal* 117, núm. 3 (2007).
- . “The Constitutive and Entrenchment Functions of Constitutions: A Research Agenda”. *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law* 10, núm. 2 (2007).
- ZEZZA, Michele. “El Problema de la Inflación de los Derechos y las Incongruencias de las Teorías Minimalistas”. *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, núm. 23 (2016).

LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS COMO AUTORIDAD RESPONSABLE PARA EFECTOS DEL JUICIO DE AMPARO

THE NATIONAL HUMAN RIGHTS COMMISSION AS RESPONSIBLE AUTHORITY
FOR PURPOSES OF AMPARO TRIAL

VERÓNICA CERVERA TORRES¹

SYLVIA TORRES CABALLERO²

RESUMEN: La Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) ha sufrido importantes transformaciones a lo largo de su vida institucional que la han dotado de mayores facultades y autonomía, sin embargo, ha sido poco explorado si la CNDH puede ser considerada como autoridad responsable para efectos de procedencia del juicio de amparo y por ende, susceptible de cometer violaciones a derechos humanos cuando paradójicamente su objetivo principal es velar por la protección no jurisdiccional de los mismos. El presente artículo expondrá brevemente el origen y evolución en el diseño constitucional de esta institución a lo largo de sus 29 años de existencia y revisará diversos criterios jurisdiccionales que dan cuenta del cambio de visión, particularmente a partir de las reformas en materia de amparo y derechos humanos del año 2011, que conllevan a considerar a la CNDH como autoridad responsable para efectos del juicio de amparo.

PALABRAS CLAVE: *Comisión Nacional de los Derechos Humanos; ombudsman; amparo.*

¹ Licenciada en Derecho por la Universidad La Salle; Especialidad en Derechos Humanos y Maestría en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México; Maestría en Derechos Humanos y Democracia por la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales; Doctorante en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México

² Licenciada en Derecho, Maestría en Derecho y Doctorado en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México; se ha desempeñado como abogada litigante en materias laboral, mercantil y familiar. Actualmente labora en la Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

ABSTRACT: The National Human Rights Commission (CNDH) has undergone important transformations throughout its institutional life that have endowed it with greater powers and autonomy; however, it has been little explored if the CNDH can be considered as the responsible authority for the purposes of origin of the amparo judgment and therefore, capable of committing human rights violations when paradoxically its main objective is to ensure the non-legal protection of the same. This article will briefly explain the origin and evolution in the constitutional design of this institution throughout its 29 years of existence and will review various jurisdictional criteria that account for the change in vision, particularly from the reforms in the area of amparo and rights of 2011, which entails considering the CNDH as the responsible authority for the purposes of the amparo proceeding.

KEYWORDS: *National Human Rights Commission; ombudsman; amparo.*

SUMARIO: I. Introducción; II. Origen y evolución del diseño constitucional de la CNDH; III. Reforma constitucional en materia de amparo de 2011; IV. La CNDH como autoridad responsable para efectos del juicio de amparo; V. Conclusiones; VI. Fuentes.

I. INTRODUCCIÓN

La Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) junto con sus homólogas en las entidades federativas, conforman el sistema no jurisdiccional de protección a derechos humanos en México cuyo función radica en la protección de los derechos humanos, de conformidad con el artículo 102, apartado B) de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Pese a que sus determinaciones no revisten carácter vinculatorio a diferencia del sistema jurisdiccional, resulta viable considerar a la CNDH como autoridad para efectos del juicio de amparo a partir de las reformas en materia de derechos humanos y amparo de 2011 que posibilitan situar a la CNDH como posible transgresora de derechos humanos. Para comprender esta transición, en el primer apartado se revisará brevemente el origen y evolución

de la CNDH como organismo desconcentrado, organismo descentralizado y organismo constitucional autónomo; en el segundo apartado las modificaciones con motivo de la reforma en materia de amparo de 2011; en el tercer apartado se expondrán diversos criterios jurisdiccionales que reflejan el cambio de criterio para considerar a la CNDH como autoridad responsable para efectos del juicio de amparo y finalmente en las conclusiones se reflexionará acerca del mandato inexcusable de la CNDH de no transgredir derechos humanos y cumplir con sus funciones en favor de los mismos o de lo contrario, estar sujeta a un control de tipo jurisdiccional.

II. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DEL DISEÑO CONSTITUCIONAL DE LA CNDH

La figura *ombudmsan* de origen sueco³ (actualmente mejor referida como *ombudsperson* bajo el enfoque de perspectiva de género) hace referencia a un vocero, representante o mediador de la ciudadanía⁴; que a lo largo del tiempo fue implementada en varios países bajo diversas modalidades y matices⁵ aunque conservando como esencia el fiscalizar la actividad administrativa de las autoridades públicas mediante procedimientos sencillos y rápidos⁶.

³ Al respecto, Véase Sonia Venegas Álvarez, *Origen y devenir del Ombudsman ¿una institución encomiable?*, México, Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1988, p. 11.

⁴ Donald C. Rowat, *El ombudsman. El defensor del ciudadano*, México, Fondo de Cultura Económica, 1973, p. 7.

⁵ Sobre el tema, Véase Héctor Fix Zamudio, *Protección Jurídica de los Derechos Humanos. Estudios Comparativos*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 1991, p. 347-394

⁶ Héctor Fix Zamudio, *Los derechos humanos y su protección jurídica y procesal en Latinoamérica*, p. 17.

El carácter autónomo de esta institución, entre otras cualidades, se considera esencial a su naturaleza de conformidad con los “Principios relativos al Estatuto y Funcionamiento de las Instituciones Nacionales de Protección y Promoción de los Derechos Humanos”, también conocido como “Principios de París”, documento adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1993⁷.

En nuestro país si bien algunos autores destacan como antecedentes de esta figura a la Dirección para la Defensa de los Derechos Humanos en Nuevo León de 1979; el Procurador de Vecinos en Colima de 1983; la Procuraduría para la Defensa del Indígena en Oaxaca de 1986; la Procuraduría Social de la Montaña en Guerrero de 1987; la Procuraduría de Protección Ciudadana en Aguascalientes de 1988; la Defensoría de los Derechos de Vecinos en Querétaro de 1988; la Defensoría de los Derechos Universitarios de 1985 y la Procuraduría Social del Departamento del Distrito Federal de 1989⁸; fue hasta el 13 de febrero de 1989⁹ que se creó una Dirección General de Derechos Humanos dentro de la Secretaría de Gobernación, entre cuyas funciones se encontraban proponer programas, proyectos de iniciativas, acciones, capacitaciones y mecanismos en la materia; proporcionar apoyo técnico y asesoría sobre instrumentos internacionales a derechos humanos; así como atender quejas administrativas sobre violación de derechos humanos.

⁷ Véase Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Instituciones Nacionales de Derechos Humanos. Antecedentes, principios, funciones y responsabilidades*, Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 2010, pp. 37-64.

⁸ José Luis, López Chavarría, et. al., *Evolución normativa de la Comisión Nacional de Derechos Humanos*, México, 1993, p. 11.

⁹ Véase Reglamento Interior de la Secretaría de Gobernación, publicado el 13 de febrero de 1989 en el Diario Oficial de la Federación, disponible en: http://www.dof.gob.mx/nota_to_imagen_fs.php?cod_diario=206855&pagina=26&seccion=0

Posteriormente, el 6 de junio de 1990¹⁰ se creó por decreto presidencial la CNDH como un órgano desconcentrado de dicha Secretaría, responsable de proponer y vigilar el cumplimiento de la política nacional en la materia; con funciones de establecer mecanismos de coordinación adecuados; ejecutar programas de atención y seguimiento en torno a los reclamos sociales de derechos humanos; proponer programas preventivos y acciones que impulsaran el cumplimiento de instrumentos internacionales de derechos humanos, así como la posibilidad de formular recomendaciones sobre violaciones de derechos humanos.

Fue hasta la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 28 de enero de 1992¹¹, que se le dotó de rango constitucional mediante la adición de un apartado B) al artículo 102 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, estableciendo a la CNDH como un organismo descentralizado, además de conformar un sistema no jurisdiccional de protección a los derechos humanos, al prever que las legislaturas de los estados también establecerían estos organismos en cada entidad federativa que conocerían de quejas en contra de actos u omisiones de naturaleza administrativa provenientes de cualquier autoridad o servidor público (con excepción de los del Poder Judicial de la Federación, asuntos electorales, laborales y jurisdiccionales) que violaran derechos humanos y reiterando la facultad para formular recomendaciones públicas autónomas, no vinculatorias y denuncias y quejas ante

¹⁰ Véase Decreto por el que se crea la Comisión Nacional de Derechos Humanos como un órgano desconcentrado de la Secretaría de Gobernación, publicado el 6 de junio de 1990 en el Diario Oficial de la Federación, disponible en: http://www.dof.gob.mx/nota_to_imagen_fs.php?codnota=4659530&fecha=06/06/1990&cod_diario=200653

¹¹ Véase Decreto por el que se reforma el Artículo 102 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado el 28 de enero de 1992 en el Diario Oficial de la Federación, disponible en: http://www.dof.gob.mx/nota_to_imagen_fs.php?codnota=4646760&fecha=28/01/1992&cod_diario=200014

las autoridades respectivas. También se estableció la facultad de CNDH para conocer de las inconformidades que se presentaran en relación con las recomendaciones, acuerdos u omisiones de los organismos equivalentes a las entidades federativas.

Otra importante modificación constitucional al mismo apartado, sucedió con la reforma de 13 de septiembre de 1999¹², ya que consolidó a la CNDH como un organismo constitucional autónomo con autonomía de gestión y presupuestaria, así como personalidad jurídica y patrimonio propios. Asimismo, estableció un Consejo Consultivo y estableció la obligación del titular de la CNDH de presentar anualmente un informe de actividades a los Poderes de la Unión.

Como otra relevante transformación, debemos mencionar a la reforma en materia de derechos humanos de 10 de junio de 2011¹³, la cual introdujo otra serie de modificaciones en el artículo y apartado en comentario, a saber:

1. Establece que todo servidor público se encuentra obligado a responder las recomendaciones formuladas por estos organismos y en el caso de que no sean aceptadas o cumplidas, las autoridades o servidores públicos deberán fundar, motivar y hacer pública su negativa y además, la Cámara de Senadores o en sus recesos la Comisión Permanente o las legislaturas de las entidades federativas, según corresponda, podrán llamar a solicitud de estos organismos, a las autoridades o servidores

¹² Véase Decreto por el que se reforma y adicional el artículo 102 apartado B de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado el 13 de septiembre de 1999 en el Diario Oficial de la Federación, disponible en: http://www.dof.gob.mx/nota_to_imagen_fs.php?codnota=4953799&fecha=13/09/1999&cod_diario=148678.

¹³ Véase Decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado el 10 de junio de 2011 en el Diario Oficial de la Federación, disponible en: http://www.dof.gob.mx/nota_to_imagen_fs.php?codnota=5194486&fecha=10/06/2011&cod_diario=237901

- públicos responsables para que comparezcan ante dichos órganos legislativos a fin de que expliquen el motivo de su negativa.
2. Habilita la competencia para conocer de asuntos electorales y jurisdiccionales.
 3. Mandata que las constituciones de las entidades federativas y el entonces Estatuto de Gobierno de la Ciudad de México deberían garantizar la autonomía de los organismos de protección de los derechos humanos.
 4. Modifica la elección del titular de la CNDH y sus homólogas en las entidades federativas, así como de los integrantes del consejo consultivo, al sujetarlo a un procedimiento de consulta pública transparente.
 5. Habilita la competencia de la CNDH para investigar hechos que constituyan violaciones graves de derechos humanos, cuando lo juzgue conveniente o lo pidiera el Ejecutivo Federal, algunas de las Cámaras del Congreso de la Unión o los titulares de los poderes ejecutivos de las entidades federativas o las legislaturas de éstas, incluidas la entonces Asamblea Legislativa del Distrito Federal.

Ahora bien, resulta pertinente mencionar que la reforma en materia de derechos humanos modificó otros once artículos¹⁴ de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (1, 3, 11, 15, 18, 29, 33, 89, 97, 105), destacando el artículo primero constitucional al disponer que todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esa Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que la propia Constitución establece. Por otra parte, refiere que las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con la Constitución y los tratados internacionales de la materia, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más

¹⁴ Ídem.

amplia y señala que todas las autoridades (que incluiría a la CNDH), 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. Por lo que el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos.

La última modificación constitucional al artículo 102, apartado B) de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos fue la publicada en el Diario Oficial de la Federación el 29 de enero de 2016¹⁵, para adecuar los términos en atención al cambio de la Ciudad de México como entidad federativa.

La creación de la CNDH obedeció a múltiples causas tanto políticas, económicas y sociales que propiciaron su implementación en nuestro país¹⁶ y que actualmente es cuestionada su existencia en el contexto del actual gobierno¹⁷. No se omite mencionar que la institución ha sido objeto de anteriores críticas en torno a su funcionamiento a lo largo de su existencia¹⁸, sin embargo, se considera que la figura del *ombudsperson* es

¹⁵ Véase Decreto por el que se declaran reformadas y derogadas diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de la reforma política de la Ciudad de México, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 29 de enero de 2016, disponible en: http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5424043&fecha=29/01/2016

¹⁶ Véase José Galindo Rodríguez, *La CNDH: una consecuencia de la política económica y social de México (1970-1990)*, México, Porrúa, 2010, pp. 7-9.

¹⁷ Víctor Chávez, *Busca Morena quitar la CNDH y crear Defensoría del Pueblo*, en *El Financiero*, México, 8 de abril de 2019, disponible en: <https://www.elfinanciero.com.mx/nacional/busca-morena-quitar-la-cndh-y-crear-defensoria-del-pueblo>

¹⁸ Cfr. Francisco Javier Acuña Llamas, *La Comisión Nacional de los Derechos Humanos: una institución a medio camino. Frentes críticos a su estatuto jurídico inconcluso*, México, Porrúa-Universidad Anáhuac del Sur, 2003, pp. 217-252; Emilio Álvarez Icaza et. al., *Ombudsman: asignatura pendiente en México*, México, Universidad Iberoamericana, 2013, pp. 17-65; Human Rights Watch, *La Comisión Nacional de los Derechos Humanos de México. Una evaluación crítica*, Nueva York, 2008, Human Rights Watch, pp. 1-10; e Instituto Tecnológico Autónomo de México, Programa Ata-

necesaria en un estado democrático de derecho cuyo eje sean los derechos humanos y que a la vez constituye un importante contrapeso al poder. Cobrando vigencia en la actualidad las palabras de quien fue el primer titular de ese organismo: la Comisión Nacional es un organismo del presente y del futuro¹⁹.

III. REFORMA CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE AMPARO DE 2011

El juicio de amparo es la institución jurídica, mediante la cual, una persona denominada quejoso solicita a un órgano jurisdiccional federal el amparo y protección de la justicia federal, en contra de un acto o ley (acto reclamado), emitida u omitida por una autoridad denominada responsable y que el quejoso considera viola sus garantías individuales (hoy derechos humanos) o el régimen de distribución competencial, lo cual le causa un agravio, para que se le restituya o mantenga en el goce de sus presentes derechos²⁰.

La reforma constitucional en materia de amparo fue publicada el 6 de junio de 2011²¹ y se destacan las siguientes modificaciones que se consideran relevantes para el tema de nuestro interés:

laya. Análisis académico de la CNDH y CDHDF, México, 2003, Instituto Tecnológico Autónomo de México.

¹⁹ Jorge Carpizo, *Derechos humanos y Ombudsman*, México, 1993, Comisión Nacional de los Derechos Humanos-Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, p. 12.

²⁰ Hertino Avilés Albavera, *Introducción al estudio del derecho de amparo*, México, 2012, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos, p. 65.

²¹ Véase Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de los artículos 94, 103, 104 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 6 de junio de 2011, disponible en: https://www.dof.gob.mx/nota_to_imagen_fs.php?codnota=5193266&fecha=06/06/2011&cod_diario=237741

1. Se dispuso que los Tribunales de la Federación resolverían toda controversia que se suscite: a) por normas generales, actos u omisiones de la autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por esta Constitución, así como por los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte; b) por normas generales o actos de la autoridad federal que vulneren o restrinjan la soberanía de los estados o la esfera de competencia del Distrito Federal, y c) por normas generales o actos de las autoridades de los Estados o del Distrito Federal que invadan la esfera de competencia de la autoridad federal.
2. Se señaló que el juicio de amparo se seguirá siempre a instancia de parte agraviada, teniendo tal carácter quien aduce ser titular de un derecho o de un interés legítimo individual o colectivo, siempre que alegue que el acto reclamado viola los derechos reconocidos por esta Constitución y con ello se afecte su esfera jurídica, ya sea de manera directa o en virtud de su especial situación frente al orden jurídico.
3. En el juicio de amparo deberá suplirse la deficiencia de los conceptos de violación o agravios de acuerdo con lo que disponga la ley reglamentaria.
4. En materia administrativa el amparo procede, además, contra actos u omisiones que provengan de autoridades distintas de los tribunales judiciales, administrativos o del trabajo, y que causen agravio no reparable mediante algún medio de defensa legal. Será necesario agotar estos medios de defensa siempre que conforme a las mismas leyes se suspendan los efectos de dichos actos de oficio o mediante la interposición del juicio, recurso o medio de defensa legal que haga valer el agraviado, con los mismos alcances que los que prevé la ley reglamentaria y sin exigir mayores requisitos que los que la misma consigna para conceder la suspensión definitiva, ni plazo mayor que el que establece para el otorgamiento de la suspensión provisional,

independientemente de que el acto en sí mismo considerado sea o no susceptible de ser suspendido de acuerdo con dicha ley.

Con motivo de esta reforma, sufrió modificaciones la Ley de Amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, regulando las causas de improcedencia del juicio de amparo en el artículo 61²².

Las adecuaciones anteriores, sumado a lo dispuesto en el artículo primero, tercer párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que revisamos en apartado anterior, permite vislumbrar a la CNDH como autoridad responsable para efectos de amparo en caso de ser transgresora de derechos humanos que ampara el orden jurídico mexicano y por tanto, susceptible de un control de tipo jurisdiccional a través de este mecanismo.

IV. LA CNDH COMO AUTORIDAD RESPONSABLE PARA EFECTOS DEL JUICIO DE AMPARO

Han sido pocos los criterios jurisprudenciales que denotan un cambio de criterio a fin de considerar a la CNDH como autoridad responsable para efectos de amparo, mismos que se exponen a continuación:

- 1.- Comisión Nacional de Derechos Humanos. Es improcedente el amparo en contra de la declaratoria de incompetencia para conocer de una denuncia de violación a derechos humanos, por no ser un acto de autoridad²³.
- 2.- Comisión Nacional de Derechos Humanos. Sus recomendaciones no tienen el carácter de actos de autoridad para efectos del juicio de

²² Cfr. Artículo 61 de la Ley de Amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

²³ Tesis aislada P. XCVII/98, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. VIII, diciembre de 1998, p. 223.

amparo²⁴.

3.- Comisión Nacional de Derechos Humanos. La negativa a expedir copia de constancias relativas a los expedientes de queja a las partes que la solicitan para exhibirlas en juicio, viola la garantía de audiencia, aun cuando se aduzcan razones de confidencialidad²⁵.

4.- Comisión Nacional de los Derechos Humanos. El desechamiento del recurso de impugnación previsto por el artículo 55 de su ley, es un acto de autoridad para efectos de la procedencia del juicio de amparo²⁶.

5.- Procede el juicio de amparo cuando la comisión nacional de derechos humanos desecha un recurso de impugnación por improcedente²⁷.

De los criterios anteriores se colige que la CNDH en un principio no fue considerada como autoridad para efectos de amparo dado que sus resoluciones, incluidas las recomendaciones, no creaban, modificaban o extinguían una situación jurídica concreta dado su carácter de no vinculatorias.

En un segundo momento, se consideró que la negativa de CNDH para expedir copias de las constancias de expedientes de queja a las partes con la finalidad de exhibirlas en juicio, violaba la garantía de audiencia pese al principio de confidencialidad contenido en su propia normatividad²⁸ y por tanto, tal situación era susceptible de conocimiento vía juicio de amparo como una excepción a la regla anterior.

²⁴ Tesis aislada VI.3o.16 K, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. IX, abril de 1999; p. 507.

²⁵ Tesis aislada P. XLVIII/2000, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena época, t. XI, abril de 2000, p. 65.

²⁶ Tesis aislada IV.3º.A.33K, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. I, diciembre de 2014, p. 3421.

²⁷ Tesis Jurisprudencial (común) 1a./J. 23/2018, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. I, octubre de 2018, p. 716.

²⁸ Véase artículo 68 de la Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

En un tercer momento, posterior a la reforma en materia de derechos humanos y amparo de 2011, se advirtió que el desechamiento del recurso de impugnación por parte de CNDH se considera como un acto de autoridad para efectos del juicio de amparo, bajo el argumento de la relación de supra a subordinación con un particular, siendo equiparable la facultad de resolver el recurso respectivo a la de un órgano jurisdiccional; siendo irrenunciable por su naturaleza pública la potestad sobre resolver los recursos presentados y cuyo ejercicio, representa un acto unilateral a través del cual extingue una situación jurídica que afecta la esfera legal de un particular que no cuenta con recurso alguno contra el desechamiento y por tanto queda en un estado de indefensión, resultando necesario examinar la legalidad de su actuación.

Asimismo, bajo el último criterio enlistado que consolidó jurisprudencia y de nuevo bajo el marco posterior a la reforma de derechos humanos y amparo expuestas; se reafirmó que la CNDH debe apegarse a los estándares de legalidad exigibles a todas las autoridades, de lo contrario, se impide el acceso a la tutela no jurisdiccional de derechos humanos y el desechamiento de un recurso de impugnación sin apego a dichos estándares, resulta en un acto intraprocesal que extingue situaciones jurídicas, de forma unilateral, obligatoria y que puede generar violaciones a derechos humanos. No obstante, se reiteró que las recomendaciones no son consideradas actos de autoridad para efectos del juicio de amparo debido a su efecto no vinculatorio y en consecuencia, no eran susceptibles de alterar la esfera jurídica de las personas.

Ahora bien, resulta importante mencionar otros casos en los cuales ha procedido el juicio de amparo contra la CNDH como el caso de la inadecuada investigación relacionada con la masacre de 72 migrantes en

San Fernando, Tamaulipas²⁹; sobre la negativa de investigación de la queja de un periodista³⁰; sobre la negativa de entrega de información de un expediente de seguimiento de recomendación sobre graves violaciones a derechos humanos³¹; sobre la falta del pronunciamiento de la calidad de víctima en el caso Ayotzinapa³²; sobre el acceso a expedientes de queja con independencia de la conclusión de su trámite³³ y sobre cuestionar la falta de material probatorio para emitir una recomendación³⁴. Con independencia de la resolución acerca del fondo de cada uno de los asuntos anteriores, se resalta que se admitió la demanda de amparo.

En consecuencia, como denominador común de los casos en los cuales la CNDH fue considerada claramente como autoridad para efectos de amparo, se advierte que fueron criterios posteriores a la reforma en

²⁹ Fundación para la Justicia y el Estado Democrático de Derecho, *Tribunal colegiado confirma admisión de amparo contra CNDH en el caso de la masacre de 72 migrantes en San Fernando*, México, 6 de junio de 2014, disponible en: fundacionjusticia.org/tribunal-colegiado-confirma-admision-de-amparo-contra-cndh-en-el-caso-de-la-masacre-de-72-migrantes-en-san-fernando/

³⁰ Colectivo contra la Tortura y la Impunidad, *Periodista gana amparo contra CDHDF y CNDH por negativa a investigar caso de tortura*, México, 2 de abril de 2018, disponible en: <https://contralatortura.org.mx/index.php/component/k2/item/170-periodista-gana-amparo-contra-cdhdf-y-cndh-por-negativa-a-investigar-caso-de-tortura-abogado-defensor-solicita-medidas-cautelares-contra-mancera-y-ebrard>

³¹ Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos, *CNDH obligada a entregar expediente de seguimiento sobre caso de violaciones graves a derechos humanos*, México, 9 de octubre de 2017, disponible en: <https://cmdpdh.org/2017/10/cndh-obligada-entregar-expediente-seguimiento-caso-violaciones-graves-derechos-humanos/>

³² Rubén Mosso, *Juez otorga amparo a jugador de Los Avispones*, en Milenio, México, 30 de julio de 2018, disponible en: <https://www.milenio.com/policia/juez-otorga-amparo-a-jugador-de-los-avispones>

³³ Emir Olivares Alonso, *Falla Juez contra artículo de la CNDH que vulnera garantía de acceso a la información*, La Jornada, México, 6 de febrero de 2019, disponible en: <https://www.jornada.com.mx/2019/02/06/politica/010n3pol>

³⁴ Redacción, *Dan plazo a CNDH para documentar recomendación contra Felipe Muñoz Vázquez*, El Clarinete, México, 1 de mayo de 2019, disponible en: <http://www.elclarinete.com.mx/dan-plazo-a-cndh-para-documentar-recomendacion-en-su-contra/>

materia de derechos y humanos y amparo del 2011. De los ejemplos anteriores, se advierte que la CNDH puede ser señalada por vulnerar derechos humanos tales como el derecho al acceso a la información; derecho a la seguridad jurídica; derecho de acceso a la justicia bajo el sistema no jurisdiccional de protección a derechos humanos y derechos de las víctimas por falta de debida diligencia en la investigación y reconocimiento de su calidad de víctima.

V. CONCLUSIONES

Es evidente que un organismo constitucional del nivel y naturaleza jurídica de la CNDH en nuestro país no debe ser ajeno a los principios básicos de legalidad y seguridad jurídica. Es decir las determinaciones de la CNDH pueden y deben estar sujetas a la revisión de otros órganos competentes como el poder judicial, que verifiquen la motivación y fundamentación respectiva de sus resoluciones.

Durante el presente trabajo, se dio cuenta de la evolución en el diseño constitucional de la CNDH pero a su vez del cambio de paradigma a partir de la reforma en materia de amparo y derechos humanos de 2011, que llevaron a replantear al poder judicial la posibilidad de que los actos de la CNDH constituyen actos de autoridad para efectos de amparo, considerando que tal institución aunque revista un carácter autónomo y sus determinaciones no cuenten con un efecto vinculatorio, no escapa de la obligación contenida en el artículo 1, párrafo tercero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a efecto de proteger los derechos humanos y no vulnerarlos.

La transformación jurídica del *ombudsperson* en nuestro país ha traído grandes momentos de oportunidad para que los juristas y toda la sociedad pueda reestudiar o replantear sus actuaciones y alcances jurídicos, pues aún y cuando se trata del principal organismo encargado de la noble misión de velar por el cumplimiento de los derechos humanos, puede en ocasiones quedar atrasado,

rebasado o bien coartado en su alcance e intenciones al cometer transgresiones a derechos humanos.

Es prioritario que en el contexto actual, la CNDH cumpla cabalmente con su mandato y se constituya como una auténtica defensora de derechos humanos sin incurrir en ningún tipo de violaciones, con miras a que no sea cuestionada su legitimidad y credibilidad como institución ante la sociedad y con ello, garantizar su permanencia.

VI. FUENTES

1. BIBLIOGRAFIA

ÁLVAREZ ICAZA, Emilio *et. al.*, *Ombudsman: asignatura pendiente en México*, México, Universidad Iberoamericana, 2013.

ACUÑA LLAMAS, FRANCISCO, *La Comisión Nacional de los Derechos Humanos: una institución a medio camino. Frentes críticos a su estatuto jurídico inconcluso*, México, Porrúa-Universidad Anáhuac del Sur, 2003.

AVILÉS ALBAVERA, HERTINO, *Introducción al estudio del derecho de amparo*, México, 2012, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos,

CARPISO, Jorge, *Derechos humanos y Ombudsman*, México, 1993, Comisión Nacional de los Derechos Humanos-Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México,

GALINDO RODRÍGUEZ, JOSÉ, *La CNDH: una consecuencia de la política económica y social de México (1970-1990)*, México, Porrúa, 2010.

Human Rights Watch, *La Comisión Nacional de los Derechos Humanos de México. Una evaluación crítica*, Nueva York, 2008, Human Rights Watch.

Instituto Tecnológico Autónomo de México, *Programa Atalaya. Análisis académico de la CNDH y CDHDF*, México, 2003, Instituto Tecnológico Autónomo de México.

LÓPEZ CHAVARRÍA, José Luis, López Chavarría, *et. al.*, *Evolución normativa de la Comisión Nacional de Derechos Humanos*, México, 1993.

FIX ZAMUDIO, Héctor, *Protección Jurídica de los Derechos Humanos. Estudios Comparativos*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 1991.

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Instituciones Nacionales de Derechos Humanos. Antecedentes, principios, funciones y responsabilidades*, Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 2010.

VENEGAS ÁLVAREZ, Sonia, *Origen y devenir del Ombudsman ¿una institución encomiable?*, México, Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1988.

ROWAT, Donald C., *El ombudsman. El defensor del ciudadano*, México, Fondo de Cultura Económica, 1973.

2. NORMATIVIDAD

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos

Ley de Amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

3. PAGINAS DE INTERNET

Diario Oficial de la Federación

www.dof.gob.mx

Suprema Corte de Justicia de la Nación

www.scnj.gob.mx

3. HEMEROGRAFICAS

CHÁVEZ, Víctor, *Busca Morena quitar la CNDH y crear Defensoría del Pueblo*, en *El Financiero*, México, 8 de abril de 2019, disponible en: <https://www.el-financiero.com.mx/nacional/busca-morena-quitar-la-cndh-y-crear-defensoria-del-pueblo>

Colectivo contra la Tortura y la Impunidad, *Periodista gana amparo contra CDHDF y CNDH por negativa a investigar caso de tortura*, México, 2 de abril de 2018, disponible en: <https://contralatortura.org.mx/index.php/component/k2/item/170-periodista-gana-amparo-contra-cdhdf-y-cndh-por-negativa-a-investigar-caso-de-tortura-abogado-defensor-solicita-medidas-cautelares-contra-mancera-y-ebrard>

Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos, *CNDH obligada a entregar expediente de seguimiento sobre caso de violaciones graves a derechos humanos*, México, 9 de octubre de 2017, disponible en: <https://cmdpdh.org/2017/10/cndh-obligada-entregar-expediente-seguimiento-caso-violaciones-graves-derechos-humanos/>

Fundación para la Justicia y el Estado Democrático de Derecho, *Tribunal colegiado confirma admisión de amparo contra CNDH en el caso de la masacre de 72 migrantes en San Fernando*, México, 6 de junio de 2014, disponible en: fundacionjusticia.org/tribunal-colegiado-confirma-admision-de-amparo-contra-cndh-en-el-caso-de-la-masacre-de-72-migrantes-en-san-fernando/

Mosso, Rubén, *Juez otorga amparo a jugador de Los Avispones*, en *Milenio*, México, 30 de julio de 2018, disponible en: <https://www.milenio.com/policia/juez-otorga-amparo-a-jugador-de-los-avispones>

OLIVARES ALONSO, Emir, *Falla Juez contra artículo de la CNDH que vulnera garantía de acceso a la información*, *La Jornada*, México, 6 de febrero de 2019, disponible en: <https://www.jornada.com.mx/2019/02/06/politica/010n3pol>

Redacción, *Dan plazo a CNDH para documentar recomendación contra Felipe Muñoz Vázquez*, El Clarinete, México, 1 de mayo de 2019, disponible en: <http://www.elclarinete.com.mx/dan-plazo-a-cndh-para-documentar-recomendacion-en-su-contra/>

RETOS Y PERSPECTIVAS DE LA GUARDIA NACIONAL EN MÉXICO

CHALLENGES AND PROSPECTS OF THE NATIONAL GUARD IN MEXICO

RICARDO ALEXIS UVALLE AGUILERA¹

RESUMEN: A principios de 2019 fue aprobada en México una reforma constitucional para crear la llamada Guardia Nacional. Además de generar un gran debate mediático y dar lugar a puntos de vista sobre su pertinencia e idoneidad y ser motivo de análisis y críticas, su vigencia enfrenta grandes desafíos de cara a su implementación. Esto es así porque aunado a las dudas sobre su convencionalidad, en el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la forma en que plantea los requisitos de ingreso y permanencia requieren ser estudiados con todo cuidado desde una perspectiva histórica y jurídica. En este sentido, el propósito del presente trabajo es analizar las particularidades y características del diseño institucional de la Guardia, considerando la perspectiva internacional de los derechos humanos y proponer una serie de recomendaciones de cara a su implementación.

PALABRAS CLAVE: *Guardia Nacional, retos, seguridad, derechos humanos.*

ABSTRACT: At the beginning of 2019 a constitutional reform was approved in Mexico to create the so-called National Guard. In addition to generating a great media debate and giving rise to points of view on its relevance and suitability and being a reason for analysis and criticism, its validity faces great challenges in terms of its implementation. This is because, combined with doubts about its conventionality, within the framework of the Inter-American Human Rights System, the way in which it sets forth the requirements for entry and permanence requires careful study from a historical and legal perspective. In this sense, the purpose of this paper is to analyze the particularities and characteristics of the institutional design of the Guardia, considering the international perspective of human rights and propose a series of recommendations for its implementation.

¹ Estudiante de Doctorado en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
Correo: <ruvalle89@gmail.com>

KEYWORDS: *Nacional Guard, challenges, security, human rights.*

SUMARIO: I. Introducción. II. Diseño institucional de la Guardia Nacional III. Perspectiva Internacional de los Derechos Humanos. IV. Conclusiones. V. Fuentes.

I. INTRODUCCIÓN

Como parte de su estrategia de seguridad, el Presidente Andrés Manuel López Obrador ha impulsado la creación de una Guardia Nacional responsable de la política de seguridad del Estado mexicano. En su diseño se plantea la coexistencia de las policías Naval, Militar y Federal, así como una convocatoria abierta para que jóvenes que cumplan con determinados requisitos se puedan alistar en la misma y formen parte del cuerpo que habrá de garantizar la función principal de todo Estado moderno: seguridad para sus habitantes. En este sentido, cabe hacer notar que si bien la forma en que se plantea la creación de la misma y los matices que habrán de definir su implementación, pueden resultar novedosos al público en general, la realidad es que la figura tiene ciento noventa y cinco años en el texto constitucional. La forma en que se concibió en aquel tiempo dista mucho de cómo se planea su estructura y funcionamiento en la actualidad. La historia nos arroja que en realidad a México le ha importado generar cuerpos de seguridad responsables de garantizar la paz social en el ámbito interno, así como defender la soberanía nacional ante los embates de fuerzas extranjeras. Veamos a continuación, una serie de antecedentes históricos relacionados con esta figura, que si bien en días recientes ha generado gran cantidad de comentarios, análisis y asombro, en realidad tiene mucho tiempo en el texto constitucional, aunque la connotación que se le ha dado es diametralmente distinta a la naturaleza jurídica con la que fue creada.

De acuerdo con el profesor Jesús García Solano, como antecedente histórico más remoto de la figura de la Guardia Nacional, debe señalarse la llamada *Milicia Cívica*, la cual, estaba conformada por los ciudadanos armados en defensa de su región; es decir, fue el máximo símbolo de defensa interna. Este primer esbozo de Guardia Nacional surgió con las Cortes de Cádiz y fue reglamentada en 1822, cuando el Congreso Constituyente emitió el Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano.² Al respecto cabe señalar que aun cuando diversos tratadistas no consideran a esta constitución histórica como parte de los textos constitucionales de México, por haber sido aprobada antes de la Declaración de Independencia, es menester para nuestro objeto de estudio, considerarla como un antecedente primigenio de la figura que analizamos.

Dicho reglamento señalaba que “se organizará la fuerza pública hasta el estado en que el Emperador la juzgue conveniente”; así mismo, retoma los postulados de Cádiz y establece que “ningún mexicano, excepto los eclesiásticos, puede excusarse del servicio militar, siempre que la patria necesite de sus brazos para su defensa y conservación”.³ No obstante, para hacer vigente y eficaz este precepto, previamente el Soberano Congreso Constituyente Mexicano decretó, el 3 de agosto de 1822, el *Reglamento Provisional para la Milicia Cívica*, en el que se establece como norma general que esta fuerza militar.⁴ Se compondría, en este sentido, “de todos los ciudadanos de la edad de diez y ocho a cincuenta años, excepto los ordenados *in sacris*⁵, y los de primera tonsura y órdenes

² Solano González, Jesús, “La Guardia Nacional”, *Aída. Ópera Prima de Derecho Administrativo. Revista de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo*, México, año 6, *Opus* No. 12, julio-diciembre 2012, p. 212.

³ *Ídem*.

⁴ *Ibidem*, p. 213.

⁵ Se le denomina así a la comunicación o participación común en las funciones y cosas sagradas de los católicos con los cristianos que no están en plena comunión con

menores, que guarden las prevenciones del santo concilio de Trento, y último concordato; los marineros, los simples jornaleros, los que tengan impedimento físico para el manejo de las armas, y los funcionarios públicos civiles y militares, quedando a la voluntad de los exentos que no sean eclesiásticos, entrar a esta milicia, en cuyo caso los jueces de primera instancia y los alcaldes no podrán pasar de simples milicianos mientras sirvan a estos cargos”.⁶

Las obligaciones de la milicia cívica, que debía formarse en cada pueblo o ciudad, consistían en:

1. Dar guardia principal en las casas capitulares;
2. Dar patrullas para la seguridad pública, y
3. Defender los hogares de su pueblo contra cualquier enemigo.
4. En caso de ausencia de una fuerza de milicia permanente, la milicia cívica debía: concurrir a las funciones de regocijo; perseguir y aprehender a los desertores y malhechores, así como escoltar a los presos y caudales nacionales conducidos desde su pueblo hasta el inmediato donde hubiera milicia correspondiente.⁷

Otro antecedente lo encontramos en la fracción 20 del artículo 72 de la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1824, misma que establecía como facultad del Congreso la de “dar su consentimiento a fin de que el Ejecutivo pueda disponer de la guardia nacional fuera de sus respectivos Estados o Territorios, fijando la fuerza necesaria”. Asimismo, como facultad del Ejecutivo se determinó en la fracción la Iglesia católica. Véase A.S. Sánchez-Gil, *Voz Communicatio in sacris*, en “Diccionario General de Derecho Canónico”, Pamplona. Visible en: <http://www.collationes.org/de-documenta-theologica/iure-canonical/item/371-sobre-la-communicatio-in-sacris-antonio-s-s%C3%A1nchez-gil> [consultado el 9 de junio de 2019]

⁶ *Ídem*.

⁷ *Ibidem*, pp. 213-214.

XX del artículo 85, la de *disponer de la guardia nacional para los mismos objetos* (que en la fracción anterior relativa a la Fuerza Armada para la seguridad interior y defensa exterior de la federación), “en los términos que previene la fracción 20 del artículo 72”. Al respecto, cabe hacer notar que el propósito de la Guardia Nacional consistía en garantizar la seguridad interior y la defensa exterior de la Federación, cuya disposición era una facultad conferida al Ejecutivo, misma que requería aprobación del Congreso para ello, por lo cual su uso estaba debidamente controlado mediante la necesaria conjunción de dos voluntades de órganos de poder estatales: 1) la ejecutiva en su disposición y 2) la legislativa en su aprobación.

Sin embargo, no fue hasta ocho años después que el texto constitucional cobró vigencia en la realidad. Se trató de una institución ligada a la seguridad de los estados. Era a nivel local que se designaba a los jefes del cuerpo y se reclutaba a sus efectivos entre comerciantes, terratenientes, artesanos, jornaleros, vaqueros, etc. Su misión era asegurar el orden local y dar seguridad a la región. Al estallar la guerra con los Estados Unidos, el ejército asumió el control de las Guardas Nacionales estatales y ya no lo devolvió.⁸

A decir de nuestro autor, la Guardia Nacional se creó como tal en 1832, y en 1847 pasó a la jurisdicción de la Secretaría de Guerra. En México tuvo una actuación fundamental y compleja, a veces ambivalente. No siempre fue republicana, sino que se subdividió bajo múltiples liderazgos e ideologías, tanto conservadoras como liberales, todas cambiantes según la coyuntura y oportunidad. Precisamente por ser de adscripción estatal,

⁸ Meyer, Lorenzo, “Un híbrido con historia”, *El Universal*, México, 2019, disponible en: <https://www.eluniversal.com.mx/columna/lorenzo-meyer/un-hibrido-con-historia>, consultado el 26 de mayo de 2019.

estuvo sujeta a los intereses políticos territoriales.⁹ Es importante señalar que la característica de ser un cuerpo militar se relaciona directamente con la ideología permeada en las estructuras de liderazgo en el estado en cuestión, por lo que los “intereses” que habrían de definir la pauta de actuación de la misma, dependían del tipo de afinidad a las ideologías de los gobernantes que estuvieren en el poder: recordemos las pugnas entre liberales y conservadores, y entre federalistas y centralistas, características del siglo XIX en México.

Durante el periodo comprendido de 1846 a 1847 la situación política de México se caracterizó por incertidumbre e inestabilidad en materia de mantenimiento de la soberanía nacional, pues el territorio nacional había sido ocupado por el ejército norteamericano sin gran resistencia por parte del ejército permanente o de la población. Hubo sendas críticas al Estado de México como a otras entidades por negarse a prestar el auxilio que demandaba la capital de la república.¹⁰ Durante la guerra de intervención de los Estados Unidos en México, Mariano Otero resaltó el valor de la Guardia Nacional y demandó que no estuviera sujeta a los gobernadores sino a la defensa de la nación. Durante los años cuarenta del siglo XIX, la Guardia Nacional gozó de popularidad porque exentaba a quien estaba inscrito en ella del servicio regular del ejército y no establecía discriminación censitaria. Registrarse en la Guardia Nacional devino un deber de todo mexicano entre la edad de 18 y 50 años; incluso el estar alistado implicaba una extensión en la esfera de derechos: por el hecho de inscribirse en ella para la defensa de la patria, los individuos adquirirían el voto activo y pasivo en las elecciones populares. Quien no formara parte de la Guardia Nacional se exponía a sufrir la pérdida de

⁹ Hernández Chávez, Alicia, *Las fuerzas armadas mexicanas: su función en el montaje de la República*, México, El Colegio de México, 2012, p. 31.

¹⁰ *Ibidem*, p. 34.

sus derechos políticos.¹¹

Una vez acordada la amnistía después de la guerra con los Estados Unidos, el poder ejecutivo procedió a federalizar la Guardia Nacional con el fin de acotar los poderes locales y fortalecer el poder central. Los gobiernos estatales levantaron las listas de la Guardia Nacional donde se consideraron novedades: se estableció que la justicia de la Guardia Nacional es inherente a las formas republicanas y el sostén de las libertades públicas; se fijó entonces, un criterio universal de edad entre 16 y 50 años. Más importante aún fue que se concedieron derechos de ciudadanía a quienes prestaran servicio; incluso, en algunos casos, se prometió dotación de tierras al retorno del servicio y restitución de tierras a los pueblos.¹²

Al respecto cabe hacer mención que “La Guardia Nacional se concibió en los círculos liberales como el instrumento para defender de enemigos internos y externos al sistema federal. El objetivo de la Guardia Nacional era sostener las instituciones democráticas, es decir, el sistema representativo restaurado en 1846. Significó además, el uso de la fuerza pública con la que cada uno de los estados contaba para que los ciudadanos pudieran colaborar en la defensa del país y, así, contribuir en la conservación del orden público. Con ello, no se pretendía que las entidades adquirieran un ejército particular, sino que cada estado contara con elementos de fuerza militar que garantizaran mantener el orden a nivel local. Los padrones de ciudadanos aptos para ser miembros de la Guardia Nacional se hicieron con base en un determinado perfil: el ciu-

¹¹ Cárdenas Gracia, Jaime, “La iniciativa de reforma constitucional que propone la Guardia Nacional. *Hechos y Derechos*, [S.l.], enero 2019. ISSN 2448-4725, disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/hechos-y-derechos/article/view/13081/14574>, [consultado el 5 de junio de 2019].

¹² Hernández Chávez, Alicia, *Las fuerzas armadas mexicanas: su función en el montaje de la República*, *op. cit.*, p. 38.

dadano de entre 16 y 50 años que contara con un nivel de ingreso anual, que sabía leer y escribir, y que no formaba parte del ejército.”¹³

Fueron las coyunturas históricas las que consolidaron a la Guardia Nacional. La primera etapa fue la de la invasión norteamericana entre 1847-1848; la segunda se produjo en 1855 cuando los liberales defienden la desamortización de bienes de las corporaciones, la separación Iglesia-Estado, los derechos individuales y la abolición de fueros y privilegios. Un tercer momento fundamental se da cuando defienden a la república contra el Imperio de Maximiliano. Finalmente, la Guardia Nacional respaldó en 1876 a Porfirio Díaz y su Plan de Tuxtepec.¹⁴ En julio de 1848, el presidente José Joaquín Herrera promulgó la Ley Orgánica de la Guardia Nacional, a efecto de “Defender la Independencia de la nación, sostener las instituciones, conservar la tranquilidad pública y hacer obedecer las leyes y a las autoridades establecidas por ellas.”¹⁵ También la contempló el Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana, de 1856, y la Constitución de 1857 la conservó. Con el presidente Juárez no tuvo un mayor cambio.¹⁶

En 1879 se puso fin a la institución como resultado del proceso de centralización del poder que se inició con la República Restaurada.

¹³ Solano González, Jesús, “La Guardia Nacional”, *Aída. Ópera Prima de Derecho Administrativo. Revista de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo*, México, año 6, *Opus* No. 12, julio-diciembre 2012, p. 210.

¹⁴ Cárdenas Gracia, Jaime, “La iniciativa de reforma constitucional que propone la Guardia Nacional. *Hechos y Derechos*, [S.l.], enero 2019, disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/hechos-y-derechos/article/view/13081/14574>, consultado el 27 de mayo de 2019.

¹⁵ Pacheco, Bulmaro, “La Guardia Nacional en México: ¿Qué fue, es y será?”, *Tribuna*, México, 201, disponible en: <http://www.tribuna.com.mx/opinion/La-Guardia-Nacional-en-Mexico-Que-fue-es-y-sera-I-20190121-0004.html>, consultado el 05 de junio de 2019.

¹⁶ Ídem.

La figura del ciudadano encuadrado en una fuerza armada, inevitablemente ligada a las disputas políticas locales y nacionales, representó un peligro para la autoridad central. Hay que recordar que, entre la aparición de las Guardias Nacionales y la promulgación de la Constitución de 1857, hubo en México al menos 40 pronunciamientos y rebeliones.¹⁷

Con Porfirio Díaz, la Guardia Nacional fue absorbida por el ejército federal, nulificando su autonomía. No pocos autores reconocen que la Revolución Mexicana se hizo con una Guardia Nacional, para repeler al ejército porfirista. Más allá de los conflictos internos, la última incursión guerrera por parte de una nación extranjera (EUA) la padecimos en 1914, por Veracruz. Eran los tiempos de Victoriano Huerta.¹⁸

Aunque la Guardia Nacional existe en diversos preceptos de la Constitución de 1917, durante el siglo XX no operó. En el gobierno del general Cárdenas se pretendió que milicias locales constituyeran la Guardia Nacional. El ex procurador Ignacio Morales Lechuga la promovió para hacer frente a la criminalidad del país. El ex diputado Alberto López Rosas en 1988, la propuso para que se encargara de la protección civil. Los movimientos de autodefensa que han surgido en el país —fundamentalmente en Michoacán y Guerrero— durante el sexenio de Enrique Peña Nieto expresan que las nociones de Guardia Nacional de carácter social —diferente al sentido de la iniciativa de reforma constitucional— no han sido olvidadas en el imaginario social.¹⁹

En la experiencia histórica internacional, destaca el ejemplo de la Gendarmería Nacional de Francia, un cuerpo de origen medieval pero que en su carácter moderno apareció en 1791 como un cuerpo militar en

¹⁷ Meyer, Lorenzo, “Un híbrido con historia”, *op. cit. nota 8*

¹⁸ Ídem.

¹⁹ Cárdenas Gracia, Jaime, “La iniciativa de reforma constitucional que propone la Guardia Nacional. *Hechos y Derechos, op. cit. nota 14*

tareas de policía, básicamente para dar seguridad al mundo rural. Hoy, la Gendarmería es parte del ejército francés, pero adscrita al Ministerio del Interior y ha servido de modelo, entre otras, a las policías militarizadas de España e Italia.²⁰

La Guardia Civil española, fundada en 1844, fue la primera fuerza de seguridad pública nacional y fue producto de una emergencia: el bandolerismo rampante en los caminos. Sus efectivos hoy se definen como “militares de profesión y servidores públicos por vocación”. Al ser militarizada, la Guardia tiene una doble adscripción: al Ministerio del Interior y al de Defensa. Por su parte, los carabinieri italianos surgieron en 1814 y son la cuarta arma del ejército, pero en su papel de policías nacionales dependen del Ministerio del Interior y desde el año 2000 tienen el carácter de cuerpo autónomo. Entre sus misiones está el apoyar a las policías locales para dar seguridad a la población civil.²¹

II. DISEÑO INSTITUCIONAL DE LA GUARDIA NACIONAL

La actual administración federal reconoce la inseguridad como una de las principales preocupaciones y amenazas al Estado. Para enfrentar este malestar público, el 14 de noviembre de 2018 se presentó el Plan Nacional de Paz y Seguridad 2018-2024, por parte del entonces Presidente Electo Lic. Andrés Manuel López Obrador, en donde se reconoce la crisis de inseguridad y violencia que vive el país, lo cual hace imposible la consecución del bienestar y la justicia; aspectos sin los cuales no puede conseguirse la paz social.²²

²⁰ Meyer, Lorenzo, “Un híbrido con historia”, *op. cit.*, nota 8.

²¹ *Ídem.*

²² Moreno Pérez, Salvador, *La Guardia Nacional. ¿Militarización del país o solución a la inseguridad pública?*, México, Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública de la Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, 2019, pp. 13-14.

Derivado de lo anterior, el actual titular del Poder Ejecutivo Federal propuso ocho ejes de actuación:

1. Erradicar la corrupción y reactivar la procuración de justicia.
2. Garantizar empleo, educación y bienestar.
3. Pleno respeto y promoción de los derechos humanos.
4. Regeneración de la ética social.
5. Reformular el combate a las drogas.
6. Emprender la construcción de la paz.
7. Recuperación y dignificación de las cárceles.
8. Seguridad pública, seguridad nacional y paz.²³

En el diagnóstico sobre la relación entre la Seguridad Pública y las Fuerzas Armadas de nuestro país, el Ejecutivo federal subraya la lealtad de las mismas hacia al poder civil y lo califica como una singularidad histórica en América Latina. Para el titular del Ejecutivo, el Ejército y la Marina han experimentado procesos de desgaste y de pérdida de confianza entre la población, pero a su criterio, tal cosa se ha debido a órdenes del mando civil para realizar acciones represivas o para participar en tareas de combate a la delincuencia que le son ajenas. Al tiempo que los soldados y marinos no han sido entrenados ni debidamente facultados para prevenir e investigar delitos y debido a esa falta de correspondencia entre preparación y atribuciones se han presentado violaciones a los derechos humanos y atropellos a la población.²⁴

²³ López Obrador, Andrés Manuel, *Plan Nacional de Paz y Seguridad 2018-2024*, México, 2018, p. 13, consultable en <https://lopezobrador.org.mx/wp-content/uploads/2018/11/Plan-Nacional-de-Paz-y-Seguridad.pdf>, [consultado el 03 de junio de 2019].

²⁴ *Ídem*.

En la justificación del actual jefe de la Administración Pública Federal, al involucrarse a las Fuerzas Armadas en el combate a la delincuencia, se argumentó que esta medida sería temporal en tanto se lograba el saneamiento, la capacitación y la profesionalización de las corporaciones policiales. Sin embargo, se asevera que para 2019 las fuerzas civiles se encuentran tan incapacitadas para cumplir su tarea de prevenir y combatir el delito como en 2006.²⁵ El instrumento de planeación dado a conocer por el titular del Ejecutivo presenta diversos objetivos, agrupados en tres vertientes: a) repensar la seguridad nacional y reorientar el papel de las Fuerzas Armadas; b) crear una Guardia Nacional; y c) establecer Coordinaciones Regionales.

En el ámbito legislativo, el 20 de noviembre del año 2018, legisladores del grupo parlamentario del partido MORENA en la Cámara de Diputados presentaron la correspondiente iniciativa de reforma a los artículos 13, 16, 21, 32, 55, 73, 76, 82, 89 y 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.²⁶

La Mesa Directiva de la Cámara de Diputados turnó dicha iniciativa a la Comisión de Puntos Constitucionales, instancia que el 20 de diciembre de 2018 aprobó el dictamen respectivo y lo envió a la Cámara revisora el 16 de enero de 2019.

Los rasgos principales de la propuesta fueron, entre otros, los siguientes:

1. La federación contará con una institución policial de carácter y dirección civiles denominada Guardia Nacional, responsable de las tareas de seguridad para la salvaguarda de la vida, la libertad, la integridad y el patrimonio de las personas y la preservación de los bienes y recursos de la nación.

²⁵ *Ídem.*

²⁶ González Rodríguez, José de Jesús, *Guardia Nacional en México. Carpeta Informativa*, México, Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública de la Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, 2019, p. 7.

2. La estructura orgánica de la Guardia Nacional estará adscrita a la secretaría del ramo de seguridad, y tendrá una Junta de Jefes de Estado Mayor compuesta por integrantes de las dependencias de los ramos de Seguridad, de Defensa Nacional y de Marina.
3. La dependencia del ramo de seguridad formulará el programa nacional en la materia y los programas operativos, políticas, estrategias y acciones. En tanto, la Secretaría de la Defensa Nacional dispondría lo necesario para que la estructura jerárquica, la disciplina, el régimen de servicios, los ascensos, las prestaciones, el ingreso, la profesionalización y el cumplimiento de las responsabilidades y las tareas de la Guardia Nacional se homologuen a los que se aplican en las Fuerzas Armadas.
4. Los detenidos deberán ser puestos a disposición en instalaciones de las autoridades civiles.
5. Las instituciones de seguridad pública, incluyendo la Guardia Nacional, serán de carácter civil.
6. La investigación de los delitos corresponde al Ministerio Público, a las policías y a la Guardia Nacional; éstas dos últimas actuarán bajo la conducción jurídica de la representación social.
7. La seguridad pública es una función a cargo tanto de la federación, a través de las instituciones que para tal efecto dispone la Constitución, como de las entidades federativas y de los municipios, en el ámbito de sus respectivas jurisdicciones.
8. El Ministerio Público, la Guardia Nacional y las instituciones policiales deberán coordinarse entre sí para cumplir los objetivos de la seguridad pública y conformarán el Sistema Nacional de Seguridad Pública, al que las entidades federativas y los municipios, a través de sus órganos de policía, deberán suministrar la información de que dispongan en la materia.
9. En tiempo de paz ningún extranjero podrá servir en la Guardia Nacional.

10. Para tener un cargo de representación se requiere no estar en servicio activo en la Guardia Nacional.
11. El Congreso tendrá la facultad para expedir las leyes sobre la organización, disciplina, profesionalización, operación y evaluación de la Guardia Nacional, así como para expedir la Ley General del Uso Legítimo de la Fuerza y la Ley Nacional del Registro de Detenidos.
12. Será facultad del Senado analizar el informe que el presidente de la república presente sobre las actividades de la Guardia Nacional.
13. Los miembros del Ejército, Fuerza Aérea, Armada y Guardia Nacional se registrarán por sus propias leyes.
14. El Estado proporcionará a los miembros en activo de la Fuerza Aérea, Armada y Guardia Nacional las prestaciones laborales respectivas.

El 28 de febrero de 2019, la Cámara de Diputados aprobó con 463 votos a favor y uno en contra el proyecto de decreto que crea la Guardia Nacional, devuelto por el Senado de la República para los efectos de la fracción e) del artículo 72 de la Carta Magna y lo remitió a los congresos estatales para sus efectos constitucionales. El documento reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de los artículos 10, 16, 21, 31, 35, 36, 73, 76, 78 y 89 de la Constitución Política.²⁷

Al fundamentar el dictamen, la diputada Miroslava Carrillo Martínez (Morena), presidenta de la Comisión de Puntos Constitucionales, dijo que la Guardia Nacional será de carácter civil, tendrá su propia estructura orgánica y organizacional, y una ley que homologue en lo conducente

²⁷ Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, *Aprueba Cámara de Diputados reforma constitucional que crea la Guardia Nacional; la remite a congresos locales*, Boletín Número 1157, 28 de febrero de 2019, disponible en <http://www5.diputados.gob.mx/index.php/esl/Comunicacion/Boletines/2019/Febrero/28/1157-Aprueba-Camara-de-Diputados-reforma-constitucional-que-crea-la-Guardia-Nacional-la-remite-a-congresos-locales>, [consultado el 03 de junio de 2019].

las disposiciones de las fuerzas armadas.²⁸

El coordinador de la bancada del Partido Acción Nacional, el diputado Juan Carlos Romero Hicks, puntualizó que esta minuta establece un mando civil, actuación temporal de las fuerzas armadas, controles institucionales con actuación del Congreso, fortalecimiento de las diversas policías, un espíritu más federalista, así como un mínimo de leyes secundarias –del Sistema Nacional de Seguridad Pública, de la Guardia Nacional, Nacional del Uso de la Fuerza y Nacional de Registro de Detenciones–. Lamentó que no se haya modificado el término para llamarle Guardia Civil y no Guardia Nacional, y no hubiere confusión; sin embargo, dijo, la tarea legislativa no termina aquí; es necesario fortalecer los fondos públicos y sobre todo la construcción de las leyes secundarias. “El país no quiere violencia, inseguridad, corrupción ni impunidad. Necesitamos construir y entender que la pluralidad es una divisa y no un mal tolerado”.²⁹

A nombre del Partido Revolucionario Institucional, el diputado René Juárez Cisneros sostuvo que para garantizar la seguridad de los mexicanos no debe haber mezquindades y no caben límites partidarios. Resaltó la responsabilidad para discutir y aprobar por consenso en el Congreso la Guardia Nacional, que será instrumento fundamental para enfrentar el flagelo de la inseguridad. Hizo votos porque se avance también en combatir la corrupción e impunidad. Refirió un acuerdo razonable, tal vez no suficiente, pero permitió avanzar en una Guardia Nacional con vocación y mando civil que respete los derechos humanos, soberanía y federalismo y fortalezca los cuerpos policiacos estatales y municipales. Celebró la definición de un marco legal temporal para que las fuerzas armadas ten-

²⁸ Ídem.

²⁹ Ídem.

gan certeza y certidumbre en el despliegue de sus tareas y en cinco años regresen a sus cuarteles.³⁰ Posteriormente, el día 26 de marzo de 2019 se publicó en el Diario Oficial de la Federación el “Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia Guardia Nacional.

En este sentido, cabe hacer notar la expresión de distintos organismos, tanto de gobierno como de la sociedad civil, en relación con la creación o evolución de esta figura para hacer frente a la crisis de seguridad por la que actualmente, y desde hace al menos una década, atraviesa el Estado mexicano. Diversos líderes de opinión, organizaciones de la sociedad civil y usuarios de redes sociales entre quienes destacaron más de 300 colectivos y organizaciones, como el Centro Nacional de Comunicación Social (Cencos) y Artículo 19, entre otras, rechazaron la aprobación de la Guardia Nacional considerando que su conformación es una continuación de las estrategias castrenses de gobiernos anteriores, que resultaron fallidas para combatir el incremento del crimen organizado.³¹ De acuerdo con su postura, “resulta peligrosísimo para cualquier democracia permitir que toda la capacidad bélica y de fuerza, la mayoría de tu inteligencia y la mayoría de tus elementos de fuerza, queden bajo el mando una secretaría y de una institución. Toda democracia saludable requiere pesos y contrapesos, especialmente en el marco del uso de la fuerza”.³²

³⁰ Ídem.

³¹ González Rodríguez, José de Jesús, *Guardia Nacional en México. Carpeta Informativa*, op. cit., p. 69.

³² Salazar, Ana María, “Guardia Nacional: amenaza a la democracia y las Fuerzas Armadas”, *El Financiero*, México, 21 de noviembre de 2018, <https://www.elfinanciero.com.mx/opinion/ana-maria-salazar/guardia-nacional-amenaza-a-la-democracia-y-las-fuerzas-armadas>.

“Se puede argumentar que, en la coyuntura actual, el éxito o fracaso de una Guardia Nacional no está ligado a su naturaleza —un híbrido militar y civil—, sino a la del gobierno, del proyecto del que será parte y a la calidad de los mandos. Así, la apuesta del Presidente, descansa en el hecho de que él, personalmente, será el que demande, diariamente, la rendición de cuentas a los mandos de la Guardia Nacional en el empeño por recuperar la elusiva paz que tanto necesitamos como comunidad nacional”.³³

Uno de los temas que más controversia generó fue el de la naturaleza del mando de la Guardia Nacional. La movilización social se circunscribió en que ante su inminente aprobación, la misma estuviera en manos de un civil, en despropósito de la iniciativa aprobada por la Cámara de Diputados, que planteaba otorgar el mismo a un militar en activo. Esta iniciativa, fue enviada al Senado de la República para continuar con el proceso legislativo, cuyo proyecto de decreto fue modificado en lo que refiere al mando militar; estableciendo que la Guardia Nacional tendría mando civil, con una temporalidad de cinco años de participación de las fuerzas armadas. Es así que, luego del consenso de las fuerzas políticas en el Senado, el 21 de febrero de 2019, la Cámara Alta aprobó por unanimidad el dictamen modificado que da lugar a la creación de la Guardia Nacional; responsable de las tareas de seguridad pública de carácter civil. Dicho dictamen estableció la facultad del Ejecutivo Federal para designar al titular del órgano de mando superior y a los integrantes de la instancia de coordinación operativa interinstitucional formada por representantes de las secretarías del ramo de Seguridad, Defensa Nacional y de Marina. Asimismo, se estableció que, durante los cinco años siguientes a la entrada en vigor del Decreto, en tanto la Guardia Nacional desarrolla

³³ Meyer, Lorenzo, “Un híbrido con historia”, *op. cit.*

su estructura, capacidades e implantación territorial, el Presidente de la República podrá disponer de la Fuerza Armada permanente en tareas de seguridad pública de manera extraordinaria, regulada, fiscalizada, subordinada y complementaria.

El dictamen también estableció el deber del Congreso de la Unión de realizar reformas a la Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública, y expedir la Ley de la Guardia Nacional, la Ley Nacional sobre el Uso de la Fuerza y la Ley Nacional del Registro de Detenciones.³⁴ Aprobada la reforma constitucional por el Congreso de la Unión, fue enviada a las 32 entidades para su aprobación, a fin de completar el proceso de reforma constitucional, mismo que fue respaldado de manera unánime, por lo que dicha reforma fue remitida al Ejecutivo para su publicación, mismo que fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el 26 de marzo de 2019.³⁵

Posteriormente, el 21 de mayo de 2019, el Senado de la República aprobó los cuatro dictámenes de las leyes reglamentarias de la Guardia Nacional, en los cuales se establecen sus funciones y objetivos, la protección de los derechos humanos y regulan el uso de la fuerza. Este bloque de leyes secundarias está compuesto por: a) Ley de la Guardia Nacional; b) Ley Nacional sobre el uso de la fuerza; c) Ley Nacional del Registro de Detenciones y; d) Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública. Los cuatro documentos fueron remitidos por la Mesa Directiva a la Cámara de Diputados, quienes lo aprobaron sin ninguna modificación

³⁴ Boletín del Senado por el que se da a conocer la aprobación de la Guardia Nacional, Visible en: <http://comunicacion.senado.gob.mx/index.php/informacion/boletines/43818-por-unanimidad-aprueban-la-guardia-nacional.html> [consultado el 5 junio de 2019]

³⁵ Diario Oficial de la Federación: https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5555126&fecha=26/03/2019_ [Consultado el 9 de junio de 2019]

el 23 de mayo de la misma anualidad. Fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 27 de mayo de 2019.³⁶

De los puntos relevantes de los nuevos ordenamientos se destaca lo siguiente:

1. La Guardia Nacional es una institución policial, armada, civil, disciplinada, profesional y permanente, con autonomía técnica, operativa y de mando. Su naturaleza jurídica es de un órgano administrativo desconcentrado adscrito a la Secretaría de Seguridad y Protección Ciudadana cuyo titular ejercerá el mando originario.³⁷
2. Ahora, si bien, la reforma constitucional que crea la Guardia Nacional, estableció que la misma tendría un mando civil, la Ley de la Guardia Nacional establece en el título sexto que la Coordinación Operativa institucional estará integrada por la Secretaría de Seguridad y Protección Ciudadana, Secretaría de la Defensa Nacional y la Secretaría de Marina, de lo cual se colige que tendrá dos mandos militares y uno civil. (Art. 86 de la ley).³⁸
3. En cuanto a su estructura, el 13 de la ley señala que la Guardia Nacional tendrá los siguientes niveles de mando: secretario; comandante; coordinador territorial; coordinador estatal y coordinador de unidad. Además, el artículo 21 de la ley en cita prevé que, dentro de la estructura orgánica de la Guardia Nacional, el primer nivel jerárquico estará comprendido por un Comandante, quien de acuerdo

³⁶ Boletín de la Cámara de Diputados por el que se da conocer la aprobación de Leyes de la Guardia Nacional Disponible: <http://www5.diputados.gob.mx/index.php/esl/Comunicacion/Boletines/2019/Mayo/23/1698-La-Camara-de-Diputados-aprobo-cuatro-leyes-reglamentarias-de-la-Guardia-Nacional-las-remitio-al-Ejecutivo>

³⁷ Boletín por el que el Senado da a conocer la aprobación de las leyes secundarias en materia de la Guardia Nacional. Disponible en: <http://comunicacion.senado.gob.mx/index.php/informacion/boletines/44905-aprueban-leyes-reglamentarias-de-la-guardia-nacional.html> [consultado el 10 de junio de 2019].

³⁸ Diario Oficial de la federación Disponible en: https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5561285&fecha=27/05/2019

con el artículo 14 será nombrado por el presidente de la República. El Gobierno federal anunció que la comandancia de la Guardia Nacional quedará al general de brigada diplomado del Estado Mayor en proceso de retiro, Luis Rodríguez Bucio.

En este sentido, los análisis sobre su idoneidad también se han manifestado en relación sobre la naturaleza de su función: es un correctivo para combatir la inseguridad o es un mecanismo de contención en lo que se define e implementa una nueva política de seguridad y se fortalecen las distintas corporaciones de seguridad que ejercen sus funciones en México. Al respecto, el Doctor Raúl Contreras Bustamante publicó recientemente unos datos que nos invitan a considerar la figura más como un elemento de una política integral que debe generarse para hacer frente a esta problemática. De acuerdo con él, “se prevé que para finales de año, los guardias de este cuerpo de seguridad alcancen los 80 mil elementos. El número puede parecer impactante, sin embargo, si este número es dividido entre las 32 entidades federativas, se tendrían sólo 2,500 guardias por cada una de ellas, para cubrir los tres turnos, fines de semana y días festivos. Si además se divide el número de guardias entre los 2,457 municipios que el INEGI reporta que existen, corresponderían 32.5 elementos por municipio. De tal suerte que serán claves los criterios mediante el cual serán distribuidos los efectivos a lo largo del territorio nacional”.³⁹

Por otra parte, de conformidad con datos elaborados por Naciones Unidas, el número ideal que debe tener un Estado por cada habitante es de 2.8; sin embargo, en México, “al 31 de enero de 2017, la federación

³⁹ Contreras Bustamante, Raúl, “*La guardia Nacional y sus leyes secundarias*”, Columna publicada en Excelsior el 8 de junio de 2019, visible en: <https://www.excelsior.com.mx/opinion/raul-contreras-bustamante/la-guardia-nacional-y-sus-leyes-secundarias/1317427> [consultado el 8 de junio de 2019]

y las entidades federativas en conjunto registraron sólo un promedio de 0.8 policías por cada mil habitantes. De tal suerte que el país tiene menos de la tercera parte de los policías preventivos que de manera ideal debería tener”. En esta tesitura, el reto no solo consiste en hacer efectivo en la práctica la intencionalidad con la que se crea la figura; sino además, debe establecerse una política integral en materia de seguridad y potenciar la funcionalidad y eficacia de los cuerpos policíacos, de tal suerte que la Guardia Nacional sea una institución coadyuvante en las tareas de combate a la inseguridad y no el único cuerpo responsable de garantizar la función primigenia del Estado mexicano.

III. PERSPECTIVA INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Diversas instancias internacionales han manifestado su preocupación en relación con la creación de la Guardia Nacional. Entre ellos, se encuentra la Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, instancia que ha expresado sus cuestionamientos en torno a los siguientes puntos de la iniciativa:

1. Indebida regulación de los alcances del fuero militar.
2. Riesgos en el traslado de personas detenidas.
3. Cuestionamientos a la naturaleza de la detención en flagrancia y el registro de esa detención.
4. Definición y facultades de investigación de la Guardia Nacional.
5. Regulación del uso de la fuerza.
6. Competencia de la Corte Penal Internacional.
7. Fundamentos constitucionales de la seguridad pública.
8. Facultades legislativas del presidente de la república.
9. Regulación de cuestiones sustantivas en los artículos transitorios.

10. Temporalidad de la reforma constitucional.⁴⁰

Otro de los organismos que ha externado su preocupación en torno a la creación de la Guardia Nacional en México ha sido Amnistía Internacional, quien ha planteado ocho ejes de argumentación para contravenir la iniciativa que da origen a la Guardia Nacional, los cuales se describen a continuación:

1. Excepcionalidad del uso de las Fuerzas Armadas en labores de seguridad pública.
2. Retiro ordenado de las Fuerzas Armadas de labores de seguridad pública.
3. Protección de las personas detenidas y garantías del debido proceso.
4. Necesidad de una Ley de Uso de la Fuerza y una Ley del Registro de Detenciones.
5. Mecanismos de supervisión y evaluación de la Guardia Nacional.
6. Jurisdicción Militar.
7. Jurisdicción de la Corte Penal Internacional.
8. Fortalecimiento de las policías civiles.⁴¹

Para la organización Human Rights Watch, el Congreso mexicano debió rechazar el proyecto de reforma constitucional que crearía la Guardia Nacional en atención a las siguientes razones:

⁴⁰ Análisis preliminar de la Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ONU-DH) sobre el Proyecto de Dictamen de la Comisión de Puntos Constitucionales de la Cámara de Diputados sobre la iniciativa con Proyecto de Decreto que reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de Guardia Nacional, ONU-DH diciembre 2018, disponible en: https://www.hchr.org.mx/images/doc_pub/ONU_DH_DocumentoT%C3%A9cnico_Guardia_Nacional.pdf [Consultado el 30 de mayo de 2019].

⁴¹ Amnistía Internacional, *México: Guardia Nacional. Obligaciones internacionales de Derechos Humanos*, Amnistía Internacional, Reino Unido, 2019, pp. 1-6, disponible en: <https://www.amnesty.org/download/Documents/AMR4196972019SPANISH.PDF> [consultado el 31 de mayo de 2019].

1. La militarización de la Seguridad Pública ha resultado en violaciones generalizadas de Derechos Humanos en México y no ha mejorado ésta.
2. La pretensión de ampliar la prisión preventiva exigiría que los jueces dispongan la detención de toda aquella persona investigada por un amplio espectro de delitos y eso incrementaría la cantidad de personas en las cárceles mexicanas a las que no se les ha dictado sentencia.
3. Se debe fortalecer a la policía civil y al sistema de justicia, en vez de redoblar la política de militarizar la Seguridad Pública, situación que ha demostrado ser un fracaso total.
4. Las Fuerzas Armadas han cometido gravísimos abusos contra civiles, con generalizada impunidad y es posible que haya sido un factor que contribuyó al drástico aumento en la cantidad de homicidios en estos años.⁴²

Por otra parte, en su Informe de actividades del 1 de enero al 31 de diciembre de 2018, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos puntualizó sus inquietudes respecto a la propuesta del Presidente López Obrador para crear la Guardia Nacional, lo cual hizo en los términos siguientes:

1. La posible participación de las Fuerzas Armadas en tiempos de paz se encuentra necesariamente constreñida a condiciones eventuales y transitorias, y que está sujeta, en todo momento, al mando de las autoridades civiles.
2. La participación de las Fuerzas Armadas en tareas de Seguridad Pública no es lo más adecuado, dada la especial naturaleza de sus funciones constitucionales, pues su entrenamiento está dirigido a derrotar un objetivo legítimo y no a la protección y control de civiles, que es propio de los entes policiales, por lo que el uso de las Fuerzas

⁴² Human Rights Watch, “México debe rechazar reforma que militariza la Seguridad Pública”, HRW, EEUU, 2019, disponible en: <https://www.hrw.org/es/news/2019/01/14/mexico-debe-rechazar-reforma-que-militariza-la-seguridad-publica> [consultado el 31 de mayo de 2019].

Armadas no es la vía de acción idónea para garantizar los Derechos Humanos.

3. La Guardia Nacional, al estar mayoritariamente conformada por elementos de las Fuerzas Armadas, contraviene lo previsto por los principios que ha sustentado la Constitución, en el sentido de garantizar la primacía y la división de las autoridades civiles sobre las militares, siendo contraria, de igual forma, a recomendaciones y criterios formulados por instancias internacionales en materia de Derechos Humanos.
4. Deben ser las autoridades civiles las encargadas de las tareas vinculadas a la Seguridad Pública, reduciéndose al mínimo la intervención de las Fuerzas Armadas.⁴³

En el marco de sesiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, celebradas del 3 al 7 de diciembre de 2017, referente a la militarización de la seguridad pública en países de América, la Corte Interamericana de Derechos Humanos reconoció los retos actuales relacionados con la tendencia a la militarización actual en países como México, en el que se pretende la intervención directa de las fuerzas armadas en tareas de seguridad.

En relación con el caso *“Atenco”*, en 2015, la Comisión Interamericana concluyó que el Estado mexicano es responsable por la violación de los derechos a la integridad personal; a la libertad personal; a la vida privada, dignidad y autonomía; a las garantías judiciales; al derecho a la igualdad y no discriminación; y a la protección judicial, establecidos en los artículos 5, 7, 8, 11, 24 y 25 de la Convención Americana, en relación con las obligaciones establecidas en el artículo 1.1 del mismo instrumento,

⁴³ Comisión Nacional de Derechos Humanos, “Informe de actividades del 1 de enero al 31 de diciembre de 2018”, CNDH, México, 2019, disponible en: http://informe.cndh.org.mx/uploads/principal/2018/IA_2018.pdf, [consultado el 01 de junio del 2019].

en perjuicio de las personas que se indican en cada una de las secciones del presente informe. Asimismo, la Comisión concluyó que el Estado mexicano es responsable por la violación de los artículos 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (en adelante “la CIPST”) y del artículo 7 de la Convención para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.

Entre las recomendaciones de la Comisión figura que el Estado mexicano deberá adoptar medidas de no repetición dirigidas a capacitar a los cuerpos de seguridad tanto a nivel federal como estatal en la prohibición absoluta de la tortura y de la violencia sexual y de otra índole contra la mujer, así como a enviar un claro mensaje de repudio a este tipo de actos.

De acuerdo con un extracto de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se determinó lo siguiente:

“(…) Como la Corte constató en el capítulo IX-1 de esta Sentencia, el uso ilegítimo y excesivo de la fuerza por parte del Estado en el contexto de los hechos acaecidos el 3 y 4 de mayo de 2006 en Texcoco y San Salvador de Atenco conllevó violaciones a distintos derechos consagrados en la Convención. Este Tribunal valora de manera positiva los esfuerzos llevados a cabo por el Estado, tanto a nivel federal como estadual para establecer límites al uso de la fuerza en contextos de protesta social y para fiscalizar a los cuerpos de policía. Sin embargo, estima pertinente ordenar al Estado la creación e implementación, en el plazo de dos años, de un plan de capacitación de oficiales de la Policía Federal y del Estado de México orientado a: (i) sensibilizar a los miembros de los cuerpos de policía en abordar con perspectiva de género los operativos policiales, el carácter discriminatorio de los estereotipos de género como los empleados en este caso y el absoluto deber de respeto y protección de la población civil con la que entran en contacto en el marco de sus labores orden público, así como a (ii) capacitar a los agentes de policía sobre los

estándares en materia del uso de la fuerza en contextos de protesta social establecidos en esta Sentencia y en la jurisprudencia de esta Corte. Este plan de capacitación debe ser incorporado en el curso de formación regular de los miembros del cuerpo de policía federal y estadual.

De igual manera, la Corte dispone que el Estado deberá establecer al nivel federal un observatorio independiente que permita dar seguimiento a la implementación de las políticas en materia de rendición de cuentas y monitoreo del uso de la fuerza de la Policía Federal y la policía del estado de México, dentro del cual se permita la participación de miembros de la sociedad civil. Asimismo, dicho observatorio deberá generar información que permita realizar mejoras institucionales en la materia. Para tales efectos, el Estado deberá generar sistemas de información que permitan: (i) evaluar la efectividad de los mecanismos existentes de supervisión y fiscalización de los operativos policiales antes, durante y después del uso de la fuerza, y (ii) brindar retroalimentación sobre las mejoras institucionales que correspondan de acuerdo con la información obtenida por medio del observatorio. Para el cumplimiento de esta medida el Estado deberá acreditar la creación del observatorio, con las características especificadas, así como su puesta en funcionamiento. Sin embargo, la Corte no supervisará su implementación. En este sentido, el Tribunal manifestó que en el Caso *Montero Aranguren y otros Vs. Venezuela* estableció que si bien los Estados partes de la Convención podrían desplegar a las fuerzas armadas para desempeñar tareas ajenas a las propiamente relacionadas con conflictos armados, dicho empleo debe limitarse al máximo y responder a criterios de estricta excepcionalidad para enfrentar situaciones de criminalidad o violencia interna, dado que el entrenamiento que reciben las fuerzas militares está dirigido a derrotar al enemigo y no a la protección y control de civiles, entrenamiento que

es propio de los entes policiales”.⁴⁴

En este sentido, es necesario resaltar que México, al haber sido condenado por la Corte Interamericana, tiene obligaciones de ejecución, pero también de adoptar medidas para evitar la repetición de este tipo de incidentes; es decir, la política en materia de seguridad debe estar encaminada a fortalecer y enriquecer mediante perspectiva de género, delimitación clara de ejercicio de la fuerza como *ultima ratio* y capacitación constante a los cuerpos de seguridad, más que en la creación de nuevas corporaciones para hacer frente a la problemática de la inseguridad. No se debe dejar del lado esta sentencia, así como los lineamientos en materia de control de la ejecución de las mismas, a cargo de organismos de la sociedad civil, pues ello es fundamental para cuadrar la legislación nacional y la articulación de la política en materia de seguridad, de acuerdo con los cánones y postulados vigentes en la Convención Americana de los Derechos Humanos.

IV. CONCLUSIONES

Primera.- La Guardia Nacional como institución responsable de garantizar la seguridad interior data desde tiempos remotos en la historia constitucional mexicana. Se creó bajo la misma idea que se concibió en el diseño de la Federación mexicana, con base en la unión de Estados soberanos que decidieron agruparse en una entidad mayor con el propósito de garantizar su seguridad y proteger los intereses de sus ciudadanos. La noción de 1824 permite distinguir con claridad que en materia de creación de instituciones que busquen tener vigencia a lo largo del territorio nacional, es más óptimo crear desde la particularidad de los esta-

⁴⁴ Caso mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco vs. México sentencia de 28 de noviembre de 2018, visible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_371_esp.pdf [consultado el 10 de junio de 2019]

dos hasta la generalidad de la Federación. El intento inverso complica la manera en que cada estado implementa lo que la Federación diseña bajo la idea de unanimidad y generalidad, por lo que la Guardia Nacional en los términos que se plantea su “nueva creación” o la “evolución” de su diseño institucional, no debe dejar del lado que los detalles finos de su eficacia pasan por cómo se implemente en los estados la ejecución de su creación desde el Gobierno Federal.

Segunda.- El proceso de su aprobación no ha estado exento de manifestación y expresión de ideas en su contra, desde distintos ámbitos de la sociedad civil, así como por parte de organismos de gobierno y observatorios internacionales. Existen sendas dudas sobre la viabilidad de su creación y la eficacia para hacer frente a las problemáticas de seguridad que enfrenta el Estado mexicano. Se considera que no es un diseño viable y corre el riesgo de acrecentar la ola de inseguridad aunado a la posibilidad de trasgredir derechos humanos en el ejercicio de las tareas de seguridad. El desplazamiento de fuerzas del orden militar es inconcebible desde una óptica del Estado constitucional si se entiende como la única alternativa para desarticular las estructuras delictivas y confrontar las organizaciones criminales. Por estas razones fue modificado el dictamen aprobado en la Cámara de Diputados, cuya base era la iniciativa enviada por el Presidente de la República, de cara garantizar que el mando de esta nueva corporación recayera en un civil y no un militar.

Tercera.- Desde la óptica del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, México cuenta con antecedentes negativos en lo relativo a condenas por parte de la Corte Interamericana, por violaciones cometidas por distintas corporaciones de seguridad (Ejército, Marina y Policía Federal) en contra de los derechos humanos de sus ciudadanos. Incluso en lo que respecta a la dinámica de ejecución en que estas sentencias

condenatorias deberán resarcir las violaciones mencionadas, se han delimitados políticas integrales de seguridad tendientes a fortalecer las corporaciones de seguridad, capacitar a sus integrantes y crear observatorios ciudadanos responsables de verificar su cumplimiento en los términos ordenados. Con base en estas consideraciones, la “nueva” Guardia Nacional enfrenta retos mayúsculos no solo en la consecución del fin para el que fue diseñada: garantizar la seguridad del Estado mexicano, sino además, en hacerlo bajo los estándares internacionales de derechos humanos, que forman parte de la Ley Suprema del Estado mexicano, según lo dispuesto por el artículo 133 constitucional y cuidando en todo momento no repetir hechos lamentables que suman en la deslegitimación de los mismos ante la sociedad y el desencanto de la política de confrontación que muy pocos resultados ha generado en tratándose de desarticular al crimen organizado y garantizar la seguridad como bien jurídico tutelado más importante de cualquier Estado Constitucional.

Cuarta.- Desde la perspectiva del diseño institucional se debe poner especial atención a las particularidades mediante las cuales se pretende implementar el desarrollo de la Guardia Nacional. El hecho de que se haya modificado el dictamen para dotarla de un mando civil no fue suficiente para evitar que un militar estuviera a su cargo, ni que los responsables de su coordinación fueran en su mayoría del fuero militar, pues en el artículo 13 de la Ley Reglamentaria se estableció que la Coordinación Operativa estará integrada por la Secretaria de la Defensa Nacional, la Secretaria de Marina y la Secretaria de Seguridad y Protección Ciudadana; es decir, dos mandos militares y uno civil. Asimismo, el artículo 86 establece la facultad para que sea el Presidente de la República quien tenga a su cargo el nombramiento del Comandante que por estructura jerárquica es el de más alto rango en la misma, lo que permitió que

se eligiera a un militar en activo en proceso de retiro. En este sentido, conviene hacer también hincapié en el hecho de que cada corporación de seguridad, tanto civil como militar, tiene una determinada ideología en el ejercicio de sus funciones. A nivel de capacitación, interlocución y diálogo institucional, hacer converger tres distintas ideologías para coordinarse en materia de seguridad no será tarea fácil ni a nivel directivo, ni en la escala operacional. Ello es uno de los muchos retos que la Guardia Nacional habrá de enfrentar, pues la experiencia mexicana nos ha enseñado que cuando se trata de relaciones de coordinación entre distintos entes los procesos del día a día se complican y en un tema que requiere atención urgente, no es conveniente que por diferencias consustanciales a la naturaleza disímbola de las instituciones involucradas, no se alcancen los objetivos planteados en la justificación de la creación de esta nueva corporación.

Quinta.- Finalmente debemos considerar que la Guardia Nacional no es la panacea para resolver la problemática de inseguridad que aqueja al Estado mexicano. Bajo la lógica que fue propuesta y aprobada se advierte que la administración entrante pretende modificar la ejecución del combate al crimen organizado, pero no se aprecian intenciones relativas a cambiar la política integral en esta materia. Ello debe preocuparnos porque la Guardia Nacional por sí misma no servirá de mucho si a la par de su diseño, creación y ejecución, no se aumenta la cantidad de policías de primera aproximación, se someten a controles de confianza los cuerpos policíacos existentes y se prepara a los mismos de cara a retomar lo que por la naturaleza institucional de su actividad deben llevar a cabo: tareas de seguridad pública. No debemos olvidar que aunque por el tiempo prolongado que hemos visto a las corporaciones militares en las calles, ello no es facultad propia de ellas, sino que la falta de eficacia y alcance de las de naturaleza ci-

vil, orilló a las primeras a salir de los cuarteles para responder las falencias en las estructuras del Estado. En este sentido, conviene hacer notar que la política en materia de seguridad y combate al crimen organizado debe ser replanteada y orientada a modificar el todo de las estructuras estatales, mas no a crear nuevas corporaciones; depurar las existentes para que las de nueva creación sigan derroteros con base en estándares mínimos de respeto y garantía de derechos humanos; y recordar, que aunado a la legislación nacional y la base constitucional, México está obligado a cumplimentar las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

V. FUENTES

1. BIBLIOGRAFIA

Amnistía Internacional, *México: Guardia Nacional. Obligaciones internacionales de Derechos Humanos*, Amnistía Internacional, Reino Unido, 2019, pp. 1-6, disponible en: <https://www.amnesty.org/download/Documents/AMR4196972019SPANISH.PDF>, consultado el 31 de mayo de 2019.

Human Rights Watch, “México debe rechazar reforma que militariza la Seguridad Pública”, HRW, EEUU, 2019, disponible en: <https://www.hrw.org/es/news/2019/01/14/mexico-debe-rechazar-reforma-que-militariza-la-seguridad-publica>, consultado el 31 de mayo de 2019.

Análisis preliminar de la Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ONU-DH) sobre el Proyecto de Dictamen de la Comisión de Puntos Constitucionales de la Cámara de Diputados sobre la iniciativa con Proyecto de Decreto que reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de Guardia Nacional, ONU-DH diciembre 2018, disponible en: https://www.hchr.org.mx/images/doc_pub/ONU_DH_DocumentoT%C3%A9cnico_Guardia_Nacional.pdf consultado a las 13:00 horas del 30 de mayo de 2019.

Boletín de la Cámara de Diputados por el que se da conocer la aprobación de Leyes de la Guardia Nacional Disponible: <http://www5.diputados.gob.mx/index.php/esl/Comunicacion/Boletines/2019/Mayo/23/1698-La-Camara-de-Diputados-aprobo-cuatro-leyes-reglamentarias-de-la-Guardia-Nacional-las-remitio-al-Ejecutivo>

Boletín por el que el Senado da a conocer la aprobación de las leyes secundarias en materia de la Guardia Nacional. Disponible en: <http://comunicacion.senado.gob.mx/index.php/informacion/boletines/44905-aprueban-leyes-reglamentarias-de-la-guardia-nacional.html> [consultado el 10 de junio de 2019].

Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, *Aprueba Cámara de Diputados reforma constitucional que crea la Guardia Nacional; la remite a congresos locales*, Boletín Número 1157, 28 de febrero de 2019, disponible en: <http://www5.diputados.gob.mx/index.php/esl/Comunicacion/Boletines/2019/Febrero/28/1157-Aprueba-Camara-de-Diputados-reforma-constitucional-que-crea-la-Guardia-Nacional-la-remite-a-congresos-locales>, consultado el 03 de junio de 2019.

CÁRDENAS GRACIA, JAIME, “La iniciativa de reforma constitucional que propone la Guardia Nacional. *Hechos y Derechos*, [S.l.], enero 2019. ISSN 2448-4725, disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/hechos-y-derechos/article/view/13081/14574>, consultado el 05 de junio de 2019.

Caso mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco vs. México sentencia de 28 de noviembre de 2018, Visible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_371_esp.pdf [consultado el 10 de junio de 2019]

Comisión Nacional de Derechos Humanos, “Informe de actividades del 1 de enero al 31 de diciembre de 2018”, CNDH, México, 2019, disponible en: http://informe.cndh.org.mx/uploads/principal/2018/IA_2018.pdf, consultado el 01 de junio del 2019

- CONTRERAS BUSTAMANTE, Raúl, “*La guardia Nacional y sus leyes secundarias*”, Columna publicada en Excelsior el 8 de junio de 2019, visible en: <https://www.excelsior.com.mx/opinion/raul-contreras-bustamante/la-guardia-nacional-y-sus-leyes-secundarias/1317427> [consultado el 8 de junio de 2019]
- GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, José de Jesús, *Guardia Nacional en México. Carpeta Informativa*, México, Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública de la Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, 2019.
- HERNÁNDEZ CHÁVEZ, Alicia, *Las fuerzas armadas mexicanas: su función en el montaje de la República*, México, El Colegio de México, 2012.
- LÓPEZ OBRADOR, Andrés Manuel, *Plan Nacional de Paz y Seguridad 2018-2024*, México, 2018, consultable en <https://lopezobrador.org.mx/wp-content/uploads/2018/11/Plan-Nacional-de-Paz-y-Seguridad.pdf>, consultado el 03 de junio de 2019.
- MEYER, Lorenzo, “Un híbrido con historia”, *El Universal*, México, 2019, disponible en: <https://www.eluniversal.com.mx/columna/lorenzo-meyer/un-hibrido-con-historia>, consultado el 26 de mayo de 2019.
- MORENO PÉREZ, Salvador, *La Guardia Nacional. ¿Militarización del país o solución a la inseguridad pública?*, México, Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública de la Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, 2019.
- PACHECO, Bulmaro, “La Guardia Nacional en México: ¿Qué fue, es y será?”, *Tribuna*, México, 2019, disponible en: <http://www.tribuna.com.mx/opinion/La-Guardia-Nacional-en-Mexico-Que-fue-es-y-sera-I-20190121-0004.html>, consultado el 05 de junio de 2019.
- SALAZAR, Ana María, “Guardia Nacional: amenaza a la democracia y las Fuerzas Armadas”, *El Financiero*, México, 21 de noviembre de 2018, <https://www.elfinanciero.com.mx/opinion/ana-maria-salazar/guardia-nacional-amenaza-a-la-democracia-y-las-fuerzas-armadas>.

SOLANO GONZÁLEZ, Jesús, “La Guardia Nacional”, *Aída. Ópera Prima de Derecho Administrativo. Revista de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo*, México, año 6, *Opus* No. 12, julio-diciembre 2012.

Voz *Communicatio in sacris*, en “Diccionario General de Derecho Canónico”, Pamplona. Visible en: <http://www.collationes.org/de-documenta-theologica/iure-canonico/item/371-sobre-la-communicatio-in-sacris-antonio-s-s%C3%A1nchez-gil> [consultado el 9 de junio de 2019]

CLIENTELISMO POLÍTICO EN CUETZALAN, PUEBLA

POLITICAL CLIENTELISM IN CUETZALAN, PUEBLA

MARÍA TERESA LOZANO O'REILLY¹

RESUMEN: Debido a su alto grado de marginalidad, el municipio de Cuetzalan constituye un espacio propicio para que se presente el llamado clientelismo político. Adicionalmente, el ingreso del sistema de partidos a los espacios tradicionalmente comunitarios ha desvirtuado la idea de que merece gobernar aquella persona que ha trabajado en favor de la comunidad y constituye un ejemplo a seguir. Actualmente detentan el poder quienes han tenido acceso a recursos para repartir. Esta situación genera un compromiso moral para retribuir los beneficios recibidos, aunado al temor de perderlos. Se ha naturalizado la idea de que un buen candidato o candidata es quien tiene recursos para repartir y por lo tanto, merece gobernar. Dichas conductas constituyen violaciones a los derechos humanos por lo que es importante denunciarlas y de esta manera mandar un mensaje a la sociedad de que están prohibidas y deben ser reprobadas.

PALABRAS CLAVE: *Cuetzalan, clientelismo, condicionamiento del voto, derechos político electorales, delitos electorales, programas sociales, violencia política.*

ABSTRACT: Due to its high degree of marginality, the municipality of Cuetzalan constitutes a space propitious for the so-called political clientelism. Additionally, the entry of the political parties to spaces that have been traditionally communal, has distorted the idea that the person who has worked in favor of the community, and is an example to follow, is the one deserved to govern. At the present time, power has been held

¹ Licenciada en derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México, en donde también cursó la maestría en derecho. Actualmente forma parte del programa de doctorado en derecho del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM con el tema de investigación “Derechos político electorales de las mujeres indígenas del municipio de Cuetzalan del Progreso”. Ha participado en diversos proyectos de investigación y docencia relacionados con el tema de derechos humanos de las mujeres. <maritere_lozano@gmail.com>

by those who have had access to resources to distribute. This situation generates in the citizens a moral commitment to repay the benefits received, coupled with the fear of losing such benefits. The idea that a good candidate is the one who has resources to distribute and therefore deserves to govern has been normalized. These conducts constitute violations of human rights, and it is important to denounce them and in this way send a message to society that they are forbidden and should be condemned.

KEYWORDS: *Cuetzalan, clientelism, vote conditioning, electoral political rights, electoral crimes, social programs, political violence.*

SUMARIO: I. Introducción; II. Situación marginal del municipio de Cuetzalan del Progreso; III. “El tejido comunitario se va dañando con el sistema político electoral”; VI. Cuetzalan, tierra fértil para el reparto de dádivas y programas sociales. 1. Compromiso moral. 2. Temor a perder beneficios; V. Obligación “de dar” como valor entendido; VI. “El que paga para llegar, llega para robar”; El clientelismo como violación de derechos; VII Conclusión; VIII. Fuentes.

I. INTRODUCCIÓN

Derivado del trabajo de investigación doctoral sobre el tema: el ejercicio de los derechos político electorales de las mujeres indígenas del municipio de Cuetzalan en el estado de Puebla, hemos ido descubriendo un fenómeno, que si bien no es completamente ajeno al tema que nos ocupa, merece la pena atenderlo por separado y dedicarle un espacio propio.

Nos referimos a la percepción de las y los gobernados de las comunidades del municipio estudiado, sobre la principal función de los gobernantes y de los parámetros con los cuales se evalúa el desempeño de las autoridades, tanto comunitarias como municipales.

Sorprendentemente las y los gobernados ven en gobernantes, candidatas y candidatos, benefactores directos de bienes de primera necesidad. Las comunidades observadas constituyen lugares de alto grado de marginación, situación que es aprovechada por quienes detentan el poder o bien por quienes pretenden obtenerlo para manipular a la población con la entrega de “apoyos” a cambio de “votos”.

Como parte del trabajo de campo desarrollado en el municipio, se han llevado a cabo varias entrevistas a profundidad con personas que hemos denominado “observadores privilegiados”, es decir, personas “conocedoras expertas del fenómeno, cuya visión directa y profunda del mismo ... los sitúa en una posición de observación privilegiada”²; entrevistas a profundidad a ex candidatas a la presidencia municipal en las elecciones de 2018; distintas observaciones, incluida la llevada a cabo el día de la jornada electoral del 1 de julio de 2018 y el día de la elección extraordinaria del 2 de junio de 2019; aplicación de encuestas a mujeres de la comunidad, tanto el día de la elección afuera de las casillas seleccionadas para la observación, como unos meses después en cuatro comunidades del municipio, así como conversaciones aleatorias y casuales con hombres y mujeres del municipio en espacios públicos como plazas, mercados y comercios.

Derivado del trabajo de campo, hemos recopilado testimonios de diferentes actores, principalmente mujeres, que nos refieren la manipulación de que tradicionalmente ha sido objeto la población por medio del reparto de programas sociales y demás beneficios, lo que genera, por una parte el compromiso moral de retribuir con su voto a quienes les dan “apoyos” y por otro lado, miedo por dejar de recibir bienes de primera necesidad.

² Corbetta, Piergiorgio, *Metodología y Técnicas de la Investigación Social*, Trad. De Marta Díaz Ugarte, Madrid, Mc Graw Hill, 2007, p. 358.

El compromiso que genera la entrega de dádivas y apoyos a las y los beneficiarios, tiene su contraparte en la obligación “de dar” en dinero o en especie por parte de candidatos, candidatas y gobernantes, obligación que hemos percibido llega a constituir el objetivo principal del gobierno. La población pide y solamente espera recibir.

II. SITUACIÓN MARGINAL DEL MUNICIPIO DE CUETZALAN DEL PROGRESO

Cuetzalan se encuentra en la parte noreste de Puebla enclavado en la Sierra Norte del estado, aislado geográficamente de los principales centros urbanos de la entidad federativa. Dentro del catálogo de localidades indígenas publicado por la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas CNDI (hoy Instituto Nacional de los Pueblos Indígenas), en el 2010 el municipio contaba con una población total de 47,433 personas de las cuales 38,926 se consideraban indígenas, es decir, el 82%. En el mismo documento se cataloga como un municipio con grado muy alto de marginación.³ Por otro lado, de acuerdo a los indicadores socio económicos de la población total y la población indígena por municipio que publicó la CNDI en el año 2000,⁴ el 14.7% de la población era analfabeta, mientras que un porcentaje similar hablaba únicamente alguna lengua indígena, en su mayoría el nahuatl⁵ y los menos, totonaca. Cabe señalar que en ambos casos,

³ Catálogo de localidades indígenas del ahora Instituto Nacional de los pueblos indígenas, elaborado con información del Censo de Población y Vivienda 2010 Comisión <http://www.cdi.gob.mx/localidades2010-gobmx/> consulta 16/05/2019

⁴ Indicadores socioeconómicos de la población total y la población indígena por municipio, 2000 de la CNDI <http://www.cdi.gob.mx/cedulas/2000/PUEB/21043-00.pdf> consulta 16/05/2019

⁵ “... Al grupo dialectal central, náhuatl, pertenece a la lengua clásica que hablaban los aztecas. La lengua hablada en la Sierra Norte de Puebla, el náhuatl, pertenece al grupo oriental. Allí se remplace el fonema /tl/ por /t/, además de otras numerosas diferencias leicales y gramaticales...” Boucage, Pierre, *Taller de Tradición Oral del CEPEC*,

el doble de mujeres que de hombres eran analfabetas y monolingües.

Ante este escenario de alto grado de marginalidad, aunado al analfabetismo y monolingüismo que obstaculizan el acceso a la información de la población, las comunidades de Cuetzalan constituyen tierra fértil para que se presente el “clientelismo”, es decir, “el intercambio de bienes y servicios por apoyo político y votos.”⁶ Como lo señala Santiago Nieto Castillo, “a mayor marginalidad social, mayor condicionamiento de programas sociales”.⁷ Quien más necesidades vitales tiene, no se detiene a analizar propuestas electorales, ideologías políticas, ni perfiles de candidatos o candidatas, se conforma con recibir beneficios directos que les solucionen sus problemas inmediatos de supervivencia a cambio de su voto.

III. EL TEJIDO COMUNITARIO SE VA DAÑANDO CON EL SISTEMA POLÍTICO ELECTORAL⁸

Adicionalmente a la marginalidad, otro fenómeno que ha fomentado el clientelismo en el municipio es la llegada de los partidos políticos a las 8 juntas auxiliares que conforman el municipio: Reyesogpan de Hidalgo, San Andrés Tzicuilan, San Miguel Tzinacapan, Xiloxochico de Rafael Avila Camacho, Xocoyolo, Santiago Yancuitalpan, Yohualichan

Cuerpo, cosmos y medio ambiente entre los nahuas de la Sierra Norte de Puebla. Una aventura en antropología, trad. De Elena Soldevila Duarte, México, UNAM, Plaza y Valdés Editores, 2012, p.26

⁶ Schroter, Bárbara, “Clientelismo político: ¿existe el fantasma y cómo se viste? *Revista mexicana de Sociología*, México, 2010, vol.72, núm. 1, enero/marzo 2010, pp. 141-175 <http://www.scielo.org.mx/pdf/rms/v72n1/v72n1a5.pdf>

⁷ Nieto Castillo, Santiago, *Sin Filias ni fobias, memorias de un fiscal incómodo*, México, Grijalbo, 2019, p. 99.

⁸ Entrevista con Saraf Rivadeneira, Radio Tzinaca, San Miguel Tzinacapan, Cuetzalan 11/04/18

y Zacatipan.⁹ Anteriormente, los gobernantes comunitarios de las juntas auxiliares, se escogían a través de diferentes mecanismos de elección atendiendo a sus usos y costumbres.¹⁰ De cualquier manera su elección atendía a los méritos personales. Eran electos quienes se sabía habían trabajado en favor de la comunidad y destacado por su honradez y generosidad. Ya sea que hubieren ocupado cargos religiosos, como mayordomos, fiscales, topiles, tenientes de las danzas; cargos civiles comunitarios como regidores (de usos y costumbres, hacienda, educación, salud, etcétera) o bien cumplido de manera sobresaliente con las faenas¹¹ correspondientes. Los partidos políticos están ejerciendo cada vez más su influencia, “llegaron los partidos y desgraciadamente nos han dividido hasta en familias¹²”. Los procesos de elección están siendo organizados por el Ayuntamiento mediante el uso de credenciales de elector e impresión de boletas donde figura el “candidato o candidata de la presidencia municipal”, quienes frecuentemente obtienen el triunfo gracias al acceso que tienen a los recursos. La idea de trabajo en favor de la comunidad se ha ido desdibujando y ha dado pie al clientelismo político. Ya no importa tanto la trayectoria de la persona, sino su capacidad de conseguir y repartir recursos directamente a la población.

⁹ Instituto Nacional para el Federalismo y Desarrollo Municipal <http://www.inafed.gob.mx/work/enciclopedia/EMM21puebla/municipios/21043a.html> consulta 18/05/2018

¹⁰ Las autoridades civiles se elegían popularmente mediante asambleas comunitarias, ya sea mediante votación a mano alzada, listones (la persona que sacaba el listón más largo obtenía el cargo) o mediante plebiscito (las y los electores se formaban detrás del candidato o candidata de su preferencia y obtenía el triunfo quien contara con un mayor número de personas formadas en su fina). Entrevista con Saraí Rivadeneira, Radio Tzinaca, San Miguel Tzinacapan, Cuetzalan 11/04/18

¹¹ Trabajo que se hace de manera colectiva en beneficio de la comunidad.

¹² Entrevista con Angélica Gutiérrez, Radiodifusora “La voz de la Sierra Norte” XECTZ 13/04/18

Al respecto, Pilar Calveiro en su artículo “Repensar y ampliar la democracia. El caso del Municipio Autónomo de Cherán K’eri” señala:

“La idea que prevalece en la comunidad es que los partidos no solo provocan divisiones innecesarias sino que, además, se vinculan de manera utilitaria y clientelar con su población, intentando cooptarlos mediante ‘favores’ o promesas de cargos. Se los percibe como entes externos, ajenos a su cultura, sobreimpuestos de manera artificiosa, utilitarios y, por lo mismo, prescindibles e incluso dañinos¹³”

De igual manera, los partidos han llegado a las comunidades de Cuetzalan a romper con las formas tradicionales de proponer y elegir a sus autoridades civiles comunitarias, constituyen una amenaza a las formas indígenas de organización comunitaria tradicional. Corrompen a las personas y les imponen valores materiales alejados de los tradicionales comunitarios. Ante este escenario, existen grupos organizados en algunas de las comunidades del municipio que están trabajando en la manera de recuperar sus formas ancestrales de organización política.

IV. CUETZALAN, TIERRA FÉRTIL PARA EL REPARTO DE DÁDIVAS Y PROGRAMAS SOCIALES

Es de llamar la atención el hecho de que la gente que se ve beneficiada con dádivas o programas sociales, retribuye efectivamente el apoyo al momento de sufragar, siendo que el voto es libre y secreto. La persona que acude a votar, en general lo hace de manera personalísima, con independencia, sin ser supervisada u observada y aún así, no vota libremente, lo hace condicionada. Del trabajo de campo llevado a cabo

¹³ Calveiro, Pilar, “Repensar y ampliar la democracia. El caso del Municipio Autónomo de Cherán K’eri”, *Argumentos*, Universidad Autónoma Metropolitana unidad Xochimilco, México, 2014, vol 27, núm75, mayo-agosto 2014, pp. 193-212.

en las comunidades de Cuetzalan, observamos dos fenómenos que tratan de dar una respuesta al comportamiento ante las urnas de las y los electores.

1. COMPROMISO MORAL

En primera instancia, existe un compromiso moral de la gente, un valor arraigado en su cultura. Las personas de las comunidades son “gente buena, noble”¹⁴ con un gran sentido de justicia y compromiso moral por trabajar en favor de la comunidad, situación difícil de comprender desde una visión eurocentrista, individualista. De acuerdo al “derecho comunitario” saben que tienen que actuar bien, de lo contrario hay repercusiones. Isauro Chávez, jefe de la radio comunitaria de Cuetzalan, define el derecho indígena, comunitario como:

"Saber diferenciar entre lo bueno y lo malo, el día y la noche, lo blanco de lo negro, hay que hacer el bien, no ofender, de lo contrario hay consecuencias, los entes sobrenaturales cobran vida y se puede revertir su enojo, al igual que pasa con la tierra. Dentro de la cosmovisión (de la Sierra Norte), la tierra está viva y ... cualquier cosa que le hagas, la estás dañando y es una afectación que se puede revertir". Si les llegan a “regalar algo”, las personas sienten la necesidad de retribuir el gesto mediante el voto. Difícilmente entienden que están siendo utilizadas y manipuladas, además de que se están usando recursos públicos para ello.¹⁵

¹⁴ Entrevista con Sarai Rivadeneira, Radio Tzinaca, San Miguel Tzinacapan, Cuetzalan 11/04/18

¹⁵ Entrevista con Isauro Chávez, Radiodifusora “La voz de la Sierra Norte” XECTZ 22/01/19

Angélica Gutiérrez, también de la radio comunitaria, considera que la mayoría de los indígenas se sienten muy agradecidos y comprometidos, “si te regalan algo, tienes que corresponder con tu voto”. Platica de una señora que no alcanzó playera en un evento de campaña, comentó que se sentía liberada del compromiso de votar por ese candidato.¹⁶ De haber recibido playera, su voto estaría comprometido “moralmente”. Seguramente no se hubiera sentido cómoda de votar por una o un candidato distinto a pesar de que nadie la observara y fuera ella la única testigo al depositar su voto en la urna.

Para Silvia Guerrero Molina, ex candidata independiente a la presidencia municipal apoyada por la Unión de Cooperativas Tosepan, el compromiso moral de votar en agradecimiento a los beneficios recibidos, “también es una cuestión de cultura, si yo te doy algo, tu vas a vivir eternamente agradecido conmigo... (por eso) no culpo a las comunidades, es parte de su ser”.¹⁷

Se acerca el periodo electoral y la gente sabe que se verá beneficiada por un momento, y aún así, responde con su voto. Benita Lobato, además de locutora de la radio, atiende a las personas que acuden a la radiodifusora a solicitar algún tipo de asesoría o consejo y al respecto me platica que cuando le preguntan del tema, ella les contesta: “¿qué, se van a quedar con la torta y el boing 6 años?”¹⁸ El beneficio es efímero y aún así lo reciben y retribuyen.

¹⁶ Entrevista con Angélica Gutiérrez, Radiodifusora “La voz de la Sierra Norte” XECTZ 13/04/18

¹⁷ Entrevista a Silvia Guerrero Molina, Cuetzalan, 22/01/19

¹⁸ Entrevista con Benita Lobato, Radiodifusora “La voz de la Sierra Norte” XECTZ 13/04/18

2. TEMOR A PERDER BENEFICIOS

Adicionalmente al compromiso moral que adquieren las personas al recibir dádivas o ser beneficiarias de programas sociales, también prevalece la inquietud respecto a la posibilidad de perder los pocos beneficios que se pueden llegar a obtener si se vota por fórmulas contrarias a aquéllas que han abanderado los recursos. “Esta conducta, profundamente arraigada en nuestra nación, supone ... la generación de un temor real del ciudadano de escasos recursos, quien siente miedo de quedarse sin recursos para comer”¹⁹ Dicha inquietud tiene en gran medida su fundamento en las constantes amenazas que reciben las personas beneficiarias de los programas, por parte de quienes deciden y controlan el acceso a los recursos.

Sobre las asesoras del programa Prospera²⁰ nos comenta muy molesta la maestra Chelito quien de manera voluntaria colabora en el levantamiento de censos para el nuevo padrón de personas beneficiarias de los programas sociales de la Secretaría de Bienestar. La maestra señala que manipulan y amenazan a la gente con quitarles el beneficio si se anotan en el nuevo censo. “Son tan perversas, va a desaparecer su programa y todavía le dicen a la gente que no ingrese a los nuevos programas”,²¹ A pesar de que les explica que ese programa va a desaparecer, la gente prefiere no empadronarse de nuevo por temor. Cabe señalar “que existe

¹⁹ Nieto Castillo, Santiago, *op. cit.*, p. 98.

²⁰ El programa de Inclusión Social PROSPERA tiene como objetivo contribuir a fortalecer el cumplimiento efectivo de los derechos sociales que potencien las capacidades de las personas en situación de pobreza, a través de acciones que amplíen sus capacidades en alimentación, salud y educación, y mejoren su acceso a otras dimensiones del bienestar. <https://datos.gob.mx/busca/organization/about/prospera> consultado el 7/06/19

²¹ Entrevista con María del Consuelo Valle Espinosa, Tosepan, Cuetzalan, 21/01/19

un grado de vulnerabilidad de las propias vocales del programa, quienes seguramente reciben presión de los servidores públicos que las utilizan con tal de eludir la responsabilidad legal”.²²

Rufina Villa, ex candidata a la presidencia municipal por Morena, también refiere las amenazas que recibieron algunas personas de que les fueran retiradas sus “láminas”, entregadas como parte del programa “techo digno”:²³ “Si ustedes votan por otro partido, vamos a venir a bajar las láminas, tienen que votar por el PRI, ya no queremos al PAN, pero esta vez le toca al PRI”. Agrega Rufina que “se ha jugado mucho con la pobreza y la desinformación”.²⁴

Al respecto, como parte de la aplicación de encuestas el día de la jornada electoral, una señora manifestó que vota desde que es beneficiaria de Prospera, lo que supone una retribución en agradecimiento y tal vez temor a perder el beneficio. Así mismo, las personas beneficiarias del programa “cuartos rosas”, que en Cuetzalan se llamó “cuartos azules”,²⁵ fueron amenazadas con no recibir la llave del cuarto si no votaban por el partido “benefactor”. Como estos, hemos recopilado varios testimonios que ejemplifican las amenazas y manipulación electoral de que son sujetas las personas del municipio.

²² Nieto Castillo, Santiago, *op. cit.*, p. 100.

²³ A través del programa Vivienda Digna del FONHAPO, el gobierno federal otorga subsidios a los hogares mexicanos en situación de pobreza con ingresos por debajo de la línea de bienestar, con carencia de calidad y espacios de la vivienda, para que construyan, amplíen o mejoren sus viviendas. <https://www.gob.mx/fonhapo/acciones-y-programas/programa-vivienda-digna> consultado el 7/06/19

²⁴ Entrevista con Rufina E. Villa Hernández, Hotel Taselotzin, Cuetzalan, 22/01/19

²⁵ El programa de los cuartos rosas de la Secretaría de Desarrollo Agrario, Territorial y Urbano (SEDATU), que en Cuetzalan se llamó cuartos azules debido a que estaba el Partido Acción Nacional al frente del municipio, tiene como objetivo proveer a las familias de un cuarto adicional para evitar el hacinamiento y con ello la violencia de género en contra de las niñas y las mujeres. En la junta auxiliar de Zacatipan, Cuetzalan se observaron varios cuartos distribuidos por la carretera de manera aislada que en su mayoría estaban abandonados. Aproximadamente se detectaron 8, de los cuales únicamente uno estaba habitado.

Vine a colación lo que a nivel federal, el licenciado Andrés Manuel López Obrador, como parte de un discurso de campaña señaló:

“Voto parejo. Y cuando lleguen los mañosos allí a entregar el dinero ... Compran los votos por 500 pesos, mil pesos, dos mil pesos; entregan despensas ... láminas ... tinacos... marranos: eso es lo que son, sinvergüenzas corruptos. Si están muy necesitados, agarren, agarren. Está permitido ... decir una mentira piadosa, cuando lleguen los corruptos (...) “vas a tener tu block, tu saco de cemento, tu despensa, ¿pero vas a votar por nosotros?”... sí, y a la hora de la hora “toma tu voto”. ¡Voto libre y secreto!”²⁶

A pesar de ser el común denominador, esta situación está empezando a ser visibilizada y rechazada en algunos espacios. Angélica Gutiérrez hace referencia al trabajo que han hecho las radios al “fortalecer la idea de que no te regalan y que hay que denunciar cuando se condiciona el voto”, así como también han hecho énfasis en que solamente “tú debes decidir por quien votar”²⁷, sin embargo, es complicado cambiar una dinámica cultural que de alguna manera ha funcionado para ambas partes y sobretodo la idea de las personas de tener que retribuir los beneficios recibidos, como un compromiso moral.

V. OBLIGACIÓN “DE DAR” COMO VALOR ENTENDIDO

Ha llegado a tal grado la expectativa por recibir recursos durante el periodo electoral, que las personas de las comunidades ya no esperan a que las visiten, directamente acuden a las y los candidatos a solicitar los apoyos.²⁸

²⁶ Extracto del discurso pronunciado en campaña por Andrés Manuel López Obrador, candidato por la Coalición Juntos Haremos Historia a la Presidencia de la República, Atacomulco, Edo. De México, 28/05/2018

²⁷ Entrevista con Angélica Gutiérrez, Radiodifusora “La voz de la Sierra Norte” XECTZ 13/04/18

²⁸ Sarai, de la “Radio Tzinaca” comentaba: También hemos caído mucho en este pueblo en que ya no tienen que venir a ofrecerte; la gente va directamente a ver al

Tienen la creencia de que la obligación de quienes pretenden obtener un cargo es precisamente ayudar con dinero o en especie directamente a quienes lo necesiten.

Invitan a candidatos, candidatas y/o diferentes autoridades a ser madrinas o padrinos de bodas, bautizos, presentaciones, generaciones escolares, ya que de antemano saben que tendrán un beneficio mutuo. Así, platica Saraí que los alumnos de la escuela de San Miguel Tzinacapan, fueron a invitar a un candidato como padrino de generación, “vino a lucirse, regaló una tablet que no funcionó”²⁹

En este mismo sentido, Silvia Guerrero platica que todas las mañanas, durante el tiempo que duró su campaña, se presentaban personas directamente en su casa a solicitar diferentes apoyos; “necesito para medicamentos, ... necesito para la escuela, y pues aunque tu decías: no voy a dar apoyos, al final de alguna manera tenías que ser sensible a la necesidad de quien se acercaba y en algunos casos sí tuvimos que apoyar”³⁰

Al ser una candidatura independiente casi no recibieron financiamiento por parte de las autoridades electorales, por el contrario tuvieron que poner de sus bolsos. De cualquier manera, Silvia y su equipo pretendieron hacer una campaña diferente, intentaron recuperar procesos comunitarios ancestrales. Para ello, elaboraron un diagnóstico sobre las necesidades de las comunidades con información que iban recopilando en sus diferentes visitas y reuniones con la gente (como ejemplo, formó parte del diagnóstico la inquietud de una comunidad que tiene desde hace varios años un terreno para construir su panteón, pero no han logrado obtener la autorización del municipio).

candidato para solicitarle apoyo para las fiestas patronales”

²⁹ Entrevista con Saraí Rivadeneira, Radio Tzinaca, San Miguel Tzinacapan, Cuetzalan 11/04/18

³⁰ Entrevista a Silvia Guerrero Molina, Cuetzalan, 22/01/19

A partir de ese diagnóstico, plantearon sus propuestas de campaña. Explicaban en las comunidades los beneficios que tendrían al ver satisfechas sus necesidades, aún así “a la gente no se le quita todavía ese sentimiento de que va a venir el candidato y hay que pedirle”.³¹ Al final, a pesar de las buenas ideas y del acercamiento a las comunidades, la fórmula quedó en cuarto lugar, quienes lograron el primero y segundo, tuvieron recursos y programas que repartir para comprometer el voto. No fue fácil intentar cambiar la mentalidad de la gente ya que constituye “... una práctica cultural de muchos años de que va a venir el candidato (y) hay que hacer una solicitud para algo”.³²

La necesidad extrema de las personas es aprovechada por quienes ostentan el poder para obtener votos y mantenerse en él. Esta situación constituye un círculo vicioso: si tengo recursos para repartir, puedo comprar votos que me llevan al poder y ese poder me da recursos para seguir repartiendo.

VI. “EL QUE PAGA PARA LLEGAR, LLEGA PARA ROBAR”.³³ EL CLIENTELISMO COMO VIOLACIÓN DE DERECHOS

En el imaginario colectivo de las comunidades, un buen gobernante es quien les da, ya sea en dinero o en especie, o bien quien, valiéndose de recursos públicos, reparte a discreción programas sociales: becas, techos de lámina, cuartos, útiles escolares y demás materiales. Desafortunadamente la situación tan precaria en que viven las personas, es aprovechada por quienes tienen los recursos, públicos o privados, para

³¹ *Idem*

³² *Idem*

³³ Lema presentado en la campaña electoral de la candidata independiente Silvia Guerrero Molina, impulsada por la Unión de Cooperativas Tosepan a la presidencia municipal de Cuetzalan en 2018.

comprar votos, lo que se ha naturalizado como una obligación a cargo del gobierno o de quien pretenda llegar al poder, de dar y beneficiar de manera directa.

Estas prácticas constituyen manifestaciones de violencia política, lo que se traduce en violaciones a los derechos humanos, tanto sociales como individuales, atentados a la democracia, así como también en conductas constitutivas de delitos electorales sancionadas por la ley de la materia.³⁴

Los programas sociales, siguiendo a Santiago Nieto, “son mecanismos institucionales diseñados para satisfacer derechos fundamentales de índole social”³⁵ que el estado pone en marcha precisamente para cumplir con sus obligaciones derivadas tanto de instrumentos internacionales,³⁶ como de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Es decir su implementación constituye la materialización, por parte del estado, de los derechos sociales. Al condicionar su otorgamiento a cambio de apoyo político electoral, concretamente a cambio de votos, se está desvirtuando su objetivo y con ello, vulnerando el derecho humano a la protección social para casos de necesidad.

³⁴ Ley General de Delitos Electorales, publicada en el Diario oficial de la Federación el 23 de mayo de 2014, Última reforma publicada el 19 de enero de 2018

³⁵ Nieto Castillo, Santiago, *op cit.* P 97

³⁶ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado en Nueva York el 16 de diciembre de 1966, firmado por México el 23 de marzo de 1981 y publicado en el Diario oficial de la Federación el 12 de mayo del mismo año; La Convención Americana sobre Derechos Humanos, adoptada en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, firmado por México el 2 de marzo de 1981 y publicado en el Diario oficial de la Federación el 7 de mayo del mismo año; Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos “Protocolo de San Salvador”, adoptado en San Salvador el 17 de noviembre de 1988, firmado por México en la misma fecha y publicado en el Diario Oficial de la Federación el 1° de septiembre de 1998

El derecho individual a participar en la vida política del estado mexicano, se concreta a través del ejercicio de los derechos político electorales, reconocido, tanto en tratados internacionales,³⁷ como en la Constitución. El artículo 35 constitucional reconoce el derecho que tiene la ciudadanía a votar y a ser votada. Más adelante, la fracción I del artículo 41, establece que el sufragio deberá ser universal, libre, secreto y directo. De esta manera, la manipulación de las y los electores para votar en un sentido determinado a cambio de prebendas, arrebatada libertad y secrecía al ejercicio electoral lo que constituye una violación al derecho humano de participar en la vida política de la nación, así como un atentado contra la “libre expresión de la voluntad de los electores”.³⁸

Al respecto la Comisión de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, en su recomendación general número 25 referente a la participación en los asuntos públicos y el derecho al voto, señala:

“Las personas con derecho de voto deben ser libres de votar a favor de cualquier candidato y a favor o en contra de cualquier propuesta que se someta a referéndum o plebiscito, y de apoyar al gobierno u oponerse a él, sin influencia ni coacción indebida de ningún tipo que pueda desvirtuar o inhibir la libre expresión de la voluntad de los electores. Estos deberán poder formarse una opinión de manera independiente, libres de toda violencia, amenaza de violencia, presión o manipulación de cualquier tipo”.³⁹

³⁷ Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, adoptado en Nueva York el 16 de diciembre de 1966, firmado por México el 23 de marzo de 1981 y publicado en el Diario oficial de la Federación el 20 de mayo del mismo año y La Convención Americana sobre Derechos Humanos, *op cit*,

³⁸ Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, *op cit*.

³⁹ Observación general N.º 25 del Comité de Derechos Humanos de la ONU, 57 periodo de sesiones, 1996, https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CCPR/00_2_obs_grales_Cte%20DerHum%20%5BCCPR%5D.html#GEN25 consultado el 10/06/19

En este mismo orden de ideas, la manipulación de que es víctima la ciudadanía para votar en una dirección determinada por una opción ajena a su voluntad, también constituye un golpe a la vida democrática y soberana del país. Democracia, entendida como “un sistema de vida fundado en el constante mejoramiento económico, social y cultural del pueblo”⁴⁰ e “indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo de la nación.”⁴¹ Por otro lado, al no reflejar de manera genuina las preferencias ideológicas del electorado, difícilmente se puede hablar de que la soberanía de la nación reside en el pueblo, como lo mandata el artículo 39 constitucional.

Las conductas anti democráticas y violatorias de derechos humanos antes descritas, también son constitutivas de delitos electorales, entendidos como “acciones u omisiones que lesionan o ponen en peligro el adecuado desarrollo de la función electoral y atentan contra las características del voto que debe ser universal, libre, directo, personal e intransferible”⁴² De esta manera, la ley de la materia tipifica dichas conductas, ya sea que se cometan por servidores públicos, o no y establece sanciones aplicables a quienes las ejecuten.

El Instituto Nacional de Ciencias Penales, en conjunto con la Fiscalía Especializada para la Atención de Delitos Electorales, ha elaborado una clasificación sobre los diez delitos electorales que se deben conocer y denunciar.⁴³ De éstos, dos corresponden a la manipulación del voto a

⁴⁰ Artículo 3º, fracción II, apartado a) de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

⁴¹ Carta Democrática Interamericana, firmada en Lima, Perú el 11 de septiembre del 2001

⁴² Ley General en Materia de Delitos Electorales, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 23 de mayo de 2014, última reforma publicada el 19 de enero de 2018

⁴³ “Diez delitos electorales que debemos conocer y denunciar”, INACIPE, FEPADE, Ciudad de México, 2018, <http://www.inacipe.gob.mx/inicio/documentos/10Delitoselectorales.pdf>, consultado el 9 de junio de 2019

cambio de condicionamiento de programas sociales, o bien a la entrega de prebendas.

Utilizar bienes o servicios públicos en una campaña, constituye una conducta delictiva que se comete por una o un servidor público que destina bienes (públicos) para apoyar a una candidatura o bien para perjudicar a algún candidato o candidata, lo que se sanciona con hasta 400 días de salario mínimo y prisión de dos a nueve años.

Se sanciona de la misma manera al servidor o servidora pública que condicione o restrinja el acceso a servicios públicos, programas sociales, otorgamiento de concesiones, permisos, licencias o la realización de obras públicas por cuestiones electorales.

Asimismo, se tipifican como delitos y se castigan con hasta 100 días de salario y de 6 meses a 3 años de prisión, conductas llevadas a cabo por quienes soliciten “votos por paga, promesa de dinero u otra contraprestación, o bien mediante violencia o amenaza, presione a otro a asistir a eventos proselitistas, o a votar o abstenerse de votar por un candidato, partido político o coalición, durante la campaña electoral, el día de la jornada electoral o en los tres días previos a la misma. En el mismo artículo se contempla un aumento en la pena si la persona responsable es integrante de un organismo de seguridad pública. De igual manera se establecen sanciones aplicables a quienes amenacen con suspender beneficios de programas sociales o bien soliciten evidencia del sentido del voto, lo que constituye una violación a la secrecía del sufragio.

VII. CONCLUSIÓN

Ante las necesidades y carencias que tiene la población, el municipio de Cuetzalan ha sido tierra fértil para el reparto de dádivas y condicionamiento de programas sociales, mediante la inclusión de un sistema de partidos que cada vez está rompiendo más el tejido social y desvirtuando los valores comunitarios ancestrales que han mantenido la armonía y cohesión social.

Debido al compromiso moral a que se sienten sujetas las personas que reciben todo tipo de beneficios, aunado al miedo de perderlos, es complicado tanto informar y sensibilizar a las personas acerca de sus derechos político electorales, como hacer conciencia de que el voto es libre y secreto y de que nadie tiene derecho a interferir en esa decisión personalísima.

Adicionalmente, es fundamental visibilizar que dichas conductas son contrarias a los derechos humanos, atentan en contra de la democracia del estado e inclusive, constituyen delitos que deben ser denunciados y castigados. Esto último, para mandar un mensaje de rechazo, tanto a las personas que reparten, como a las que reciben.

Por último, recuperar valores comunitarios en que se fortalezca la idea de que quien trabaja en favor de la comunidad, pone el buen ejemplo, actúa con honradez y respeto, es quien merece estar al frente del gobierno ya que de antemano se sabe tomará las decisiones que más benefician a la comunidad y no quien reparta una torta y un boing que de antemano se sabe, no duran 6 años.

VIII. FUENTES

1. BIBLIOGRAFIA

BOUCAGE, Pierre, Taller de Tradición Oral del CEPEC, Cuerpo, cosmos y medio ambiente entre los nahuas de la Sierra Norte de Puebla. Una aventura en antropología, trad. De Elena Soldevila Duarte, México D.F., UNAM, Plaza y Valdés Editores, 2012.

CALVEIRO, Pilar, “Repensar y ampliar la democracia. El caso del Municipio Autónomo de Cherán K’eri”, Argumentos, Universidad Autónoma Metropolitana unidad Xochimilco, México D.F., 2014, vol 27, núm75, mayo-agosto 2014.

CORBETTA, Piergiorgio, Metodología y Técnicas de la Investigación Social, Trad. De Marta Díaz Ugarte, Madrid, Mc Graw Hill, 2007.

“Diez delitos electorales que debemos conocer y denunciar”, INACIPE, FEPADE, Ciudad de México, 2018, <http://www.inacipe.gob.mx/inicio/documentos/10Delitoselectorales.pdf>, consultado el 9 de junio de 2019.

NIETO CASTILLO, Santiago, Sin Filias ni fobias, memorias de un fiscal incómodo, Ciudad de México, Grijalbo, 2019.

SCHROTER, Bárbara, “Clientelismo político: ¿existe el fantasma y cómo se viste? Revista mexicana de Sociología, México D.F., 2010, vol.72, núm. 1, enero/marzo 2010. <http://www.scielo.org.mx/pdf/rms/v72n1/v72n1a5.pdf>

2. ENTREVISTAS

Angélica Gutiérrez, Radiodifusora “La voz de la Sierra Norte” XECTZ 13/04/18

Benita Lobato, Radiodifusora “La voz de la Sierra Norte” XECTZ 13/04/18

Isauro Chávez, Radiodifusora “La voz de la Sierra Norte” XECTZ 22/01/19

María del Consuelo Valle Espinosa, Tosepan, Cuetzalan, 21/01/19

Rufina E. Villa Hernández, Hotel Taselotzin, Cuetzalan, 22/01/19

Saraí Rivadeneira, Radio Tzinaca, San Miguel Tzinacapan, Cuetzalan 11/04/18

Silvia Guerrero Molina, Cuetzalan, 22/01/19

3. PÁGINAS ELECTRÓNICAS

Instituto Nacional para el Federalismo y Desarrollo Municipal

<http://www.inafed.gob.mx/work/enciclopedia/EMM21puebla/municipios/21043a.html>, consulta 18/05/2018

Programa de inclusión social Prospera <https://datos.gob.mx/busca/organization/about/prospera> consultado el 7/06/19

Programa Vivienda Digna <https://www.gob.mx/fonhapo/acciones-y-programas/programa-vivienda-digna> consultado el 7/06/19

Catálogo de localidades indígenas del ahora Instituto Nacional de los pueblos indígenas, elaborado con información del Censo de Población y Vivienda 2010 Comisión <http://www.cdi.gob.mx/localidades2010-gobmx/> consulta 16/05/2019

Indicadores socioeconómicos de la población total y la población indígena por municipio, 2000 de la CNDI <http://www.cdi.gob.mx/cedulas/2000/PUEB/21043-00.pdf> consulta 16/05/2019

Observación general N.º 25 del Comité de Derechos Humanos de la ONU, 57 periodo de sesiones, 1996, https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CCPR/00_2_obs_grales_Cte%20DerHum%20%5BCCPR%5D.html#GEN25 consultado el 10/06/19

ESTUDIO SOBRE LA LEGALIDAD EN LA DETERMINACIÓN DEL PRECIO Y EL IMPUESTO A LOS COMBUSTIBLES

STUDY OF THE LEGALITY IN DETERMINING PRICE AND FUEL TAX

OMAR CONTRERAS BORBÓN¹

RESUMEN: Este artículo ofrece un panorama del proceso de modificación contemporánea de las normas establecidas en la Ley del Impuesto Especial sobre Producción y Servicios que han avalado tres impuestos IEPS distintos al combustible y dos impuestos al valor agregado; además realiza una aproximación al cálculo de los componentes del precio del combustible tras la liberación de precios de 2017. El autor afirma de ilegal e inconstitucional la manera en que las autoridades administrativas determinan los precios e impuestos de los combustibles, por considerarlo violatorio del principio de doble imposición, contrario al principio de certeza tributaria, al de proporcionalidad, al de legalidad y constitucionalidad. El estudio concluye con una propuesta de solución sencilla que pareciera ser una medida correctiva rápida a la situación y problema fiscal que padecemos en el país, principalmente en la región fronteriza, sobre todo por competir en precio con el sur de Estados Unidos.

PALABRAS CLAVE: *Derecho Fiscal Mexicano. Derecho Tributario. Combustibles. Gasolinas. Impuesto Especial sobre Producción y Servicios. Impuesto al Valor Agregado. Determinación de precios. Equidad. Constitucionalidad. Doble imposición. Certeza tributaria. Proporcionalidad. Legalidad. Subsidio.*

ABSTRACT: This article offers a panorama of the process of contemporary modification of the norms established in the Law of the Special

¹ Doctorante del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Licenciado en Política y Gestión Social, Licenciado en Derecho, Maestro en Derecho Fiscal y especialidad en Evaluación de Impacto Legislativo. Profesor de Derecho Fiscal, Medios de Defensa Fiscal, Derecho Aduanero e Impuestos al Comercio Exterior. Autor de artículos especializados y colaborador en Radio Fórmula y MVS.<omar.borbon@gmail.com>

Tax on Production and Services that have endorsed three IEPS taxes other than fuel and two taxes on added value; It also provides an approximation to the calculation of fuel price components after the price release of 2017. The author states that the way in which the administrative authorities determine the prices and taxes of fuels is illegal and unconstitutional, considering it to be in violation of the principle of double taxation, contrary to the principle of tax certainty, to proportionality, to legality and constitutionality. The study concludes with a simple solution proposal that seems to be a quick corrective measure to the situation and fiscal problem that we suffer in the country, mainly in the border region, mainly because of competing in price with the South of the United States.

KEYWORDS: *Mexican Tax Law. Tax Law. Fuels Gasolines Special tax on production and services. Value Added Tax. Determination of prices. Equity. Constitutionality Double taxation. Tax certainty. Proportionality Legality. Subsidy.*

SUMARIO: I. Introducción; II. La falsa idea del subsidio; III. ¿Qué pagamos con el combustible?; IV. La legalidad en la determinación del precio y los impuestos a los combustibles; V. ¿Qué resta por hacer?; VI. Fuentes.

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo ofrece un panorama analítico sobre la legalidad en la determinación del precio y el impuesto a los combustibles en México. He tenido la oportunidad en artículos de opinión de revistas especializadas en temas fiscales como *Asesores en Soluciones*, *AS* y *TLC Magazine*, así como en distintos medios de comunicación, de expresar algunas ideas sobre por qué considero ilegal e inconstitucional la manera en que las autoridades administrativas determinan los precios y los tributos de los combustibles. Lo mismo he sostenido en medios impresos en los que colaboro o en donde me han dado la

oportunidad de expresar mi opinión; al presentar este trabajo, he tenido la oportunidad de confrontar esa hipótesis y sostener como cierta la afirmación que en ella hago.

En primer lugar, el trabajo esboza los motivos por los cuales creo que jamás ha existido un subsidio a los combustibles, sino simplemente un estímulo fiscal que disminuía la cantidad de impuestos que debían pagarse por el consumo del combustible y por ende, disminuía el precio sobre todo en región o franja fronteriza. Seguidamente, dedico unas líneas al estudio de las normas que determinan el precio del combustible, tratando de analizar históricamente las normas establecidas en la Ley del Impuesto Especial sobre Producción y Servicios que han avalado tres impuestos IEPS distintos al combustible y dos impuestos al valor agregado; en este apartado en específico se realiza el cálculo de los componentes del combustible. En el tercer y último apartado sostengo de ilegal e inconstitucional la manera en que las autoridades administrativas determinan los precios e impuestos de los combustibles, por considerarlo violatorio del principio de doble imposición, contrario al principio de certeza tributaria, al de proporcionalidad, al de legalidad y constitucionalidad. Es ilegal que sea la Comisión Reguladora de Energía con la opinión de la Comisión Federal de Competencia Económica, quien determine los precios de los combustibles, es una facultad establecida en el artículo Décimo Segundo Transitorio de la Ley de Ingresos de la Federación para 2017; pero es facultad exclusiva del Congreso de la Unión según el artículo 73 fracción XXIX de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; por lo tanto es violatorio del principio de legalidad tributaria y a todas luces una medida inconstitucional.

Concluyo con una propuesta de solución sencilla que pareciera ser una medida correctiva rápida a la situación y problema fiscal que pade-

ceмос en el país, principalmente en la región fronteriza, sobre todo por competir en precio con el sur de Estados Unidos.

II. LA FALSA IDEA DEL SUBSIDIO

Los mexicanos conocemos con siglas lo que un subsidio significa: Conasupo, Solidaridad, Seguro Popular, Liconsa, Diconsa, Procampo, Oportunidades, Prospera y una larga lista de programas diseñados para entregar apoyos, estimular el consumo o la producción nacional, con los que el gobernante en turno imprime su sello a su tiempo político para ser recordado como benefactor social.

Se subsidia un producto cuando se promueve su venta al público a un precio menor del costo de producción, ocurrió en el pasado con en el maíz para la tortilla y ocurre actualmente con la leche Liconsa, pero ese famoso subsidio no ha ocurrido con el combustible que enajena Pemex, al menos no desde 2015.

El Diccionario de Derecho en línea especifica lo siguiente respecto a su significado:

Con origen en el latín *subsidium*, el concepto de subsidio permite identificar a una asistencia pública basada en una ayuda o beneficio de tipo económico. Se trata de un sistema enfocado a estimular el consumo o la producción, o de una ayuda que se otorga por un tiempo determinado [...]

Podría definirse a esta noción como la diferencia que se advierte al comparar el valor real de un producto o prestación y el valor que paga el consumidor para acceder a dicho producto o servicio. En estas circunstancias, el gobierno reparte subsidios a las compañías para evitar que los precios o las tarifas se incrementen. [...]²

² 19 de mayo de 2017, <http://definicion.de/subsidio/>

Por su parte, el Glosario de Términos de Derecho Fiscal de Víctor Manuel Alfaro Jiménez define Subsidio como un apoyo de carácter económico que el Estado concede a las actividades productivas de los particulares con fines de fomento durante períodos determinados y que se considera como la especie del género denominado subvención.

En cuanto a la definición de estímulo fiscal en las leyes fiscales mexicanas no existe definición alguna; sin embargo, el Código Fiscal de la Federación, la Ley de Ingresos de la Federación y la Ley del Impuesto Sobre la Renta refieren la existencia de esta figura jurídica y otorgan reglas para su aplicación, otorgando a través de ellos disminuciones a la carga fiscal, simplificación administrativa y beneficios con base en acreditamientos, reducciones, deducciones, sin embargo nunca la conceptualizan, lo cual, de acuerdo a lo que señala la Contadora Pública y Maestro en Impuestos María Elena Domínguez Ortiz, mantiene vigente y en permanente estado la confusión. Lo anterior es expuesto ampliamente en la revista especializada en Derecho Fiscal, Asesores en Soluciones, de marzo de 2014.

Existe una interpretación jurisdiccional que establece que el estímulo fiscal es un subsidio económico concedido por ley al sujeto pasivo de un impuesto, con el objeto de obtener de él ciertos fines parafiscales, que no representan un desvanecimiento de la obligación tributaria sino que ésta es asumida por el Estado.³

De conformidad con el Glosario del Servicio de Administración Tributaria, Estímulo Fiscal lo define de la siguiente manera:

Son apoyos gubernamentales que se destinan a promover el desarrollo de actividades y regiones específicas, a través de mecanismos tales como

³ Tesis: Cuarto Tribunal Colegiado de Circuito. Jurisprudencia V., 4o J/1. IUS 2008. Registro 179585. Publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Novena Época. Tomo XXI, enero 2005, p. 1566.

disminución de tasas impositivas, exención de impuestos determinados, aumento temporal de tasas de depreciación de activos, etc. [...]

Tienen por objetivo:

1. Fomentar artificialmente el consumo, la producción o adquisición de un bien o servicio.
2. Son los mecanismos contrarios a los impuestos. Los estímulos tienen su origen en la intención de los Estados de alcanzar metas sociales, o bien para favorecer (por distintas razones) a determinadas personas, actividades o zonas de un país.
3. Cuando son otorgados desde el Estado a las empresas privadas, pueden tener el fin de evitar que posibles aumentos de tarifas lleguen a los consumidores finales de los productos o servicios que ellas proveen, y así proteger la economía regional.⁴

Dado que los estímulos y los subsidios tienen un fin totalmente opuesto a los impuestos, el término estímulo fiscal, provoca todavía más confusiones ya que lo fiscal es recaudatorio y no un medio de entrega de recursos o de beneficios adicionales.

Por lo anterior, en tanto subsidio refiere a reparto de recursos públicos para incentivar la producción o el consumo de determinados bienes y servicios; el estímulo fiscal logra exactamente el mismo propósito pero eliminando total o parcialmente los impuestos que deben pagarse por el consumo de dichos productos o servicios.

Del estudio y la interpretación del significado de cada una de los conceptos, se advierte que lo que existió en el caso del combustible hasta el 31 de diciembre de 2016 fue un estímulo fiscal, no un subsidio, que afectaba exclusivamente el Impuesto Especial sobre Producción y Servicios (IEPS) disminuyendo su tasa, mayormente acentuado en el caso de la frontera norte del país, a fin de homologar los precios con los de las

⁴ Mayo de 2017, http://sat.gob.mx/informacion_fiscal/glosario/Paginas/glosario_e.aspx

regiones fronterizas del Sur de Estados Unidos. En ningún momento el costo de producción fue mayor al precio de venta y por tanto no pudo existir subsidio.

Falsamente se ha mencionado que el costo de combustible durante 2016 generó un subsidio de 217 mil millones de pesos. Lo que ocurrió es que el Gobierno dejó de ingresar esos recursos al mantener el precio del combustible en México más bajo al promedio internacional: no puede ser de otra manera. Los mexicanos somos dueños del petróleo con el que se producen las gasolinas, además de refinar el 40 por ciento de ellas en las 6 plantas en territorio nacional y otro porcentaje en la refinería de *Deer Park* en Texas, donde Pemex está asociada con Shell al 50 por ciento. Siendo dueño de la materia prima con la que se produce y produces la mitad de lo que consumes: ¿por qué tendrías que venderla más cara?

III. ¿QUÉ PAGAMOS CON EL COMBUSTIBLE?

Antes de los famosos gasolinazos del período de Felipe Calderón, existía ya en la Ley del IEPS un impuesto para los combustibles. Era un impuesto que hacía las veces de regulador del precio de la gasolina y trataba de compensar los precios internacionales en favor de los mexicanos, su fórmula de cálculo era extremadamente compleja: representaba un porcentaje que se ajustaba según el precio internacional del petróleo subiera o bajara. Si el precio del petróleo estaba bajo, entonces el IEPS de gasolinas y diésel se incrementaba, el gobierno recaudaba así impuestos adicionales sin que la ciudadanía los sintiera. Esa recaudación extra llegó a sumar más del 1 por ciento de la producción nacional anual.

Cuando el costo del petróleo en el mercado internacional se cotizaba alto, entonces el IEPS de gasolinas y diésel se volvía negativo, es decir

que en vez de cobrar, subsidiaba. Ese estímulo fiscal llegó a representar en algún momento anualmente casi el 0.7 por ciento de la producción nacional.

Ese impuesto tenía su base legal en el anterior artículo 2 A de la Ley del IEPS. Este IEPS se fue ajustando con el transcurso del tiempo e implicó finalmente un cálculo del costo de la Terminal de Almacenamiento y Reparto (TAR) de PEMEX que consideró también los precios de referencia en el Golfo, costos de refinación, las mermas, los costos de importación, la cotización del dólar, las comisiones a los expendedores de combustible, tipo de cambio peso-dólar, forma en la que se calculaba entonces el precio de la gasolina y en la que se tasaba por ende el impuesto especial del artículo 2 A fracción I de la Ley Especial sobre Producción y Servicios.

Artículo 2o.-A. Las personas que enajenen gasolina o diesel en territorio nacional estarán sujetas a las tasas y cuotas siguientes:

1. La tasa aplicable en cada mes para la enajenación de gasolinas o diesel será la que resulte para cada Terminal de Almacenamiento y Reparto de Petróleos Mexicanos conforme a lo siguiente:
 - a) Precio productor: Se determinará para las gasolinas y el diesel de uso automotriz, industrial de bajo azufre y en vehículos marinos, adicionando al precio de referencia ajustado por calidad, cuando proceda, que se determine para el combustible de que se trate de acuerdo con el inciso f) de esta fracción, así como el costo de manejo y el costo neto de transporte a la Terminal de Almacenamiento y Reparto de que se trate en el periodo señalado en el inciso f) de esta fracción, sin incluir el impuesto al valor agregado.
 - b) Costo de distribución y comercialización: Para los combustibles señalados en el inciso a) y para el periodo señalado en el inciso f) de esta fracción, se determinará para cada Terminal de Almacenamiento y Reparto, adicionando al margen comercial que haya

fijado Petróleos Mexicanos para los expendios autorizados por el combustible de que se trate, en su caso, los costos netos de transporte del combustible de la Terminal de Almacenamiento y Reparto que corresponda al establecimiento del expendedor, ya sea realizado por Petróleos Mexicanos o por un tercero con el que el organismo tenga celebrado un contrato de Venta de Primera Mano y que cumpla la realización del transporte en los términos de la normatividad correspondiente. El monto obtenido se dividirá entre el volumen total facturado del combustible de que se trate.

Únicamente para las gasolinas, se considerará dentro del costo unitario de distribución y comercialización, el monto por concepto de mermas, que se determinará multiplicando el factor de 0.003375 por el valor total de las enajenaciones de gasolinas a las estaciones de servicio sin considerar lo señalado en la fracción II de este artículo, así como las señaladas en el inciso H) de la fracción I, del artículo 2o. de esta Ley, ni tampoco el impuesto al valor agregado, dividido por el volumen total del combustible en el periodo señalado en el inciso f) de esta fracción.

c) Precio neto de venta en la Terminal de Almacenamiento y Reparto: Se determinará, cuando se lleve a cabo la enajenación, descontando al precio de venta al público del combustible de que se trate, vigente en la zona geográfica correspondiente en el periodo citado, en el inciso f) de esta fracción, los montos de las cuotas señaladas en la fracción II de este artículo, multiplicado por el factor, redondeado a cuatro decimales, que resulte de la siguiente fórmula:

$$\frac{1}{1+T}$$

Donde T corresponde a la tasa del impuesto al valor agregado, expresado en decimales de conformidad con lo señalado en la Ley del Impuesto al Valor Agregado.

Al monto que resulte se le restarán las cuotas señaladas en el inciso H) de la fracción I del artículo 2o. de esta Ley, de acuerdo al combustible de que se trate.

d) El monto que resulte conforme al inciso c) anterior, se disminuirá con las cantidades obtenidas conforme a los incisos a) y b) de esta fracción.

e) La cantidad determinada conforme al inciso d) anterior, se dividirá entre el monto que se obtuvo conforme al inciso a) de esta fracción y el resultado se multiplicará por 100. El porcentaje que se obtenga será la tasa aplicable al combustible de que se trate que enajene la Terminal de Almacenamiento y Reparto correspondiente, durante el mes por el que se calcula la tasa.

f) El precio de referencia para cada uno de los combustibles a que se refiere el inciso a) de esta fracción, será el promedio de las cotizaciones disponibles del día 21 del segundo mes anterior al día 20 del mes inmediato anterior a aquél por el que se calcula la tasa, convertidas a pesos con el promedio del tipo de cambio de venta del dólar de los Estados Unidos de América que publica el Banco de México en el Diario Oficial de la Federación, para el mismo periodo, como sigue:

1. Gasolinas: el promedio del precio spot de la gasolina de calidad equivalente, vigente en la Costa del Golfo de los Estados Unidos de América, a la gasolina que se enajene en territorio nacional.
2. Diesel para uso automotriz y diesel para uso industrial de bajo azufre: el promedio del precio spot (fuel oil) del diesel de calidad equivalente, vigente en la Costa del Golfo de los Estados Unidos de América, al diesel que se enajene en territorio nacional.
3. Diesel para uso en vehículos marinos: el promedio del precio spot (fuel oil) del diesel de calidad equivalente, vigente en Houston, Texas, de los Estados Unidos de América, al diesel

que se enajene en territorio nacional en la Costa del Golfo de México; y el promedio del precio spot (fuel oil) del diesel de calidad equivalente, vigente en Los Ángeles, California, de los Estados Unidos de América, al diesel que se enajene en territorio nacional en la Costa del Pacífico.

Para la determinación de los montos señalados en los incisos a), b) y c), los volúmenes se expresarán en metros cúbicos.

La Secretaría de Hacienda y Crédito Público, mediante reglas de carácter general basadas en criterios de eficiencia económica y saneamiento financiero, dará a conocer los elementos para determinar los precios de referencia, los ajustes por calidad, los costos netos de transporte, el margen comercial y el costo de manejo a los expendios autorizados a que se refiere esta fracción.

La Secretaría de Hacienda y Crédito Público, requerirá a Petróleos Mexicanos la información necesaria para realizar mensualmente las operaciones aritméticas para calcular las tasas aplicables en el mes de que se trate para cada combustible y en cada agencia de ventas, Terminal de Almacenamiento y Reparato de Petróleos Mexicanos y las publicará en el Diario Oficial de la Federación, a más tardar el último día del mes anterior, al mes en que aplicarán las tasas.

Se continuarán aplicando las tasas publicadas en el mes inmediato anterior hasta en tanto se haga la publicación a que se refiere el párrafo anterior.

Como vemos, la determinación en el costo del precio del combustible, y por consiguiente de sus impuestos, resultaba más en una decisión de tipo político que razones técnico-económicas; en tanto la mayor parte de este artículo mencionaba la manera en que se cotizaba, jamás supimos a ciencia cierta las cantidades que servían de base para determinarlo. No obstante la estructura jurídica y la complicación técnica que implicaba el

estudio y el análisis de la fracción I del artículo 2º, el Gobierno Federal siempre tenía alternativa para la determinación de los precios, la solución se establecía en el penúltimo párrafo:

La Secretaría de Hacienda y Crédito Público, mediante reglas de carácter general basadas en criterios de eficiencia económica y saneamiento financiero, dará a conocer los elementos para determinar los precios de referencia, los ajustes por calidad, los costos netos de transporte, el margen comercial y el costo de manejo a los expendios autorizados a que se refiere esta fracción.

La Terminal de Almacenamiento y Reparto implicaba entonces calcular el costo del combustible en las más de 80 terminales terrestres y marítimas de almacenamiento y despacho ubicadas estratégicamente a lo largo del territorio nacional, calculando la cadena de suministro entre los centros productores, puntos de importación y los canales de comercialización de productos petrolíferos, atendiendo las necesidades de los franquiciatarios y del mercado para facilitar las actividades diarias de los consumidores finales.

La capacidad de almacenamiento nominal de estas famosas terminales es superior a los 30 millones de barriles y 41 muelles con servicios portuarios para entrega y recepción de operaciones marítimas, así como 5.5 millones de barriles diarios de capacidad de entrega por diferentes medios de transporte.

Con la famosa reforma de Felipe Calderón que entró en vigor en 2008, en donde se creó el Impuesto Empresarial a Tasa Única, se reformó la Ley del IEPS para aplicar cuotas estatales; se creó una sobre tasa al IEPS que se fijó en una nueva fracción II del artículo 2 A, y que aplicaron cuotas a la gasolina Magna de 36 centavos, a la Premium de 43.92 centavos y al Diésel de 29.88 centavos por litro.

Estos recursos de impuestos federales son 100 por ciento participables a las entidades federativas, son netamente para sufragar el gasto público de los gobiernos de los estados y se suponía que estaría vigente solamente hasta 2012, como sabemos está vigente hasta nuestros días.

A diferencia del IEPS contenido en el artículo 2 A, fracción I, éste no se computa para el cálculo del impuesto al valor agregado.

Artículo 2o.-A ...

I. ...

II. Sin perjuicio de lo previsto en la fracción anterior, y en lo dispuesto en el artículo 2o., fracción I, inciso H), se aplicarán las cuotas siguientes:

- a) Gasolina Magna 36 centavos por litro.
- b) Gasolina Premium UBA 43.92 centavos por litro.
- c) Diesel 29.88 centavos por litro.

...

...

Los recursos que se recauden en términos de esta fracción, se destinarán a las entidades federativas, municipios y demarcaciones territoriales, conforme a lo establecido en la Ley de Coordinación Fiscal.

...

Un tercer impuesto IEPS fue el creado en la reforma del 2015, que creó un impuesto especial a combustibles fósiles, supuestamente con fines ecológicos, sustentado en el artículo 2, fracción I, inciso H de la Ley del IEPS que estableció una cuota de 12.59 centavos por litro para diésel y 10.38 centavos por litro para gasolinas. Este es el tercer impuesto IEPS.

Artículo 2o.- Al valor de los actos o actividades que a continuación se señalan, se aplicarán las tasas y cuotas siguientes:

I. En la enajenación o, en su caso, en la importación de los siguientes bienes:

H) Combustibles Fósiles	Cuota	Unidad de medida
1. a 2. ...		
3. Gasolinas y gasavión	10.38	centavos por litro.
4.a 10. ...		

Como vemos hasta aquí, en México existían hasta el 31 de diciembre de 2016, dos impuestos que gravaban el consumo de combustibles: el Impuesto Especial Sobre Producción y Servicios por enajenación de gasolinas y diésel y el Impuesto al Valor Agregado. En el caso del IEPS sobre combustibles se establecía en tres diferentes espacios en la Ley, el primero establecido en el Artículo 2A fracción I, tasa que fluctúa mensualmente de acuerdo con la brecha existente entre el precio del productor y el precio de venta al público o, en específico, el precio de venta antes de llegar a la estación de servicio, excluyendo el costo del flete, la ganancia de los franquiciatarios y los impuestos. La segunda, referida en el Artículo 2A fracción II, corresponde a una tarifa por litro enajenado, que actualmente es de 36 centavos para la gasolina Magna, 43.92 para la gasolina Premium y 29.88 para el Diesel. El tercer impuesto IEPS es el del Artículo 2, fracción I, inciso H de 10.38 centavos por litro a gasolinas.

Por otro lado, el Impuesto al Valor Agregado es otro gravamen que recae sobre la venta de dichos petrolíferos. Las tasas vigentes son el 16% para gravar el consumo al interior del país, es importante notar que éste es un impuesto sobre un impuesto, por lo que la política sobre el IEPS petrolero altera también la recaudación del IVA petrolero.

La gran apuesta en 2015 al flexibilizar los precios de las gasolinas a precios internacionales, fue establecer el IEPS del artículo 2 A fracción I a cuotas fijas, para que en vez de que se calcule como porcentaje, ahora sea una cifra fija, o cuota.

Pero la base que se tomó para determinar la cuota fue la de los precios internacionales del petróleo del 2012, cuando el precio del barril del petróleo estaba en 120 dólares; así tenemos que el IEPS quedó en 4.7941 pesos por litro de Magna, 4.2178 pesos por litro de Premium, y 5.1802 pesos por litro de diésel. A este IEPS se le aplica adicionalmente Impuesto al Valor Agregado, lo que viola el principio de doble tributación que establece la ilegalidad de tasar varios impuestos sobre la misma base. Como hemos visto, en el caso de la gasolina los mexicanos pagamos 3 impuestos especiales y el impuesto al Valor Agregado.

Como sabemos la gasolina Magna incrementó su precio en 2017 en un 14.2 por ciento al pasar de 13.98 a 15.99 pesos por litro, la Premium en 20.1 por ciento al pasar de 14.81 a 17.70 pesos el litro; y, el Diésel en un 16.5 por ciento al pasar de 14.63 a 17.05 pesos por litro.

1. ACUERDO 99 /2016

ACUERDO POR EL QUE SE ACTUALIZAN LAS CUOTAS QUE SE ESPECIFICAN EN MATERIA DEL IMPUESTO ESPECIAL SOBRE PRODUCCIÓN Y SERVICIOS.

ACUERDO.

Artículo primero. El factor de actualización aplicable para el año de 2017 a las cuotas a las que se refieren los artículos 2o., fracción I, incisos D) y H), y 2o.-A, fracciones I, II y III de la Ley del Impuesto Especial sobre Producción y Servicios, es de 1.0330, resultado de dividir el Índice Nacional de Precios al Consumidor del mes de noviembre de 2016, que fue de 121.953 puntos, y el mencionado índice correspondiente al mes de noviembre de 2015, que fue de 118.051 puntos, procedimiento establecido conforme a lo dispuesto por el artículo 17-A del Código Fiscal de la Federación.

Artículo segundo. Conforme al factor de actualización mencionado en el artículo Primero de este Acuerdo, las cuotas aplicables a los combustibles automotrices a que se refiere el artículo 2o., fracción I, inciso D) de la Ley del Impuesto Especial sobre Producción y Servicios, que estarán vigentes a partir del 1 de enero de 2017, son las siguientes:

Combustibles fósiles	Cuota	Unidad de medida.
Gasolina menor a 92 octanos	4.30	pesos por litro.
Gasolina mayor o igual a 92 octanos	3.64	pesos por litro.
Diésel	4.73	pesos por litro.
Combustibles no fósiles	3.64	pesos por litro.

Artículo Tercero. Conforme al factor de actualización mencionado en el artículo Primero de este Acuerdo, las cuotas aplicables a los combustibles fósiles a que se refiere el artículo 2o., fracción I, inciso H) de la Ley del Impuesto Especial sobre Producción y Servicios, que estarán vigentes a partir del 1 de enero de 2017, son las siguientes:

Combustibles Fósiles	Cuota	Unidad de medida
1. Propano	6.50	centavos por litro.
2. Butano	8.42	centavos por litro.
3. Gasolinas y gasavión	11.41	centavos por litro.
4. Turbosina y otros kerosenos	13.64	centavos por litro.
5. Diesel	13.84	centavos por litro.
6. Combustóleo	14.78	centavos por litro.
7. Coque de petróleo	17.15	pesos por tonelada.
8. Coque de carbón	40.21	pesos por tonelada.
9. Carbón mineral	30.28	pesos por tonelada.
10. Otros combustibles fósiles	43.77	pesos por tonelada de carbono que contenga el combustible.

Artículo Cuarto. Conforme al factor de actualización mencionado en el artículo Primero de este Acuerdo, las cuotas aplicables a las gasolinas y el diésel previstas en el artículo 2o.-A, fracciones I, II y III de la Ley del

Impuesto Especial sobre Producción y Servicios, que estarán vigentes a partir del 1 de enero de 2017, son las siguientes:

Combustibles	Cuota	Unidad de medida
Gasolina menor a 92 octanos	38.00	centavos por litro.
Gasolina mayor o igual a 92 octanos	46.37	centavos por litro.
Diésel	31.54	centavos por litro.

En el caso de la gasolina Magna el IEPS total 4.7941 pesos, más IVA en dos de ellos por 0.7063 pesos. Adicionalmente se carga IVA en el precio del producto que es de 9.043 pesos por litro de gasolina Magna y el correspondiente IVA de 1.45 pesos por litro. Así tenemos que en total se pagan 4.7941 pesos de IEPS y 2.1563 pesos de IVA. El precio del producto es de 9.043 pesos, tomando en consideración todos los costos.

¿Disminuyó el IEPS en 2017?: ¡NO!, los impuestos se mantuvieron constantes en valores nominales, pero se incrementó el costo de producción para homologarlo a precios internacionales. Así, mientras en julio de 2016 el costo de producción representaba un 55.7 por ciento del precio del litro de Magna, el IEPS el 30.9 por ciento y el IVA el 13.4 por ciento; para enero de 2017 el porcentaje de la producción se estima en 56.55 por ciento del precio del litro Magna, el IEPS el 29.98 por ciento y el IVA el 13.48 por ciento.

Aunque el componente porcentual del costo de la gasolina sea distinto, el valor nominal de los impuestos no bajó: la Magna seguirá pagando más de 4 pesos por IEPS y más de 2 pesos en IVA.

IV. LA LEGALIDAD EN LA DETERMINACIÓN DEL PRECIO Y LOS IMPUESTOS A LOS COMBUSTIBLES.

La decisión del Gobierno Federal de eliminar el estímulo fiscal a los combustibles y liberar sus precios es una medida netamente recaudatoria, así se estableció incluso en los Criterios Generales de Política Eco-

nómica y en la Exposición de Motivos de la Ley de Ingresos de la Federación (LIF) del 2017, que establece que el gobierno federal tendrá una recaudación total de 284 mil 432 millones de pesos por concepto del impuesto especial, esto es 36 por ciento mayor a lo que se estimó en la LIF del 2016, lo que representa 75 mil 46 millones de pesos adicionales.

Pero esa cifra podría superarse con facilidad, así ha venido ocurriendo todos los años, por ejemplo en 2016 se esperaba una recaudación total por 209 mil 386 millones de pesos por IEPS a gasolina y diésel, y para el cierre de octubre de 2016, la recaudación ya sumaba 239 mil 999 millones de pesos.

Los Criterios Generales de Política Económica para 2017, establecían en su página 11 lo siguiente:

Para continuar con la implementación de la Reforma Energética, el Paquete Económico 2017 propone adelantar a partir de enero de 2017 la liberalización del precio de las gasolinas y el diésel, de manera gradual y ordenada. Para ello, se propone la Comisión Reguladora de Energía (CRE), órgano regulador del sector, junto con la Comisión Federal de Competencia Económica (COFECE) determinen el ritmo de la liberalización de los precios para las distintas regiones del país. Con ello, la propuesta busca garantizar una apertura ordenada, basada en el análisis de dos instituciones con profunda capacidad técnica. Esta propuesta dará un impulso definitivo a la apertura del mercado de suministro de combustibles, con lo que se detonará una mayor inversión productiva. Con la propuesta, México se pondría a la par de la mayoría de los países miembros de la OCDE y de América Latina.

a) Principios tributarios en México

La bibliografía principal de este apartado son dos textos. El primero titulado “Los principios de Derecho Tributario” de Alex R. Zambrano

Torres; y, el segundo intitulado “El Derecho Constitucional Tributario” del Dr. Juan Manuel Ortega Maldonado, profesor investigador de Derecho Fiscal en el la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Morelos.

Esta última obra, sobre la que habremos de escudriñar, señala que la materia fiscal guarda una estrecha relación con la Constitución, de ahí que uno de los principios fundamentales del derecho fiscal sea precisamente el llamado principio de constitucionalidad.

Por otro lado, de acuerdo a Alex Zambrano los Principios del Derecho Tributario existen por ser límites a la potestad tributaria, es decir existen como control del poder del Estado para crear, modificar y extinguir tributos. Zambrano incluso afirma que los principios tributarios son el límite del Poder Tributario del Estado, a fin de que no se vulnere los derechos fundamentales de la persona, ni se colisione con otros sectores y potestades con las cuales se debe coexistir.

El Derecho Fiscal es una de las ramas del Derecho Administrativo y como tal pertenece al Derecho Público. No puede entenderse el Derecho Público sin emanar de la norma que rige el pacto federal, ésta es la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; por lo tanto, el Derecho Fiscal tiene base constitucional. De ahí que los principios tributarios que menciona Zambrano sean en una cantidad mayor a los que por norma constitucional pertenezcan al ámbito de aplicación estrictamente constitucional, aquellos son de tipo doctrinario, pertenecientes al conjunto de opiniones emitidas por juristas, mientras que los segundos, los constitucionales, se encuentran plasmados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en específico en el artículo 31 fracción IV, a esta norma específica se encuentra acotada la potestad tributaria del Estado.

Los principios tributarios constitucionales contenidos en la fracción IV del artículo 31 de la Carta Magna son los que se desprenden del contenido literal de dicha fracción, a mayor abundamiento, es el que sigue: “Artículo 31. Son obligaciones de los mexicanos: (I. a III. ...) IV.- Contribuir para los gastos públicos, así de la Federación, como del Distrito Federal o del Estado y Municipio en que residan, de la manera proporcional y equitativa que dispongan las leyes.”

De lo anterior, por tanto, se desprenden, de acuerdo al orden de aparición, los siguientes principios constitucionales tributarios: el de obligatoriedad, el de destino al gasto público, el de proporcionalidad y equidad, y el de legalidad. A éstos Ortega Maldonado agrega los de no confiscatoriedad, no exención y mínimo vital exento.

A estos se suman los principios tributarios de carácter doctrinario, incluso ya presentes en jurisprudencias de nuestro máximo Tribunal, como son el de justicia, uniformidad, respeto de los derechos fundamentales, certeza, economía en la recaudación, capacidad contributiva, estabilidad económica, y eficacia en la asignación de recursos, todos ellos señalados por el texto de Zambrano Torres.

Como señalamos al inicio del presente Ensayo, abundaremos sobre los principios tributarios constitucionales; vale la pena entonces señalar que ni Zambrano Torres ni Ortega Maldonado realizan un análisis exhaustivo de dichos principios, el primero preocupado por abarcarlos todos, o casi todos, y explicarlos de manera sucinta, el segundo, por preocuparse en abundar sobre las facultades de recaudación y los principios tributarios que rigen la vida local a diferencia de la federal.

El principio de legalidad es un principio fundamental del Derecho Tributario. Generalmente es reconocido por los ordenamientos supremos como la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ello se

debe a la relación de supra-subordinación entre los representantes del Estado y los gobernados en virtud de los cuales los primeros afectan la esfera jurídica de los segundos; esto es, el Estado al desplegar su actividad afecta los bienes y derechos de los gobernados cuando se impone en el ejercicio de su poder. Así, este Estado moderno interviene de forma reiterada, intensa y generalmente contundente en muchas áreas de la vida de los gobernados afectando sus derechos, incluso aquellos que el subordinado tiene en la más alta estima, aquellos que son básicos para su subsistencia, porque el Estado (en ejercicio de los diferentes poderes de la Unión) legisla, dicta y emite actos que trascienden la esfera jurídica de cada uno, o que carecen de respaldo legal o del respaldo legal adecuado o suficiente.

El segundo principio que abordaremos, establecido en un criterio jurisprudencial por nuestro máximo tribunal, criterio que rige la vida pública de México, local o federal, en su aspecto de cumplimiento constitucional de las contribuciones para ser consideradas válidas, es el de proporcionalidad y equidad. La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido criterio que define como requisitos mínimos indispensables con los que debe cumplir el legislador en el momento de la creación de la norma jurídica, el de proporcionalidad, el cual alude a la necesidad de que la actuación de los órganos legislativos, federales o locales, sea idónea para obtener los fines que se persiguen, que en el momento de crear e interpretar las leyes deben fijar sus alcances de forma ponderada en donde se tomen en cuenta determinados criterios, tales como:

1. Perseguir una finalidad constitucionalmente legítima.
2. Ser adecuada, idónea, apta y susceptible de alcanzar el fin perseguido.
3. Ser necesaria, es decir, suficiente para lograr dicha finalidad, de tal forma que no implique una carga desmedida, excesiva o injustificada para el gobernado, y
4. Estar justificada en razones constitucionales.

Lo anterior quedó definido en sesión privada del 15 de enero de 2007, en donde el Pleno de la SCJN aprobó la Tesis Jurisprudencial Núm. 130/2007, misma que lleva por rubro “Garantías Individuales. El desarrollo de sus límites y la regulación de sus posibles conflictos por parte del legislador debe respetar los principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídica”.

Dicha tesis establece que el cumplimiento de los principios de razonabilidad y proporcionalidad implica que al fijar el alcance de una garantía individual por parte del legislador se deben tener en cuenta determinados límites, ya que de acuerdo con el principio de legalidad el legislador no puede actuar en exceso de poder ni arbitrariamente en perjuicio de los gobernados.

De ahí que sea válido afirmar que debe existir una interpretación conforme a la Constitución y desde la Constitución, es decir, los valores fundamentales ahí contenidos deben irradiar a todos los ordenamientos jurídicos.

Un verdadero Estado constitucional no sólo se sostiene en el estricto respeto al derecho, sino en el contenido de un orden jurídico conforme a la razón y orientado por el valor de la justicia. Así, en el principio de racionalidad del derecho se implican las prohibiciones de arbitrariedad y de exceso en el ejercicio de poder público, íntimamente relacionadas con el principio de proporcionalidad.

Al expedir una norma el legislador realiza en su exposición de motivos un análisis ponderado de las razones que lo han llevado a legislar sobre una determinada materia o cambiar la normativa ya existente sobre la misma. La fundamentación y motivación de la expedición de una ley debe obligar al legislador a argumentar cuáles son los elementos de hecho y de derecho de la creación de una norma.

Para la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la seguridad jurídica es la certeza que debe tener el gobernado de que su persona, su familia, sus posesiones o sus derechos, los cuales serán respetados por la autoridad, pero si ésta debe producir una afectación en ellos, deberá ajustarse a los procedimientos previamente establecidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y las leyes secundarias.

Nuestro máximo tribunal, define a las garantías de seguridad jurídica como aquellos derechos subjetivos públicos a favor de los gobernados, que pueden ser oponibles a los órganos estatales, a fin de exigirles que se sujeten a un conjunto de requisitos previos a la comisión de actos que pudieran afectar la esfera jurídica de los individuos, para que éstos no caigan en la indefensión o la incertidumbre jurídica, lo que hace posible la pervivencia de condiciones de igualdad y libertad para todos los sujetos de derechos y obligaciones. El artículo 14 Constitucional, establece la garantía de audiencia, como garantía de seguridad jurídica para los gobernados, y cuyo respeto es obligatorio para todas las autoridades, tanto legislativas, ejecutivas y judiciales.

Toda norma tributaria perteneciente al orden jurídico nacional y responde a la convicción general de emanar de la Constitución General de la República como norma fundamental para ser considerada válida; sus principios han sido estudiados y definidos en criterios jurisprudenciales por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Los principios tributarios en México, para ser considerados válidos, trascendentales y obligatorios, deben forzosamente emanar de alguno de los preceptos constitucionales; de lo contrario serían de fácil desobediencia y por ende de aplicación innecesaria. Los principios de legalidad, de proporcionalidad y razonabilidad, de equidad, el respetar la garantía de seguridad jurídica y de audiencia es obligatoria para todas las autorida-

des, tanto legislativas, ejecutivas y judiciales, en el ámbito local o federal.

Algunos juristas han coincidido en que es ilegal e inconstitucional la manera en que se determinan los precios del combustible y consecuentemente sus impuestos, por violar algunos de los principios tributarios, postulado en el que coincide por las siguientes razones:

b) Viola el principio de doble imposición

El principio de doble tributación establece que ninguna base podrá estar doblemente gravada, en el caso de las gasolinas pagamos tres IEPS e IVA sobre dos de ellos. En este punto tomo como bibliografía principal dos textos. El primero titulado “El problema de la Concurrencia de Impuestos en la República Mexicana”; y, el segundo el Marco Jurídico y Reglamentario del Sistema Nacional de Coordinación Fiscal.

La competencia y distribución de los impuestos que le corresponden a cada nivel de gobierno no está delimitada de manera detallada en la Constitución de la República, su sistema es complejo. Sin embargo, se entienden reservadas de la Federación la imposición de cargas relativas a aquellas actividades señaladas en el artículo 73, fracción XXIX, pero que puede establecer todo tipo de contribuciones si tiene por objeto cubrir su Presupuesto, a saber:

Artículo 73. El Congreso tiene facultad:

VII. Para imponer las contribuciones necesarias a cubrir el Presupuesto.

XXIX. Para establecer contribuciones:

1. Sobre el comercio exterior;
2. Sobre el aprovechamiento y explotación de los recursos naturales comprendidos en los párrafos 4º y 5º del artículo 27;
3. Sobre instituciones de crédito y sociedades de seguros;

4. Sobre servicios públicos concesionados o explotados directamente por la Federación; y
5. Especiales sobre:
 - a) Energía eléctrica;
 - b) Producción y consumo de tabacos labrados;
 - c) Gasolina y otros productos derivados del petróleo;
 - d) Cerillos y fósforos;
 - e) Aguamiel y productos de su fermentación; y
 - f) Explotación forestal.
 - g) Producción y consumo de cerveza.

Las entidades federativas participarán en el rendimiento de estas contribuciones especiales, en la proporción que la ley secundaria federal determine. Las legislaturas locales fijarán el porcentaje correspondiente a los Municipios, en sus ingresos por concepto del impuesto sobre energía eléctrica.

De acuerdo a Miguel Ortiz Ruiz el Convenio de Adhesión al Sistema Nacional de Coordinación Fiscal es un instrumento jurídico administrativo que formaliza la incorporación de una entidad federativa al Sistema. Si bien su composición es uniforme para todas las entidades, pueden adicionar acuerdos específicos llamados anexos. Como se señalaba, su finalidad es operativizar los acuerdos entre gobierno federal y entidades federativas para evitar la sobreposición de gravámenes fiscales y coadyuvar a las haciendas públicas.

Al respecto, es necesario traer a colación la Tesis I.15º.A.173 A del Décimo Quinto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, correspondiente a la Novena Época publicada en la página 2007 correspondiente al Tomo XXXIV de Julio de 2011, del Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta:

DOBLE O MÚLTIPLE TRIBUTACIÓN. SE ACTUALIZA ANTE LA IDENTIDAD DE OBJETO DE DOS O MÁS CONTRIBUCIONES.

El tributo es una prestación patrimonial de carácter coactivo, a título definitivo, que de manera unilateral fija el Estado a cargo de las personas que realizan determinada conducta lícita, definida legalmente mediante una hipótesis jurídica o de hecho que es reflejo de su capacidad económica, y cuyo destino es financiar el gasto público. Por consiguiente, el tributo tiene como fuente una manifestación económica o de riqueza que puede tener diferentes representaciones, tales como la propiedad o tenencia de bienes o valores, el trabajo, la producción, la distribución o comercialización y el consumo de bienes y servicios, por lo que el objeto de la imposición se traduce en el relativo ingreso, el rendimiento o la utilidad esperada, que son gravados por el legislador. Sobre tales premisas, es inconcuso que la doble o múltiple tributación recae indefectiblemente en el objeto de la contribución, en tanto revela que el mismo ingreso, rendimiento o utilidad esperada, derivados de una misma representación de capacidad económica está afectado por varios tributos a la vez.

DÉCIMO QUINTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo en revisión 336/2010. Joe Hamui Shabot y otros. 29 de Septiembre de 2010. Unanimidad de votos. Ponente: Armando Cortés Galván. Secretario: Roberto Fraga Jiménez.

La doble tributación es un fenómeno por completo negativo para nuestro régimen fiscal, obliga a los ciudadanos a contribuir en exceso, lo que merma el ingreso del contribuyente. Esto ocurre con el combustible, como hemos visto, al gravar con tasas distintas triplemente con IEPS la misma base, merma el ingreso del contribuyente. En este caso, la doble tributación como simple acumulación de impuestos no responde a gravar actividades productivas del contribuyente, si no acumular ingresos

fiscales por el simple cobro de impuesto sobre impuesto, disminuyendo el patrimonio del contribuyente; de esta manera se rompe también el principio de proporcionalidad tributaria establecido en la fracción IV del artículo 31 de la constitución Federal.

c) El principio de proporcionalidad tributaria

Nuestro Alto Tribunal, ha establecido criterio que define como requisitos mínimos indispensables con los que debe cumplir el legislador en el momento de la creación de la norma jurídica, el de proporcionalidad, el cual alude a la necesidad de que la actuación de los órganos legislativos sea idónea para obtener los fines que se persiguen, que en el momento de crear e interpretar las leyes deben fijar sus alcances de forma ponderada en donde se tomen en cuenta determinados criterios, tales como:

1. Perseguir una finalidad constitucionalmente legítima.
2. Ser adecuada, idónea, apta y susceptible de alcanzar el fin perseguido.
3. Ser necesaria, es decir, suficiente para lograr dicha finalidad, de tal forma que no implique una carga desmedida, excesiva o injustificada para el gobernado, y
4. Estar justificada en razones constitucionales.

Lo anterior quedo definido en sesión privada del 15 de enero de 2007, en donde el Pleno de la SCJN aprobó la Tesis Jurisprudencial Núm. 130/2007, misma que lleva por rubro “Garantías Individuales. El desarrollo de sus límites y la regulación de sus posibles conflictos por parte del legislador debe respetar los principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídica”

De lo anterior se colige que el Estado de Derecho no únicamente implica el cumplimiento de la norma, sino en el contenido de un orden jurídico conforme a la razón y orientado por el valor de la justicia. El orden jurídico se sustenta en los principios de proporcionalidad y razonabilidad.

El Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que el principio de proporcionalidad tributaria establecido en el artículo 31, fracción IV de la Constitución, mediante Jurisprudencia de Pleno, Séptima Época, Apéndice de 1995, Tomo I, Parte SCJN, Página 256, en los siguientes términos:

PROPORCIONALIDAD Y EQUIDAD TRIBUTARIAS ESTABLECIDAS EN EL ARTÍCULO 31, FRACCION IV, CONSTITUCIONAL.

El artículo 31, fracción IV, de la Constitución establece los principios de proporcionalidad y equidad en los tributos. La proporcionalidad radica, medularmente, en que los sujetos pasivos deben contribuir a los gastos públicos en función de su respectiva capacidad económica, debiendo aportar una parte justa y adecuada de sus ingresos, utilidades o rendimientos. Conforme a este principio, los gravámenes deben fijarse de acuerdo con la capacidad económica de cada sujeto pasivo, de manera que las personas que obtengan ingresos elevados tributen en forma cualitativa superior a los de medianos y reducidos recursos. El cumplimiento de este principio se realiza a través de tarifas progresivas, pues mediante ellas se consigue que cubran un impuesto en monto superior los contribuyentes de más elevados recursos. Expresado en otros términos, la proporcionalidad se encuentra vinculada con la capacidad económica de los contribuyentes que debe ser gravada diferencialmente, conforme a tarifas progresivas, para que en cada caso el impacto sea distinto, no sólo en cantidad, sino en lo tocante al mayor o menor sacrificio reflejado cualitativamente en la disminución patrimonial que proceda, y que debe encontrarse en proporción a los ingresos obtenidos. El principio de equidad radica medularmente en la igualdad ante la misma ley tributaria de todos los sujetos pasivos de un mismo tributo, los que en tales condiciones deben recibir un tratamiento idéntico en lo concerniente a hipótesis de causación, acumulación de ingresos gravables, deduccio-

nes permitidas, plazos de pago, etc., debiendo únicamente variar las tarifas tributarias aplicables, de acuerdo con la capacidad económica de cada contribuyente, para respetar el principio de proporcionalidad antes mencionado. La equidad tributaria significa, en consecuencia, que los contribuyentes de un mismo impuesto deben guardar una situación de igualdad frente a la norma jurídica que lo establece y regula.

Como se observa, en el caso de los impuestos a los combustibles no son proporcionales, el legislador no diferencia la capacidad económica de los contribuyentes en función de los ingresos que obtienen. Lo mismo paga un ciudadano de escasos ingresos que una persona moral el sector de grandes contribuyentes. No existe tampoco en el caso de los combustibles la imposición de tarifas progresivas, mucho menos es gravada diferencialmente.

En el caso concreto, al establecer el legislador y la autoridad fiscal cargas impositivas iguales a todos los contribuyentes, viola el principio de proporcionalidad establecido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación y el de la fracción IV del artículo 31 de la Constitución.

d) Principio de certeza o certidumbre tributaria

El contribuyente o ciudadano desconoce cuánto cuesta, cuál es la base y la manera en que se calcula el producto y por ende los impuestos del combustible. Tampoco tenemos certeza o certidumbre del precio de hoy, mucho menos en unos meses cuando pronostican gasolinazos diarios.

Adicionalmente, viola también el principio de certeza tributaria en tanto que el ciudadano desconoce a ciencia cierta uno de los elementos del tributo: el Sujeto; de la lectura del Artículo 2 A de la Ley del IEPS, lo mismo puede interpretarse que es Pemex o los distribuidores, pero en los hechos somos los ciudadanos quienes cargamos con el costo de este impuesto.

De conformidad a la doctrina, todo tributo debe poseer fijeza en sus elementos constitutivos, ya que de otra manera se da paso al abuso y a la arbitrariedad de las autoridades encargadas de la recaudación, las que a su capricho puedan llegar a fijar las cuotas impositivas, fechas de pago, obligaciones a satisfacer.⁵

En tales condiciones, la primera obligación de la ley fiscal está constituida por el deber ineludible de establecer con certeza los elementos constitutivos de cada tributo para, en esa forma, actuar como barrera eficaz contra cualquier posible desvío de poder. El principio de certidumbre confiere al ciudadano común y corriente un poderoso medio de defensa frente a los excesos de la Hacienda Pública, al permitirle conocer correctamente y de antemano hasta dónde llegan sus obligaciones tributarias y cuál es el límite de la potestad recaudatoria.

En efecto, avalar la entrada en vigor de la reforma es contrario a la garantía de seguridad jurídica, pilar fundamental del sistema jurídico mexicano, implicaría estar creando un poder de facto para las autoridades fiscales que podrán realizar de manera indiscriminada actos para determinar los precios de los productos y las cargas fiscales a los contribuyentes, dejando al ciudadano en estado de indefensión, ya que en el contenido de la norma no se sabe a ciencia cierta el costo del combustible y de los tributos, en consecuencia de ello los contribuyentes no sabrán a qué atenerse con la entrada en vigor de esta obligación.

A lo anterior resulta aplicable la jurisprudencia 1a./J. 139/2012 (10a.) emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, localizable en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Libro XVI, Enero de 2013, Tomo 1, página 437, la cual establece lo siguiente:

⁵ Arrijoja Vizcaíno, Adolfo, *Derecho Fiscal*. México, Editorial Themis, 2003, p. 576.

SEGURIDAD JURÍDICA EN MATERIA TRIBUTARIA. EN QUÉ CONSISTE.

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que el principio de seguridad jurídica consagrado en la Constitución General de la República, es la base sobre la cual descansa el sistema jurídico mexicano, de manera tal que lo que tutela es que el gobernado jamás se encuentre en una situación de incertidumbre jurídica y, por tanto, en estado de indefensión. En ese sentido, el contenido esencial de dicho principio radica en “saber a qué atenerse” respecto de la regulación normativa prevista en la ley y a la actuación de la autoridad. Así, en materia tributaria debe destacarse el relevante papel que se concede a la ley (tanto en su concepción de voluntad general, como de razón ordenadora) como instrumento garantizador de un trato igual (objetivo) de todos ante la ley, frente a las arbitrariedades y abusos de la autoridad, lo que equivale a afirmar, desde un punto de vista positivo, la importancia de la ley como vehículo generador de certeza, y desde un punto de vista negativo, el papel de la ley como mecanismo de defensa frente a las posibles arbitrariedades de los órganos del Estado. De esta forma, las manifestaciones concretas del principio de seguridad jurídica en materia tributaria, se pueden compendiar en la certeza en el derecho y la interdicción de la arbitrariedad o prohibición del exceso; la primera, a su vez, en la estabilidad del ordenamiento normativo, suficiente desarrollo y la certidumbre sobre los remedios jurídicos a disposición del contribuyente, en caso de no cumplirse con las previsiones del ordenamiento; y, la segunda, principal, más no exclusivamente, a través de los principios de proporcionalidad y jerarquía normativa, por lo que la existencia de un ordenamiento tributario, participe de las características de todo ordenamiento jurídico, es producto de la juridificación del fenómeno tributario y su conversión en una realidad normada, y tal ordenamiento público constituirá un sistema de seguridad jurídica formal o de “seguridad a través del Derecho”.

Del criterio jurisprudencial citado anteriormente se desprende que la garantía de seguridad jurídica es la base sobre la cual descansa el sistema jurídico mexicano, lo que tutela esta garantía es que el gobernado jamás se encuentre en una situación de incertidumbre jurídica y por tanto en estado de indefensión. El contenido esencial de dicho principio es el que el gobernado sepa a qué atenerse respecto de la regulación normativa prevista en la ley y a la actuación de la autoridad.

El principio de seguridad jurídica cobra especial relevancia en materia tributaria ya que se le concede a la ley un relevante papel como mecanismo de defensa frente a las posibles arbitrariedades de los órganos del Estado, sin embargo en la norma que establece los precios del combustible el legislador creó normas que dotan a las autoridades fiscales de imperio para realizar actos de manera arbitraria ya que va en contra de lo estipulado en el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Resulta aplicable la jurisprudencia 2a./J. 144/2006 emitida por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, localizable en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo XXIV, Octubre de 2006, página 351, misma que establece lo siguiente:

GARANTÍA DE SEGURIDAD JURÍDICA. SUS ALCANCES.

La garantía de seguridad jurídica prevista en el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, no debe entenderse en el sentido de que la ley ha de señalar de manera especial y precisa un procedimiento para regular cada una de las relaciones que se entablen entre las autoridades y los particulares, sino que debe contener los elementos mínimos para hacer valer el derecho del gobernado y para que, sobre este aspecto, la autoridad no incurra en arbitrariedades, lo que explica que existen trámites o relaciones que por su simplicidad o sencillez, no requieren de que la ley pormenore un procedimiento detallado para ejercer el derecho correlativo. Lo anterior corrobora que

es innecesario que en todos los supuestos de la ley se deba detallar minuciosamente el procedimiento, cuando éste se encuentra definido de manera sencilla para evidenciar la forma en que debe hacerse valer el derecho por el particular, así como las facultades y obligaciones que le corresponden a la autoridad.

Atento al criterio antes citado, la garantía de seguridad jurídica no debe entenderse en el sentido de que la ley debe de precisar un procedimiento de regulación para cada una de las relaciones que se den entre los órganos del Estado y los gobernados, sino que debe de contener los elementos mínimos para que el gobernado pueda hacer valer sus derechos y para que la autoridad no incurra en arbitrariedades.

e) Principio de legalidad y de constitucionalidad

Como lo señala Roberto Islas Montes en el Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano:

El principio de legalidad es un principio fundamental. Generalmente es reconocido por los ordenamientos supremos como la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ello se debe a la relación de supra-subordinación entre los representantes del Estado y los gobernados en virtud de los cuales los primeros afectan la esfera jurídica de los segundos; esto es, el Estado al desplegar su actividad afecta los bienes y derechos de los gobernados cuando se impone en el ejercicio de su poder. Así, este Estado moderno interviene de forma reiterada, intensa y generalmente contundente en muchas áreas de la vida de los gobernados afectando sus derechos, incluso aquellos que el subordinado tiene en la más alta estima, aquellos que son básicos para su subsistencia, porque el Estado (en ejercicio de los diferentes poderes de la Unión) legisla, dicta y emite actos que trascienden la esfera jurídica de cada uno, o que carecen de respaldo legal o del respaldo legal adecuado o suficiente.

En contravención al principio de legalidad y constitucionalidad, en el caso de la determinación de precios al combustible y por ende de sus tributos, quien establece los precios máximos de gasolina es la Comisión Reguladora de Energía con la opinión de la Comisión Federal de Competencia Económica, facultad que se estableció en el artículo Décimo Segundo Transitorio de la Ley de Ingresos de la Federación para 2017; esa facultad es exclusiva del Congreso de la Unión según el artículo 73 fracción XXIX de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; por lo tanto es violatorio del principio de legalidad tributaria y a todas luces una medida inconstitucional.

Transitorios de la Ley de Ingresos de la Federación para el Ejercicio Fiscal de 2017

Décimo Segundo. Durante 2017 y 2018 los precios al público de las gasolinas y el diésel se determinarán de conformidad con lo siguiente:

I. La Comisión Reguladora de Energía, tomando en cuenta la opinión que emita la Comisión Federal de Competencia Económica, emitirá los acuerdos o el cronograma de flexibilización para que durante los años de 2017 y 2018 los precios al público se determinen bajo condiciones de mercado. Los acuerdos o el cronograma se establecerán por regiones del país. La Comisión Reguladora de Energía podrá modificar dichos acuerdos o cronograma, con base en la evolución de las condiciones de mercado y el desarrollo de la infraestructura de suministro en el país, entre otros factores. La Comisión Reguladora de Energía deberá publicar en el Diario Oficial de la Federación los acuerdos o el cronograma actualizados. Las modificaciones únicamente podrán llevarse a cabo para adelantar el momento a partir del cual los precios al público se determinarán bajo condiciones de mercado.

II. a III. ...

Para visualizar lo que se entiende por principio de legalidad, de reserva de ley y de supremacía de ley, se debe iniciar analizando lo que se considera un principio de derecho, entendiéndolo como todas aquellas pautas que establecen los lineamientos principales de un ordenamiento jurídico, que otorgan un sentido determinado al derecho positivo, y puede decirse que constituyen su fuente de validez; motivo por el que todo problema jurídico que no encuentre una respuesta satisfactoria en el derecho positivo y la jurisprudencia aplicable, puede hallar solución en los principios que modelen a cada ordenamiento jurídico concreto.

Por su parte, el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua establece que el término “principio” significa, entre otros, “punto que se considera como primero en una extensión o cosa”, “base, origen, razón fundamental sobre la cual se procede discurrendo en cualquier materia”, “causa, origen de algo”, “cualquiera de las primeras proposiciones o verdades fundamentales por donde se empiezan a estudiar las ciencias o las artes”.

Para algunos juristas, el principio de reserva de ley en materia tributaria es relativo, toda vez que aplica solamente a los aspectos esenciales del tributo, empero un gran sector de la doctrina mexicana considera que en materia tributaria hay una reserva absoluta de ley; ello toda vez que los juristas que sostienen dicha postura consideran que la reserva absoluta es aquella que cubre una cierta parte del ámbito tributario exigiendo que las normas que la regulen tengan el rango de Ley.

Partiendo de lo anterior, el origen según los doctrinarios del principio de reserva de ley, surge del principio de legalidad, protegido y reconocido en nuestra Carta Magna, así, el principio de legalidad tributaria rige dos esferas (i) la esfera administrativa, donde se aplica el principio de legalidad administrativa (o también llamado preeminencia de la ley) y (ii) la esfera normativa, donde tiene aplicación el principio de reserva de ley.

En ese orden, el principio de reserva de ley tiene como función principal limitar la potestad tributaria normativa del Estado, al acotar un determinado ámbito de la realidad social en exclusiva a la ley, es decir, que determinadas materias deberán ser reguladas exclusivamente por la ley y no por reglas o reglamentos generales que no siguen el proceso legislativo como tal.

Trasladando dicho principio al ámbito tributario, se traduciría en que todos o algunos elementos referentes a la materia tributaria deben ser regulados por Ley.

El principio de reserva de ley en materia tributaria tiene como objetivo que las contribuciones que debe sufragar el ciudadano no sean mayores que la de su libertad individual, ni patrimonial; pues, debe garantizarse la seguridad jurídica del ciudadano frente al sistema tributario.

En el derecho mexicano el principio de Reserva de Ley en materia tributaria se encuentra establecido en el artículo 31 fracción IV de la Constitución Mexicana, que señala: Son obligaciones de los mexicanos: ... IV.- Contribuir para los gastos públicos, así de la Federación, como del Distrito Federal o del Estado y Municipio en que residan, de la manera proporcional y equitativa que dispongan las leyes. Esta faz de la reserva de ley es conocida como su aspecto positivo.

En este sentido, el Poder Judicial Federal ha sostenido lo siguiente:

Tesis: P. XLII/2006

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Novena Época

175059

Pleno

Tesis Aislada(Constitucional, Administrativa)

**LEGALIDAD TRIBUTARIA. EL PRINCIPIO DE RESERVA DE
LEY ES DE CARÁCTER RELATIVO Y SÓLO ES APLICABLE**

TRATÁNDOSE DE LOS ELEMENTOS QUE DEFINEN A LA CUANTÍA DE LA CONTRIBUCIÓN.

El Tribunal en Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que en materia de legalidad tributaria la reserva de ley es de carácter relativo, toda vez que dicha materia no debe ser regulada en su totalidad por una ley formal y materialmente legislativa, sino que es suficiente que los elementos esenciales de la contribución se describan en ella, para que puedan ser desarrollados en otros ordenamientos de menor jerarquía, ya que la presencia del acto normativo primario marca un límite de contenido para las normas secundarias posteriores, las cuales nunca podrán contravenir la norma primaria, además de que tal remisión debe constituir un complemento de la regulación legal que sea indispensable por motivos técnicos o para el debido cumplimiento de la finalidad recaudatoria. En congruencia con tal criterio, se concluye que el principio tributario de reserva de ley es de carácter relativo y aplica únicamente tratándose de los elementos cuantitativos del tributo, como son la tasa o la base, porque en muchas ocasiones, para cifrar el hecho imponible es indispensable realizar operaciones o acudir a aspectos técnicos, lo que no sucede en relación con los elementos cualitativos de las contribuciones, como son los sujetos y el objeto, los cuales no pueden ser desarrollados en un reglamento, sino que deben preverse exclusivamente en una ley.

Tesis: P. CXLVIII/97

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Novena Época

Pleno

Tesis Aislada(Administrativa, Constitucional)

LEGALIDAD TRIBUTARIA. ALCANCE DEL PRINCIPIO DE RESERVA DE LEY.

Conforme con dicho principio, es necesaria una ley formal para el establecimiento de los tributos, lo que satisface la exigencia de que sean los propios gobernados, a través de sus representantes, los que determinen las cargas fiscales que deben soportar, así como que el contribuyente pueda conocer con suficiente precisión el alcance de sus obligaciones fiscales, de manera que no quede margen a la arbitrariedad. Para determinar el alcance o profundidad del principio de legalidad, es útil acudir al de la reserva de ley, que guarda estrecha semejanza y mantiene una estrecha vinculación con aquél.

Los elementos sustanciales de los impuestos deben ser contemplados en normas tributarias, y para efectos de lo anterior, lo que integra detalladamente el de los combustibles es una cuestión sustancial, pues de lo contrario el contribuyente gobernado carece de la certeza de lo que debe ser considerado como costo del combustible y sus tributos.

Como hemos sostenido, la Comisión Reguladora de Energía determina ahora los precios de los combustibles y sus tributos, en contravención al principio constitucional establecido en el artículo 73 fracción XXIX, al respecto, resulta aplicable la tesis número P. XXI/2003 sustentada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, bajo el texto y rubro siguientes:

Época: Novena Época

Registro: 182710

Instancia: Pleno

Tipo de Tesis: Aislada

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo XVIII, Diciembre de 2003

Materia(s): Constitucional

Tesis: P. XXI/2003

Página: 9

CLÁUSULAS HABILITANTES. CONSTITUYEN ACTOS FORMALMENTE LEGISLATIVOS.

En los últimos años, el Estado ha experimentado un gran desarrollo en sus actividades administrativas, lo que ha provocado transformaciones en su estructura y funcionamiento, y ha sido necesario dotar a funcionarios ajenos al Poder Legislativo de atribuciones de naturaleza normativa para que aquél enfrente eficazmente situaciones dinámicas y altamente especializadas. Esta situación ha generado el establecimiento de mecanismos reguladores denominados “cláusulas habilitantes”, que constituyen actos formalmente legislativos a través de los cuales el legislador habilita a un órgano del Estado, principalmente de la administración pública, para regular una materia concreta y específica, precisándole bases y parámetros generales y que encuentran su justificación en el hecho de que el Estado no es un fenómeno estático, pues su actividad no depende exclusivamente de la legislación para enfrentar los problemas que se presentan, ya que la entidad pública, al estar cerca de situaciones dinámicas y fluctuantes que deben ser reguladas, adquiere información y experiencia que debe aprovechar para afrontar las disyuntivas con agilidad y rapidez. Además, la adopción de esas cláusulas tiene por efecto esencial un fenómeno de ampliación de las atribuciones conferidas a la administración y demás órganos del Estado, las cuales le permiten actuar expeditamente dentro de un marco definido de acción, susceptible de control a través del principio de legalidad; en la inteligencia de que el establecimiento de dicha habilitación normativa debe realizarse en atención a un equilibrio en el cual se considere el riesgo de establecer disposiciones que podrían propiciar la arbitrariedad, como generar situaciones donde sea imposible ejercer el control estatal por falta de regulación adecuada, lo que podría ocurrir de exigirse que ciertos aspectos dinámicos se normen a través de una ley.

Amparo en revisión 199/2002. Moisés Saba Masri. 9 de septiembre de 2003. Mayoría de seis votos. Ausentes: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia y

Humberto Román Palacios. Disidentes: Juventino V. Castro y Castro, José de Jesús Gudiño Pelayo y Juan N. Silva Meza. Ponente: José Vicente Aguinaco Alemán. Secretario: Emmanuel G. Rosales Guerrero.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada hoy trece de noviembre en curso, aprobó, con el número XXI/2003, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación no es idónea para integrar tesis jurisprudenciales. México, Distrito Federal, a trece de noviembre de dos mil tres.

De lo anterior se desprende sin duda que las normas señaladas son inconstitucionales, en virtud de infringir el principio de subordinación jerárquica previsto en el artículo 89, fracción I de la Constitución Federal.

Esto se afirma porque basta con analizar el artículo Decimosegundo transitorio de la Ley de Ingresos de la Federación 2017, el cual en la parte que interesa dice lo siguiente:

Décimo Segundo. Durante 2017 y 2018 los precios al público de las gasolinas y el diésel se determinarán de conformidad con lo siguiente:

- I. La Comisión Reguladora de Energía, tomando en cuenta la opinión que emita la Comisión Federal de Competencia Económica, emitirá los acuerdos o el cronograma de flexibilización para que durante los años de 2017 y 2018 los precios al público se determinen bajo condiciones de mercado. Los acuerdos o el cronograma se establecerán por regiones del país. La Comisión Reguladora de Energía podrá modificar dichos acuerdos o cronograma, con base en la evolución de las condiciones de mercado y el desarrollo de la infraestructura de suministro en el país, entre otros factores. La Comisión Reguladora de Energía deberá publicar en el Diario Oficial de la Federación los acuerdos o el cronograma actualizados. Las modificaciones únicamente podrán llevarse a cabo para adelantar el momento a partir del cual los precios al público se determinarán bajo condiciones de mercado.

Como hemos afirmado, las disposiciones del artículo Decimosegundo Transitorio son inconstitucionales, porque su creación no obedece al establecimiento de bases y parámetros generales, no se establecieron dichas bases y parámetros para normar la facultad de la Comisión Reguladora de Energía, lo cual sin duda es motivo de inconstitucionalidad de dicho precepto. Es invasivo de la facultad exclusiva del Congreso de la Unión.

Lo anterior implica una violación al principio de subordinación jerárquica previsto en el artículo 89, fracción I de la Constitución Federal.

V. ¿QUÉ RESTA POR HACER?

La Reforma Energética representaba la oportunidad de mayores condiciones de competencia, los consumidores podríamos decidir que combustible adquirir en función de calidad y precio. Si los privados, extranjeros o nacionales, desean competir por el mercado de Pemex que lo hagan en condiciones favorables para los ciudadanos. Lo ilógico es que el Gobierno Federal haya promovido un incremento de precios de combustibles una año antes de la apertura del mercado a competidores internacionales, haciendo más atractivo el negocio a capitales externos y garantizando el retorno de la inversión en menor tiempo: ganan los capitales privados en detrimento de la economía de las familias.

Ante esta decisión, es claro que la apuesta del Gobierno Federal en turno fue al simple olvido, al cese de las marchas y manifestaciones sociales por el simple transcurso del tiempo.

En el caso de la gasolina solicitar decretar la inconstitucionalidad de la flexibilización de los combustibles es correcto, el Amparo es un medio de defensa al que todos tenemos derecho, aunque los tiempos para interpo-

ner un medio de defensa constitucional han transcurrido, sabemos que el momento de hacer valer ese derecho puede ocurrir contra el primer acto de autoridad; pero es un camino largo, pesado y del cual ya hemos vivido múltiples experiencias. Podemos tomar esa opción, pero como ciudadanos tendríamos pocas posibilidades de materializarla: caminar por la ciudad con una suspensión provisional bajo el brazo para no pagar el IEPS o el IVA en las gasolineras y que se respete una decisión judicial de esta naturaleza, parece prácticamente imposible.

Sin embargo, hay otra opción, los Acuerdos publicados para dar a conocer los montos de los estímulos fiscales aplicables a la enajenación de gasolineras.

Mientras que llevar a cabo todo un proceso contencioso que declare inconstitucional una norma o someterla a un proceso legislativo para reformarla debe darse, lo inmediato ahora es decretar el estímulo fiscal para el país y en especial para la región fronteriza que se encuentra en zona de competencia frente a los precios de los Estados Unidos. Su base legal está contenida en el artículo 31, fracción XXXIV de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal; Segundo, Quinto y transitorio Segundo del Decreto por el que se establecen estímulos fiscales en materia del impuesto especial sobre producción y servicios aplicables a los combustibles.

No bajar la guardia debe ser nuestra premisa ante cada acto de Gobierno que vulnere la integridad de nuestras familias. El país nos pertenece mientras seamos capaces de pelear por lo que creemos, nos opongamos con firmeza a decisiones injustas que ahondan nuestra dependencia y someten la voluntad soberana del pueblo.

VI. FUENTES

1. BIBLIOGRAFIA

ÁLVAREZ ALCALÁ, Alil, *Lecciones de Derecho Fiscal*, México, Editorial Oxford, 2009.

CARRASCO IRIARTE, Hugo, *Diccionario de Derecho Fiscal*, 3a ed., México, Oxford, 2013.

CHAPOY BONIFAZ, Dolores Beatriz, *Derecho Fiscal*, México, UNAM, 1991.

Ley del Impuesto al Valor Agregado

Ley del Impuesto Especial Sobre Producción y Servicios

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.

ZAMBRANO TORRES, Alex R. *Los Principios del Derecho Tributario*. México: 2007.

UNAM.

2. HEMEROGRAFIA

CONTRERAS BORBÓN, Omar, “La falsa idea del subsidio”, *As, Asesores en Soluciones*, México, en <http://asesoresensoluciones.com/as/index.php/revista-electronica/enero-febrero-2017>

3. LEYES

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Criterios Generales de Política Económica 2017 de la Secretaría de Hacienda en http://www.ppef.hacienda.gob.mx/work/models/PPEF2017/paquete/politica_hacendaria/CGPE_2017.pdf

DOF. ACUERDO por el cual se dan a conocer los montos de los estímulos fiscales aplicables a la enajenación de gasolinas en la región fronteriza con los Estados Unidos de América, correspondientes al periodo que se especifica.

MÉXICO *OFFSHORE*. EL OSCURO PAPEL DE LA MISCELÁNEA FISCAL

MEXICO OFFSHORE. THE DARK ROLE OF THE FISCAL MISCELLANEOUS

MIRIAM GONZÁLEZ SERRANO¹

RESUMEN: En el ámbito fiscal internacional, se busca que los países no compitan en forma desleal a través de regímenes fiscales preferentes o paraísos fiscales que erosionan la base tributaria de los residentes en terceros países. Recientemente, México ha sido cuestionado por su baja tributación y regímenes de beneficio para los extranjeros. Nosotros sostenemos que algunos de estos regímenes están previstos en la Resolución Miscelánea Fiscal, la cual no cuenta con un marco jurídico acabado, ya que no se obliga a sus creadores a realizar análisis económicos y jurídicos previos ni posteriores a su implementación, ni estudios sobre sus repercusiones a nivel internacional. Este inadecuado control regulatorio y financiero, encuadra en los supuestos para calificar al país como una jurisdicción con regímenes fiscales preferentes de acuerdo a los criterios de la OCDE y, en el plano doméstico, implica que no existe rendición de cuentas debida por la autoridad.

PALABRAS CLAVE: *Regímenes fiscales preferentes, Resolución Miscelánea Fiscal, Transparencia regulatoria, Rendición de cuentas.*

ABSTRACT: In the international tax field, it is sought that countries do not compete unfairly through preferential tax regimes or tax havens that erode the tax base of residents in third countries. Recently, Mexico has been questioned because of its low taxation and benefit regimes for foreigners. We argue that some of these regimes are in the Miscellaneous Fiscal Resolution which does not have a legal framework finished, since

¹ Maestra en Derecho. Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México; doctoranda por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la misma Universidad. @Miriam53974344, <mgonzalez@derecho.unam.mx>

its creators are not obliged to perform economics and legal analysis before or after its implementation, nor studies on its repercussions at the international level. This inadequate regulatory and financial control, fits in the assumptions to qualify the country as a jurisdiction with preferential tax regimes according to the OECD criteria and, on the domestic level, it implies that there is no accountability due from the authority.

KEYWORDS: *Preferential tax regimes, Miscellaneous Fiscal Resolution, Regulatory transparency, Accountability.*

SUMARIO: I. Planteamiento; II. Paraísos fiscales y regímenes fiscales preferentes; III. Resolución Miscelánea Fiscal; IV. REFIPRES. Ley inhibitoria vs RMF permisiva; V. México, *offshore* para extranjeros; VI. Conclusiones; VII. Fuentes.

I. PLANTEAMIENTO

Con el término *offshore*² se identifican entidades o jurisdicciones con regímenes de beneficio fiscal considerados indeseables por constituir una desleal competencia en el ámbito tributario internacional para atraer inversiones o para beneficiar sectores, industrias o grupos en un país determinado. La respuesta internacional hacia estas jurisdicciones o regímenes sugiere el establecimiento de reglas que inhiban la participación de los nacionales en aquellos países, a la vez que se pide a las Naciones no constituir beneficios indebidos para los extranjeros que inviertan en su jurisdicción.

Desde hace algunos años se ha cuestionado si México está compitiendo lealmente en el ámbito fiscal o si es necesario revisar su actuación; así la dirigencia de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe

² El término *offshore* hace referencia a lo que existe fuera de las costas de cada país y, en el sentido tributario, se refiere a las jurisdicciones, regímenes, entidades o figuras fuera de las fronteras de un país que permiten una tributación menor o nula, en comparación con la que se aplicaría en ese Estado.

(CEPAL) ha hecho notar que la baja recaudación convierte a México en un paraíso fiscal y, en 2019, la Comunidad Europea ha decidido verificar si existen deficiencias en el sistema tributario mexicano.³

En este punto, nos preguntamos ¿por qué el país ha sido varias veces descalificado en cuanto a su régimen impositivo si, a primera vista, la imposición sobre la renta tiene una tasa baja pero competitiva y, aparentemente, la Ley del Impuesto sobre la Renta (LISR) no prevé algún régimen preferente? Encontramos entonces que las disposiciones administrativas, particularmente la Resolución Miscelánea Fiscal (RMF), contienen en realidad normas que pueden desaplicar "de facto" los preceptos legales que aparentan un marco normativo competitivo a nivel internacional. Asimismo, advertimos que a través de esas normas se crean beneficios preferentes para ciertos inversores, sin que exista supervisión regulatoria o financiera al respecto.

Así, frente a la idea de que México está cumpliendo normativamente con los requerimientos para tenerlo como un Estado leal en su tributación, surge una nueva interrogante ¿cuál es el papel de la RMF para la (des)calificación o revisión del país como una jurisdicción con regímenes preferenciales?

Revisando esta problemática, encontramos posturas doctrinarias en torno al alcance que puede tener la RMF, pero esas discusiones se centran en verificar si sus disposiciones transgreden el ámbito de competencia del Poder Legislativo y concluyen con su calificación de inconstitucionales o su validación jurídica a partir de ese parámetro de análisis. Desde otro punto de vista, revisamos el marco jurídico que sostiene la emisión de

³ Cfr. Arellano Ramírez, José, ¿Es México un paraíso fiscal?, México, Expansión, 2011, <https://expansion.mx/opinion/2011/02/01/es-mexico-un-paraiso-fiscal-de-facto>; European Commission, Questions and answers on the EU list if no-cooperative tax jurisdictions, http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-19-1629_en.pdf.

la RMF y, aunque encontramos disposiciones genéricas, lo cierto es que no localizamos disposiciones normativas que se refieran a la motivación, los objetivos, ni mucho menos los efectos individuales (exenciones, minimización de obligaciones, etc.) y nacionales (recaudatorios y/o presupuestales) de esta RMF, al tiempo que advertimos algunos ejemplos que, "de facto", reducen las obligaciones tributarias de algunos sujetos.

En ese contexto, la tesis que sostenemos es que la RMF juega un papel relevante *en sentido negativo* para el régimen fiscal mexicano, ya que desaplica las medidas inhibitorias de inversiones y pagos en y para el extranjero en condiciones preferenciales y, además, contiene verdaderos regímenes fiscales preferentes (REFIPRES) que pueden pasar desapercibidos -al común- por exceso de tecnicismos, falta de transparencia en sus motivaciones y por la ausencia de análisis previos y *post facto* sobre sus consecuencias; lo cual además implica que no se estén rindiendo cuentas sobre la administración de los recursos que se comprometen o se renuncian a través de la RMF.

Las siguientes líneas buscarán dar respuesta a la interrogante planteada en torno al papel de la RMF, para demostrar que las circunstancias bajo las cuales se emite esa RMF la convierte en un instrumento para desaplicar las normas fiscales y propiciar la generación de regímenes preferenciales. Conforme a los resultados obtenidos, propondremos algunas medidas para transparentar ese mecanismo administrativo y limitar sus efectos perniciosos.

Para lograr este objetivo, utilizando una metodología deductiva, empírica y analítica, precisaremos algunos conceptos sobre los paraísos fiscales, los regímenes preferentes y la RMF. Respecto de esta última, analizaremos el marco jurídico que sostiene su emisión y revisaremos las posturas que intentan explicar su función normativa.

En forma relevante, analizaremos las reglas de dicha RMF a partir de 2005, correspondiente a los regímenes fiscales preferentes y, a partir de su análisis, advertiremos los efectos de beneficio "indebido" que tienen sus destinatarios; este parámetro de revisión lo elegimos porque desde 2005 no se modifica sustancialmente la regulación sobre los regímenes fiscales preferentes en el país y, sin embargo, la RMF sí ha tenido cambios que serán motivo de revisión para conocer en qué periodo existieron reglas que permiten una aplicación indebida de la ley fiscal. Por otra parte, para verificar si la RMF contiene beneficios preferenciales para cierto sector de inversionistas extranjeros, revisaremos las reglas de los últimos 5 años, para identificar aquellas que hagan dudar a los demás países de que México compite lealmente con la prohibición de beneficios indebidos; consideramos que 5 años son suficientes para lograr el objetivo planteado, ya que estas reglas no están directamente vinculadas con la inhibición de inversiones y pagos en y para REFIPRES que están vigentes desde 2005. En todo caso, el estudio se centrará en las disposiciones administrativas relativas al impuesto sobre la renta (ISR), por ser la contribución que se analiza para revisar a los REFIPRES.

II. PARAÍDOS FISCALES Y REGÍMENES FISCALES PREFERENTES

Para conocer si un Estado realiza prácticas indeseables de competencia tributaria, se han elaborado una serie de criterios para calificar a un país ya como paraíso fiscal o como una jurisdicción con régimen fiscal preferente. Los criterios que seguiremos son los parámetros creados por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), con independencia de que cada país puede establecer sus propios parámetros de clasificación.

1. PARAÍSO FISCAL

Paraíso fiscal o *tax haven* es un concepto que, aunque de uso cotidiano, desde el punto de vista jurídico ha ido perdiendo relevancia debido a la forma y los procedimientos que se utilizan para determinar qué país o jurisdicción puede ser calificada jurídicamente como un paraíso fiscal. En un sentido clásico, un paraíso fiscal es un país que impone un ISR mínimo o no tiene dicho impuesto, situación que es aprovechada por las corporaciones para evadir el impuesto que, de otra forma, debiera ser pagado en otra jurisdicción;⁴ estos paraísos no sólo se caracterizan por su baja o nula tributación, sino por la secrecía y anonimato que ofrecen a las empresas como ejes centrales de evasión fiscal.⁵

En 1998, la OCDE emitió uno de los primeros reportes que se ocupan de la competencia tributaria perniciosa. En dicho reporte se listaban los elementos para identificar a un *tax haven*: a) si la jurisdicción no tiene impuestos o éstos son nominales; b) ausencia de efectivo intercambio de información; c) falta de transparencia y, d) ausencia de requerimientos de actividades sustanciales.⁶ Para 2001, se determina revisar a las jurisdicciones más que como paraísos fiscales, como jurisdicciones no cooperativas en función de las primeras tres condiciones previstas en 1998; hasta la formulación del Plan BEPS⁷, cuando se da preferencia a revisar la

⁴ OCDE, Glossary of tax terms, <http://www.oecd.org/ctp/glossaryoftaxterms.html>.

⁵ European Parliament, Listing of tax haven by the EU, 2018, [http://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=EPRS_BRI\(2018\)621872](http://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=EPRS_BRI(2018)621872), p. 2.

⁶ OCDE, Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue, París, OECD, 1998, <http://dx.doi.org/10.1787/9789264162945-en>, p. 22-23.

⁷ El Plan de Acción BEPS es un plan para tratar los problemas de la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios (BEPS) de un modo coordinado y completo; busca proporcionar instrumentos que alineen mejor la potestad impositiva de cada país con las actividades económicas reales. La observación esencial que alimenta este Plan es la interacción de normas nacionales e internacionales que generan fricciones sin resolver, aprovechadas para evadir el pago de impuestos. Este plan se compone de

existencia de regímenes fiscales preferentes sobre la base de actividades sustantivas.

2. RÉGIMEN FISCAL PREFERENTE

La premisa que utiliza la OCDE para analizar la existencia de un **REFIPRE** es que se ofrezca alguna forma de “privilegio fiscal en comparación con los principios generales de tributación en un determinado país”,⁸ más no en comparación con otros países; entonces, tales privilegios pueden encontrarse traducidos en la reducción del gravamen, condiciones preferenciales para pagar o reembolsar el tributo o, agregaríamos nosotros, disminución de condiciones que impliquen reducir la base tributaria o dejar fuera de un gravamen o tasa a determinados sujetos.

En torno a la categoría de **REFIPRE**, la OCDE ha modificado los criterios de calificación desde 1998, cuando emitió el primer reporte sobre este tópico. Entonces, se dijo que existían 4 factores clave y 8 elementos utilizados para calificar si un **REFIPRE** es o no lesivo. Los factores clave⁹ identificados entonces, fueron los siguientes:

- a. El régimen establece un tipo de gravamen efectivo cero o reducido para la renta procedente de actividades financieras y de la prestación de otros servicios geográficamente móviles.
- b. El régimen esta compartimentado en relación con la economía

15 acciones y la 5^a está orientada a dar elementos para prevenir la competencia fiscal nociva que se da a través de **REFIPRES**, principalmente. Cfr. OCDE, Plan de acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios, París, OECD, 2014, <http://dx.doi.org/10.1787/9789264207813-es>, pp. 13-14.

⁸ OCDE, *Combatir las prácticas fiscales perniciosas*, teniendo en cuenta la transparencia y la sustancia. Acción 5. Informe final 2015, París, OCDE, 2016, <http://dx.doi.org/10.1787/9789264267107-es>, p. 21.

⁹ *Ibidem*, p. 22 y Cfr. *Harmful Tax Competition... cit.*, pp. 26-30.

nacional.¹⁰

c. El régimen padece una falta de transparencia (por ejemplo, los detalles del régimen o su aplicación no están claros o evidentes, o hay una supervisión regulatoria o una declaración o comunicación financiera inadecuada).

d. No hay intercambio de información efectivo en lo que se refiere al régimen.

Para 2018, la OCDE modificó los criterios de evaluación, señalando 5 factores clave y 5 factores auxiliares. Los cuatro factores claves de 1998 se replican, pero se incluye un quinto elemento sobresaliente: “e. El régimen es inadecuado en requerir actividades sustanciales.”¹¹ Para entonces, el criterio de actividad sustancial toma mayor relevancia con motivo de la modernización del trabajo sobre prácticas perniciosas, junto con la verificación de intercambio efectivo de información entre países.¹²

De estos factores relevantes, el que nos interesa para este análisis es el que se refiere a la falta de transparencia,¹³ relacionada con los detalles del

¹⁰ Es decir, que el régimen tenga una aplicación limitada, puede ser sólo para extranjeros o para empresas que no participan en el mercado interno. Cfr. Ramírez Figueroa, Enrique, “Los regímenes fiscales preferentes”, en Pérez Robles, Arturo (coord.), *Los convenios de doble imposición y su interrelación con las medidas para prevenir el abuso en su aplicación*, México, Themis, 2011, p. 173.

¹¹ OCDE, *Harmful Tax Practices – 2018 Progress Report on Preferential Regimes: Inclusive Framework on BEPS: Action 5, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*, Paris, OCDE, 2019, <http://dx.doi.org/10.1787/9789264311480-en>, pp. 13, 40-41.

¹² OCDE, *Combatir las prácticas fiscales perniciosas... cit.*, p. 25.

¹³ En materia fiscal existen diversas formas en que se utiliza el concepto de *transparencia*, pero para fines de este análisis lo utilizaremos como el requisito que debe cumplirse para no calificar como régimen preferencial. Desde otros puntos de vista también fiscales, la transparencia puede encontrarse como: a) entidades transparentes. Calificación que reciben ciertas entidades o figuras no consideradas como contribuyentes del ISR en el país en que están constituidas o tienen su administración principal o sede de dirección efectiva y sus ingresos son atribuidos a sus miembros, socios, accionistas, o beneficiarios; b) intercambio transparente, que se observa cuando existe un intercambio pleno de información entre jurisdicciones fiscales; c) principio de transparencia conte-

régimen, su aplicación y la inadecuada supervisión regulatoria o financiera. Sobre este aspecto, la OCDE señala que:

A lack of transparency may arise from the way in which a regime is designed and administered. For example, where the details of the regime or its application are not apparent, or there is *inadequate regulatory supervision or financial disclosure*.¹⁴

1. A lack of transparency may arise because:
2. Favourable administrative rulings (*e.g.*, regulatory, substantive, and procedural rulings) are given, allowing a particular sector to operate under a lower effective tax environment than other sectors [...].
3. Special administrative practices may be contrary to the fundamental procedures underlying statutory laws. This may encourage corruption and discriminatory treatment, especially if the practices are not disclosed. Such practices can also make it more difficult for other countries to enforce their tax laws. Thus, a regime where the tax rate and base are not negotiable, *but where administrative practices and enforcement do not conform with the law* or do not stipulate the conditions of applicability, may be considered as potentially harmful.
4. If the general domestic fiscal environment is such that the laws are not enforced in line with the domestic law, this could make an otherwise legitimate regime harmful [...].¹⁵

nido en los convenios para evitar la doble tributación, que obliga a las partes a publicar los cambios legislativos sustantivos que puedan afectar a los residentes de su contraparte y, d) transparencia fiscal, que obliga a los contribuyentes a presentar su información fiscal a las autoridades y *descubrir* sus operaciones relevantes. *Cf.*: Roa Jacobo, Juan Carlos, “Transparencia fiscal, residencia y acuerdos de intercambio de información tributaria”, en Ríos Granados, Gabriela (coord.), *Derecho internacional tributario*, México, Porrúa-UNAM, 2010, p. 193 y Revilla Martínez, Eduardo, “Transparencia fiscal y acuerdos de intercambio de información tributaria”, en Ríos Granados, Gabriela (coord.), *Derecho internacional tributario*, México, Porrúa-UNAM, 2010, p. 220.

¹⁴ OCDE, *Harmful Tax Practices... cit.*, p. 14.

¹⁵ OCDE, *Harmful Tax Competition... cit.*, pp. 28-29.

Es este requerimiento de transparencia, el que consideramos incumplido en el país a través de la RMF. En efecto, para la OCDE, la falta de transparencia puede derivar de la forma en que el régimen es diseñado y administrado, cuando los detalles del mismo o de su aplicación no son claros o existe una inadecuada supervisión regulatoria o financiera.

Asimismo, algunos de los factores que ayudan a identificar esta falta de transparencia son: la existencia de reglas administrativas favorables (regulaciones, reglas sustantivas o de procedimiento) diseñadas para cierto sector, que les permite operar en condiciones preferenciales que a otros sectores; prácticas administrativas especiales que pueden ser contrarias a los procedimientos fundamentales establecidos en leyes, ya que aun y cuando no se negocien bases y tasas impositivas, estas prácticas administrativas y aplicación contrarias a la legislación pueden ser consideradas potencialmente perjudiciales y, en general, un ambiente fiscal en donde las leyes no son aplicadas en la línea marcada por las mismas leyes, puede implicar prácticas de competencia indebida.

En los numerales siguientes abundaremos en la búsqueda y demostración de supuestos que contienen beneficios preferenciales otorgados a través de disposiciones administrativas, cuyos motivos para su diseño y supervisión regulatoria y financiera -como dice la OCDE- son inadecuados o inexistentes.

III. RESOLUCIÓN MISCELÁNEA FISCAL

La resolución miscelánea fiscal, nombre genérico con el que se conoce al conjunto de reglas administrativas que se emiten anualmente con la intención -se dice- de asistir a los contribuyentes, facilitar la aplicación de las disposiciones legales y el cumplimiento de sus obligaciones fiscales,

ha sido objeto de múltiples análisis que podrían reducirse a dos posturas: es o no inconstitucional por contener obligaciones que rebasan lo establecido legalmente.¹⁶ No ha sido, sin embargo, analizada desde la óptica que ahora propondremos, en relación con la falta de procedimientos y transparencia que implica su emisión, ni las consecuencias fiscales nacionales e internacionales que generan ciertas disposiciones perdidas en el armatoste que resulta su publicación.

Año como año, con el nombre de Resolución Miscelánea Fiscal y sus Anexos, se publican conjuntamente tres tipos de pronunciamientos de la autoridad fiscal, realizados con fundamento en los artículos 33, fracción I, inciso g),¹⁷ h) y penúltimo párrafo, relacionado con el artículo 35 del

¹⁶ En efecto, este es el análisis que se realiza mayoritariamente, ya que parte del supuesto de que el artículo 31, fracción IV de la Constitución prevé el principio de legalidad tributaria, en razón del cual las contribuciones y sus denominados elementos esenciales deben contenerse en una norma formalmente legislativa; así, cuando se analiza la RMF, se busca preferentemente verificar si a través de una regla miscelánea se incumple tal imperativo constitucional, en consonancia con el principio de seguridad jurídica. Cfr. Ríos Granados, Gabriela, “Naturaleza jurídica de las reglas generales en materia tributaria”, en *Documentos de trabajo del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, México, UNAM, IJ, 2003, pp. 3-4; Reyes Bustamante, Andrés, “La miscelánea fiscal y los principios de legalidad y seguridad jurídica”, en *Consultorio fiscal*, No. 483, 1^a. quincena, octubre 2009, México, UNAM, FCyA, 2009, pp. 29-35; Velázquez Meléndez, Vicente, “La resolución miscelánea fiscal ¿es legal su aplicación?”, en *Nuevo consultorio fiscal*, No. 434, México, UNAM, FCyA, pp. 64-68.

¹⁷ Para Cuauhtémoc Reséndiz, Dionisio Kayne y Juan Carlos Pérez, este fundamento sólo permite a la autoridad publicar las mencionadas disposiciones, pero no así emitir las; para ellos, estas reglas están en el marco de las facultades reglamentarias del Ejecutivo o bien, en el marco de las facultades indelegables del Secretario de Hacienda. Cfr. Reséndiz Núñez, Cuauhtémoc, “La resolución miscelánea en materia fiscal: una aproximación”, en *Lex*, difusión y análisis, 3^a. época, año V, junio 2002, número 84, México, 2002, p. 17; Kayne, Dionisio J., “Constitucionalidad y juridicidad de la resolución miscelánea fiscal”, en *Nuevo consultorio fiscal*, Año 15, No. 286, 2^a. quincena de julio de 2001, México, UNAM, FCyA, 2001, pp. 24-27; Pérez Góngora, Juan Carlos, “Constitucionalidad de la miscelánea fiscal”, en *Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa a los LXX años de la ley de justicia fiscal*, Tomo II, México, TEJFA, 2006, pp.161-175.

Código Fiscal de la Federación (CFF):

"Disposiciones de carácter general"¹⁸ necesarias para el mejor cumplimiento de las facultades de las autoridades y con la finalidad de proporcionar asistencia a los contribuyentes. Estas disposiciones, conocidas como *reglas*, cuando se refieran al sujeto, objeto, base, tasa o tarifa, no generarán obligaciones o cargas adicionales a las establecidas en las propias leyes fiscales.

Criterios no vinculativos; en la misma línea que las reglas, se emiten para proporcionar asistencia a los contribuyentes, se publican en el Anexo 3 de la RMF y contienen la interpretación de las disposiciones legales vinculada con conductas que pueden considerarse infractoras de la ley.

"Criterios normativos", contenidos en el Anexo 7 de la RMF, en teoría deben ser de carácter interno que los funcionarios fiscales emiten para dar a conocer a las diversas dependencias el criterio a seguir para la aplicación de las disposiciones fiscales. De estos criterios, el CFF dice, no nacerán obligaciones para los particulares y únicamente derivarán derechos a su favor, cuando se publiquen en el Diario Oficial de la Federación (DOF).

Se advierte con meridiana claridad, que la RMF, en su vertiente de "reglas y criterios no vinculativos", se encuentran en el ámbito de proporcionar "asistencia" a los contribuyentes; es decir, deben constituir un conjunto de disposiciones que faciliten el cumplimiento de las obligaciones fiscales de los destinatarios. Mientras que los criterios internos se dirigen a los funcionarios fiscales y podrán contener derechos a favor de los particulares. Aunque esos supuestos derechos están previstos en el CFF sólo

¹⁸ Conforme al artículo 39, fracción II del CFF, el Ejecutivo Federal es quien tiene la facultad de emitir resoluciones de carácter general, con las medidas relacionadas con la administración, control, forma de pago y procedimientos señalados en las leyes fiscales, sin variar las disposiciones relacionadas con el sujeto, el objeto, la base, la cuota, la tasa o la tarifa de los gravámenes, las infracciones o las sanciones de las mismas, a fin de facilitar el cumplimiento de las obligaciones de los contribuyentes.

en el caso de los criterios, lo cierto es que los órganos jurisdiccionales han considerado de forma genérica que estos derechos pueden existir en todo el conjunto de la RMF e incluso han llegado al extremo de no advertir que, en ocasiones, esos presuntos derechos significan exenciones "de facto" de las obligaciones fiscales.

Lo que demostraremos a continuación supera la mixtura realizada por los órganos jurisdiccionales, ya que además de su dudoso contenido, lo cierto es que la RMF no es un ordenamiento susceptible de verificación, por la secrecía en sus procedimientos de emisión y falta de obligaciones que permitan confirmar si sólo está sirviendo para proporcionar asistencia a los contribuyentes o sí en realidad, bajo la ilusión de contener derechos, está desaplicando o sustituyendo la legislación en detrimento de los objetivos para los cuales fueron diseñadas las leyes fiscales.

1. NATURALEZA JURÍDICA

En la doctrina y en la jurisprudencia existe la aceptación unánime de que la RMF contiene disposiciones materialmente legislativas, generales, abstractas e impersonales; en lo que existe división es en cómo calificar la función de la RMF. Así se ha considerado a la RMF ya como instrumento facilitador de la aplicación de las disposiciones legales, como complementario de la ley, como aparato normativo que permite otorgar derechos a los contribuyentes y, más recientemente, como disposiciones que pueden modificar los denominados elementos esenciales de las contribuciones o hasta ser considerada "erróneamente" como producto de la nueva visión reguladora del Estado.

El enfoque de "facilitador o de asistencia" es el que establece el CFF para la RMF y tiene su origen en los años ochenta, cuando se buscó facilitar a los contribuyentes el conocimiento de las disposiciones de la autoridad fiscal que, hasta entonces, se publicaban como circulares en una revista de la autoridad hacendaria. En este contexto, las reglas de la RMF son decisiones administrativas emitidas para reglamentar la aplicación de la ley, pero sujetas a su supremacía, por lo que la RMF no puede derogar, limitar o excluir lo dispuesto en la legislación.¹⁹

En una segunda vertiente, como "complementaria de la ley", se piensa que en tanto exista una cláusula habilitante, la RMF podrá cumplir con el papel de desarrollar las normas legales que prevén o autorizan su emisión.

El enfoque más explotado, el que considera que a través de la RMF pueden "otorgarse derechos", sobrepasa lo establecido en el CFF, ya que en este ordenamiento se prevé que sólo los criterios normativos podrán contener derechos para los contribuyentes; sin embargo, la interpretación jurisdiccional ha extendido esa posibilidad a todo el contenido de la RMF.²⁰ No obstante, el Poder Judicial no ha sido eficaz en determinar el límite de esos derechos, cuando en la *praxis* esas reglas se convierten en normas que exentan o disminuyen el alcance de la obligación sustantiva tributaria en clara contravención a la prohibición prevista en el artículo 28 constitucional; quizá la razón se deba al hecho de que quien recibe una facilidad que implica un no pago o un pago menor a su capacidad contributiva, no tiene un perjuicio que reclamar ante los Tribunales.

En una perspectiva más reciente, el Poder Judicial considera que sí es posible a través de la RMF "determinar elementos esenciales de las

¹⁹ Pérez de Acha, Luis M., "Resolución miscelánea fiscal", en *Lex, difusión y análisis*, 3ª. época, año V, junio 2002, número 84, pp. 8-9.

²⁰ Tesis 1a. CXII/2017 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Primera Sala, Libro 46, septiembre de 2017, Tomo I, p. 215.

contribuciones"; y aunque desde la teoría clásica de los elementos de las contribuciones y del principio de legalidad tributaria, el sujeto, objeto, base, tasa y época de pago deben estar determinadas en una norma formalmente legislativa, lo cierto es que para la Corte, en elaboración de su propia teoría, esos elementos son de dos tipos: cualitativos (sujeto, objeto) y cuantitativos (base y tasa), pudiendo la autoridad fiscal detallar los cuantitativos en la RMF.²¹

Una última postura en torno a la naturaleza de la RMF, es aquélla que considera su emisión como producto de la "potestad regulatoria del Estado". Adelantábamos el desacuerdo con esta idea que encontramos en un Tribunal Colegiado,²² quien increíblemente decide convertir al Servicio de Administración Tributaria (SAT) en un órgano regulador "cuya encomienda institucional consiste en regular técnicamente 'ciertas actividades económicas o sectores sociales' de manera independiente" y, por lo tanto, "no debe someterse a las exigencias o límites de los principios de reserva de ley ni de subordinación jerárquica, ya que éstos, al estar sujetos al principio de legalidad como restricciones, son exclusivos de la facultad reglamentaria del Presidente de la República -acotada por la propia ley-".

²¹ Tesis 2a. LV/2016 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Segunda Sala, Libro 34, septiembre de 2016, Tomo I, p. 847 y Tesis 2a. XXIX/2017 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Segunda Sala, Libro 40, marzo de 2017, Tomo II, p. 1404. Adelantamos que no compartimos este criterio porque la base del impuesto es una forma de concretizar el principio de proporcionalidad en el pago de los impuestos medida por la capacidad contributiva de las personas, por lo que debe estar definida en una ley y no quedar al arbitrio de la autoridad administrativa.

²² Tesis: I.4o.A.121 A (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Libro 58, septiembre de 2018, Tomo III, p. 2310.

Habría mucho que decir de estas ocurrencias jurisdiccionales, pero bastará con mencionar una tercia de precisiones sobre lo que son los órganos reguladores, las actividades económicas y la naturaleza y función del SAT.

Primero, los órganos reguladores "de mercado", aparecen en lo que ahora se denomina "Estado Regulador", lo cual no significa que el Estado tenga una nueva función (contar con un sistema jurídico es parte de la naturaleza de cualquier Estado), sino que esta denominación surge en México a partir de su inserción en las economías de mercado. En dicho contexto, el Estado regulador sigue "un modelo para atender necesidades muy específicas en la sociedad posindustrial (suscitadas por el funcionamiento de mercados complejos), que deposita en ciertas agencias independientes -de los órganos políticos y de los entes regulados- la regulación de ciertas cuestiones especializadas sobre la base de disciplinas/o racionalidades técnicas".²³ En dicha nueva visión, surgen algunas agencias especializadas o, como dice la tesis en comento, órganos reguladores que tienen como función regular técnicamente ciertas actividades económicas o sectores y, cuando tienen el carácter de organismos constitucionales autónomos, se ha defendido su autonomía desvinculando sus regulaciones de los principios de supremacía legal, reserva de ley o legalidad, siempre que sus disposiciones sean emitida exclusivamente para el cumplimiento de su función regulatoria en el sector de su competencia.²⁴

Segundo, de acuerdo al Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI),²⁵ una "unidad económica es una entidad productora de bie-

²³ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Controversia constitucional 117/2014*, en http://www2.scjn.gob.mx/jurídica/engroses/3/2014/9/3_175161_2453.doc, párrafo 325.

²⁴ *Ibidem*, párrafos 238, 255, 260, 272, 284, 295, 306-307, 313, 322, 329, 335, 338-340, 354, 358-359 y 363.

²⁵ El concepto a seguir para detallar actividad o sector económico es el que proporciona el INEGI en términos de del artículo 26, apartado B de la Carta Magna, en donde se precisa que, la información y datos del Sistema, normado y coordinado por el

nes o servicios. Y una "actividad económica" es un conjunto de acciones realizadas por una unidad económica con el propósito de producir o proporcionar bienes y servicios", mientras que un "sector económico" "constituye el nivel más agregado de la clasificación y 'agrupa a las actividades' de una misma naturaleza, con similar función de producción en el sentido más amplio".²⁶

Tercero, según los artículos 1º y 2º de su Ley, el SAT es un órgano desconcentrado de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (SHyCP), con carácter de autoridad fiscal cuya responsabilidad es aplicar la legislación fiscal y aduanera con el fin de que las personas físicas y morales contribuyan proporcional y equitativamente al gasto público, así como fiscalizar a los contribuyentes y facilitar e incentivar el cumplimiento voluntario.

Conforme a las tres precisiones anteriores, el SAT no es un órgano regulador de mercado; su función principal, cuando se dirige a los contribuyentes, es lograr que éstos contribuyan en forma proporcional y equitativa al gasto público, más no regular a los contribuyentes en sus actividades en forma técnica y mucho menos calificar sí o no dichas actividades son necesarias para atender a la sociedad o para mantener un equilibrio en el mercado de que se trate. De ahí que consideramos que el Tribunal Colegiado parte de una premisa incorrecta en torno a la naturaleza del SAT y, en consecuencia, tergiversa la naturaleza de la RMF que se emite año con año.

INEGI, son oficiales y de uso obligatorio para los tres niveles de gobierno.

²⁶ En esta estructura, la clasificación económica se divide en sectores, subsectores, ramas, subramas y clase de actividades. Instituto Nacional de Estadística y Geografía, Sistema de Clasificación Industrial de América del Norte, México, SCIAN 2018, http://internet.contenidos.inegi.org.mx/contenidos/Productos/prod_serv/contenidos/espanol/bvinegi/productos/nuevo_estruc/702825099695.pdf, pp. VII-IX.

De entre todas las posibilidades que se le atribuyen a la RMF, la postura que nos preocupa es la que permite a la autoridad administrativa incidir en las obligaciones de los contribuyentes, con el indeleble sustento de estar otorgando derechos, pero que en realidad se utiliza como instrumento de creación de regímenes tributarios particulares.

En el ámbito doméstico, esto se discute con la calificación de reglas constitucionales o inconstitucionales, pero en el ámbito internacional su trascendencia puede llegar a (des)calificar al país como una jurisdicción en la que se permiten REFIPRES que impacta a la recaudación nacional y permite a los demás países imponer sanciones o medidas de índole económico, principalmente, tanto para desalentar a México a realizar dichas prácticas indebidas, como para hacer que sus nacionales regresen las fuentes de ingresos a sus países de residencia.

2. TRANSPARENCIA

¿Cómo puede la RMF convertirse en un elemento de constitución de REFIPRES?, pensamos que esa posibilidad se activa desde que no existe un acuerdo jurisdiccional en respetar los límites legales que le son impuestos a la RMF y, además, a partir de que no existe transparencia en torno a cómo se formula, sí o no se llevan a cabo estudios jurídicos, económicos y análisis de los impactos en los ingresos y en el presupuesto que pueden derivar de dichas disposiciones. Como anunciábamos antes, esta falta de transparencia, en el sentido en el que lo estamos usando en este documento, está considerada por la OCDE como un parámetro que cuestiona la lealtad tributaria de los países.

La RMF se emite con fundamento en los artículos 16 y 31 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal (LOAPF), 33, fracción I, inciso g) del CFF, 14, fracción III de la Ley del Servicio de Administración Tributaria y 8, primer párrafo del Reglamento Interior del Servicio de Administración Tributaria (RISAT).²⁷

El artículo 16 de la LOAPF, se refiere a la delegación que pueden realizar los titulares de las Secretarías de Estado para el trámite y resolución de los asuntos de su competencia. El artículo 31 del mismo ordenamiento, indica los asuntos que corresponden a la SHyCP en XXXII fracciones, pero la publicación del DOF no indica cuál de esas atribuciones está siendo delegada al Jefe/a del SAT para la emisión de la RMF.

El artículo 33, fracción I, inciso g) del CFF que, en el ánimo de mejorar el cumplimiento de las facultades de la autoridad, le permite proporcionar asistencia, mediante la publicación anual de las resoluciones que establezcan disposiciones de carácter general agrupándolas de manera que faciliten su conocimiento por parte de los contribuyentes; pero, cuando las resoluciones que se refieran a sujeto, objeto, base, tasa o tarifa, no generarán obligaciones o cargas adicionales a las establecidas en las leyes.

El artículo 14 de la Ley del SAT, señala las atribuciones del Jefe/a de dicha entidad y, en su fracción III indica que éste/a podrá expedir las disposiciones necesarias para aplicar eficientemente la legislación fiscal y aduanera, haciendo del conocimiento de la Junta de Gobierno aquéllas que considere de especial relevancia. Finalmente, el artículo 8º, primer párrafo del RISAT, califica al Jefe/a del SAT como la máxima autoridad administrativa de dicho órgano desconcentrado, a quien le corresponde el trámite y resolución de los asuntos de su competencia que se detallan en una multiplicidad de fracciones en ese precepto.

²⁷ Tomado de la publicación en DOF del 29 de abril de 2019, en el cual se dio a conocer la RMF en vigor.

Ya habíamos apuntado cierta discusión doctrinaria en torno a sí el artículo 33 del CFF es suficiente²⁸ para sustentar la emisión de la RMF por parte del SAT; ahora además advertimos que los preceptos que le acompañan y que sirven de fundamento para su publicación, son extremadamente genéricos y, en varios casos, se componen de una serie de fracciones que no se citan siquiera para conocer en forma exacta cuál de las atribuciones se está ejerciendo con la emisión y publicación de la RMF.

Empero, lo que nos resulta relevante de esa fundamentación, es la ausencia total de disposiciones que detallen el procedimiento de emisión y más aún, que expliquen si es necesaria o no la existencia de análisis previos y posteriores a dicha RMF,²⁹ y que confirma nuestra postura en torno al incumplimiento del parámetro de "transparencia" que utiliza la OCDE para calificar la existencia de REFIPRES.

Aunado a lo anterior, sostenemos que tratándose de reglas misceláneas que legislen la aplicación o desaplicación de disposiciones legales, sí es necesario valorar el impacto que sobre los ingresos y egresos nacionales tendrán esas reglas, ya que en esencia pueden representar "gastos fiscales"³⁰ no contemplados en las leyes de la materia e incidir en los ingresos y presupuesto autorizados, sin que se hayan hecho los análisis

²⁸ *Supra*, notas 17 y 18.

²⁹ No obstante, a través del Sistema Infomex realizamos las solicitudes números 0210000168119, 0000600279519 y 0610100128219, dirigidas a la Oficina de la Presidencia de la República, a la SHyCP y al SAT, pidiendo el documento en el cual conste el procedimiento que se debe llevar a cabo para emitir la RMF. Las primeras autoridades manifestaron no tener competencia para rendir la información. La tercera autoridad indicó no estar obligada a realizar o documentar análisis sobre los efectos de la Miscelánea, afirmando ser mera compiladora de lo que le remiten la SHyCP y otras áreas del SAT.

³⁰ Los gastos fiscales son las cantidades que dejará de recaudar la administración pública por la concesión de ventajas fiscales a ciertos contribuyentes o determinados sectores económicos, Los gastos fiscales consisten en el No ingreso o en el ingreso negativo para la administración. Cfr. <https://economipedia.com/definiciones>.

que, en cumplimiento de los principios de control y rendición de cuentas³¹ relacionados con los ingresos públicos, sí se exigen para la emisión de las leyes,³² pero dejan de requerirse cuando reglas de menor jerarquía pueden tener un *oscuro* impacto recaudatorio.

IV. REFIPRES. LEY INHIBITORIA VS RMF PERMISIVA

En el Título VI de la LISR, se precisan las reglas para inhibir operaciones en jurisdicciones que se consideren desleales en cuanto a su régimen preferencial de tributación. Ese Título pretende desalentar y fiscalizar la realización de operaciones con entidades o figuras sujetas a REFIPRES, desde dos perspectivas: a) empresas nacionales que "invierten" en el extranjero y, b) empresas nacionales que hacen "pagos" a empresas en el extranjero; en ambos casos, cuando se sospecha de que inversiones y pagos se dirijan a regímenes preferenciales. Para efectos de este estudio, dividiremos el análisis de los REFIPRES a partir de estas dos perspectivas, confrontando la norma legal con las disposiciones administrativas que restrinjan su significado y alcance.

1. INVERSIONES DE MEXICANOS EN EL EXTRANJERO

El *Título VI. De los regímenes fiscales preferentes y de las empresas multinacionales, Capítulo I. De los regímenes fiscales preferentes* de la LISR, contiene el

³¹ El artículo XV de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, ya mencionaba que "la sociedad tiene derecho a pedir a todos sus agentes cuentas de su administración".

³² En efecto, en el artículo 32 de la Ley de Ingresos de la Federación se exige que toda iniciativa en materia fiscal debe incluir el impacto recaudatorio de cada una de las medidas propuestas; es decir, explicar cómo la legislación incidirá en los ingresos federales. Por su parte, la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria, en sus artículos 1º, 18 y 77, también obliga a las autoridades a evaluar e indicar cómo impactará en el presupuesto, toda propuesta de aumento o creación de gasto, subsidios y, en general, cualquier proyecto de ley o decreto que presente el Ejecutivo.

esquema de pago del ISR de los residentes en México³³ por los ingresos sujetos a REFIPRES que obtengan a través de entidades o figuras jurídicas extranjeras. Desde esta perspectiva, se deben tener en consideración dos premisas: a) el sujeto del impuesto es un residente en el país y, b) este sujeto recibe un trato diferenciado en el impuesto, en razón de que dicho ingreso pudiera NO estar gravado o mínimamente gravado en la jurisdicción considerada con REFIPRE.

En general, un residente en México debe pagar el ISR por los ingresos sujetos a REFIPRES que obtenga: a) a través de entidades o figuras jurídicas extranjeras en las que participen, directa o indirectamente, b) a través de entidades o figuras jurídicas extranjeras que sean transparentes fiscales³⁴ en el extranjero. En estos casos, el contribuyente pagará el impuesto en el mismo ejercicio en el que se genere el ingreso, con independencia de que haya sido o no distribuido por la entidad o figura extranjera.

Los ingresos que se considerarán sujetos a REFIPRE, serán aquellos no gravados en el extranjero o cuando lo estén con un ISR inferior al 75% del ISR que se causaría y pagaría en México, ya sea por la aplicación de una disposición legal, reglamentaria, "administrativa", de una resolución, autorización, devolución, acreditamiento o cualquier otro procedimiento. Con algunas excepciones, los ingresos pasivos, serán los castigados con este régimen, al contrario de los ingresos derivados de actividades empresariales o activas. Los ingresos se determinarán por cada una de las operaciones que los genere, salvo que se trate de ingresos obtenidos como socio, accionista o beneficiario de un residente en el

³³ Cuando hablemos de residentes en México, también estaremos abarcando a los residentes en el extranjero con establecimiento permanente en el país; incluso cuando nos refiramos a los mexicanos o nacionales, para efectos didácticos también estaremos hablando de estos dos sujetos, aun y cuando sabemos que mexicanos y nacionales son connotaciones políticas y sociológicas distintas a la residencia fiscal.

³⁴ Ver *supra* nota 13.

otro país, en cuyo caso se considerará la utilidad o pérdida que generen todas las operaciones realizadas en ella. Los ingresos no se acumularán a los demás del contribuyente.

En todo caso, se considerará el control efectivo que tenga el nacional sobre las entidades y figuras extranjeras y, en función de lo anterior, el contribuyente tiene la obligación de tener a disposición la contabilidad de las entidades o figuras en las que participe, así como presentar una declaración informativa de dichas inversiones.

La RMF se ocupa de los REFIPRES en su capítulo 3.19, en el que aparecen distintas reglas que combinan el quehacer de dichas disposiciones administrativas, ya que igual se encuentran reglas que son de franca asistencia a los contribuyentes, como reglas que otorgan derechos o beneficios y reglas que legislan la (des)aplicación del régimen.

Como "reglas de asistencia", podemos clasificar las reglas 3.19.5. Comprobantes de ingresos no sujetos a regímenes fiscales preferentes (vigente desde 2005, como regla 3.24.8, con pocas modificaciones a la fecha); 3.19.6. Solicitud de autorización para no aplicar las disposiciones del Título VI, Capítulo I de la Ley del ISR, a los ingresos pasivos generados por entidades o figuras jurídicas del extranjero que tengan autorización para actuar como entidades de financiamiento por las autoridades del país en que residan; 3.19.9. Aviso de enajenación de acciones derivada de una reestructuración internacional; 3.19.10. Declaración informativa sobre sujetos ubicados en regímenes fiscales preferentes y 3.19.11. Contenido de la declaración informativa de entidades transparentes. Estas reglas indican a los contribuyentes los formatos y contenidos mínimos que deben hacer llegar a las autoridades en cumplimiento de las disposiciones legales aplicables a su situación.

Reglas de "beneficios o derechos", consideramos son las reglas 3.19.4. Ingresos de personas físicas no sujetos a regímenes fiscales preferentes (que excluye del régimen ingresos mínimos y que ha existido desde 2005 con la numeración 3.24.6); 3.19.7. Consolidación de ingresos sujetos a regímenes fiscales preferentes (que facilita la determinación del impuesto en función de cómo lo realizan en el extranjero, regla creada desde 2008 con el número I.3.23.8.) y 3.19.8. Presentación de declaración informativa de forma espontánea (en la cual se considera cumplida una obligación aun y cuando se haga en forma extemporánea pero completa; esta regla existe desde 2005 con el número 3.24.3).

Pero, como disposiciones que "legislan" el régimen, encontramos la regla 3.19.1. Ingresos transparentes no sujetos a regímenes fiscales preferentes, que no sólo desaplica³⁵ lo establecido en el artículo 176, párrafo 7º de la LISR, sino que en forma muy interesante nos presenta un supuesto en donde el pagador es, a la vez, el receptor de ese ingreso que deberá acumular, pudiendo deducir los gastos para ¿prestar(se)? el servicio.

En efecto, el artículo 176, párrafo 7º de la LISR establece que tendrán el tratamiento fiscal de REFIPRES "los ingresos que se obtengan a través de entidades o figuras jurídicas extranjeras que sean transparentes fiscales en el extranjero, aun cuando dichos ingresos no tengan un régimen fiscal preferente"; la regla desde su título indica que ciertos ingresos no estarán sujeto al tratamiento previsto en ley, sino que deberán pagar el impuesto conforme a la regla 3.18.25, en la cual se establece que cuando una entidad

³⁵ Una regla con la finalidad de determinar los ingresos sujetos a REFIPRES ha estado vigente desde 2005. Primero con el numeral 3.24.1., en 2005 y 2006, que buscaba determinar el régimen considerando la totalidad de las operaciones realizadas por las empresas. En 2007, la regla consideraba la participación en las empresas en las entidades sujetas a REFIPRES. En 2008, la regla I.3.23.1. establecía la revisión del control efectivo para aplicar el régimen; este contenido se repite en 2009 (I.3.23.1) y de 2010 a 2013 (I.3.18.1). Para 2014 (3.19.1) se sigue manteniendo la mención de verificar el control efectivo, lo que para entonces ya se encontraba en el artículo 176, 14º párrafo de la LISR; en ese mismo año se agrega la posibilidad que ahora denominamos *autopago*.

transparente sea quien perciba los ingresos de fuente nacional, el impuesto lo causarán sus integrantes como perceptores de esos ingresos, en el mismo año en que lo percibe la figura jurídica extranjera; estos integrantes-residentes nacionales podrán deducir los gastos por la recepción de servicios independientes realizados por dicha figura transparente.

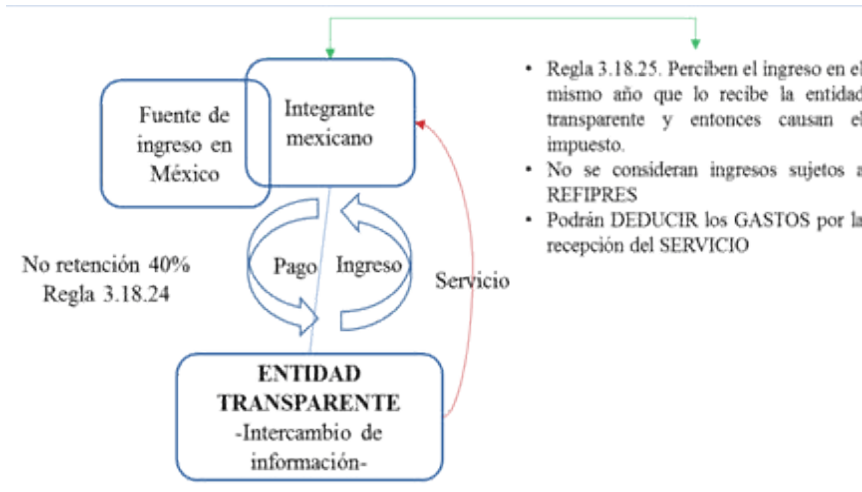


Figura 1. Inversiones y pagos en y para entidades transparentes

Desde luego nos parece una forma muy interesante de reconocer que un residente en México se está -en algún sentido- pagando a sí mismo y ese pago tendrá el tratamiento que refiere la regla; pero esta regla nos genera las siguientes observaciones: Primero, advertimos que un supuesto tan especializado o casuístico, no podría estar así legislado en la LISR, lo cual nos hace dudar de su generalidad. Segundo, nos preguntamos si previamente sería necesario investigar si ese pago es legítimo (sustancia sobre forma) y, en su caso, desincentivar este tipo de operaciones antes que darle el trato diferenciado que les permite planear operaciones en el extranjero y tomar deducciones realizadas fuera del país.

La lectura anterior de la RMF en el capítulo de REFIPRES, muestra que existe una combinación de objetivos plasmados en la RMF, en algunos casos limitándose a ser un medio de orientación y asistencia a los contribuyentes, como está expresamente definida su función en el CFF, hasta llegar a supuestos en los que se legisla en forma dirigida a determinados contribuyentes, respecto de lo cual sería conveniente conocer ¿cuánto cuesta o cuál es el beneficio para el país, la existencia de una regla que desaplica una norma legal?

De igual forma, nos percatamos que las reglas de orientación, asistencia o facilidades han existido prácticamente sin modificaciones desde la reformulación del régimen en 2005; no así las reglas que legislan, las cuales en algunos casos sólo prevalecen en cuanto a su rubro, pero no en cuanto a su cuestionable o hasta simpático contenido; lo que nos hace preguntarnos respecto de este último tipo de reglas ¿por qué no conocemos "oficialmente" sus motivaciones y los efectos que han hecho que se modifiquen?

2. PAGOS DE MEXICANOS AL EXTRANJERO³⁶

En el numeral anterior analizamos el pago del impuesto a cargo de los residentes en México que reciben ingresos provenientes de jurisdicciones con REFIPRES. Ahora, desde la perspectiva de pagos con fuente de riqueza³⁷ en México, en general pagos realizados por mexicanos a residentes en el extranjero, analizamos la forma en que la LISR prevé el cálculo del impuesto de esos residentes en el extranjero.

³⁶ Los preceptos de la LISR 28, fracción XXIII y 171, tienen sus equivalentes en los artículos 32, fracción XXII, 204 y 205 de la LISR vigentes hasta 2013.

³⁷ "Source of income. The place (or country) where a particular item of income is deemed to originate or where it is deemed to be generated. National rules vary, depending on which concept of source is used". *Cf.*: OCDE, Glossary... cit.

En el artículo 171 de la LISR se refiere que cuando un residente en otro país reciba ingresos de fuente de riqueza mexicana y esos ingresos sean beneficiados por un REFIPRE en el extranjero, estarán a una retención a la tasa del 40% sobre dichos ingresos, sin deducción alguna, en vez de aplicar la retención que esté prevista en el Título V. De los residentes en el extranjero con ingresos provenientes de fuente de riqueza ubicada en territorio nacional. Además, en el artículo 28, fracción XXIII de la misma LISR, se indica la no deducibilidad de los pagos realizados a entidades o figuras jurídicas cuyos ingresos estén sujetos a REFIPRES, excepto si el monto de la contraprestación es igual al que hubieran pactado partes no relacionadas en operaciones comparables.

Conforme a los preceptos indicados, se entiende que un residente en México que realice *pagos* a una entidad o figura extranjera cuyos ingresos estén sujetos a un REFIPRE: a) deberá retener el 40% de dicho pago por concepto de impuesto y, b) para poder deducir dichos pagos, deberá demostrar que los precios pactados fueron a precio de mercado.

A pesar de que la legislación no impone más condiciones a la aplicación de esta retención, la autoridad administrativa a través de la regla 3.18.24. Retenciones en operaciones con partes relacionadas, indica que la retención sólo será aplicable cuando se realicen operaciones con partes relacionadas.³⁸ Pero, la mencionada retención no aplicará, cuando: a) esas partes relacionadas residan en un país con el que México tenga un acuerdo amplio de intercambio de información y, b) cuando las operaciones se realicen con personas No relacionadas; en tales casos, la reten-

³⁸ Se considera que dos o más personas son partes relacionadas, cuando una participa de manera directa o indirecta en la administración, control o capital de la otra, o cuando una persona o grupo de personas participe directa o indirectamente en la administración, control o capital de dichas personas. Tratándose de asociaciones en participación, son partes relacionadas sus integrantes y las personas -partes relacionadas- de tal integrante.

ción no será del 40%, sino la que corresponda en términos del Título V de la LISR, que en general señala tasas diferentes al 40%.

En nuestra opinión, esta regla desaplica el régimen mencionado anteriormente, ya que decide que no se aplicará a la totalidad de las entidades o figuras cuyos ingresos sean de fuente en el país y residan en una jurisdicción con un régimen de competencia desleal, sino sólo a aquéllos considerados relacionados de un residente nacional. Es decir, bajo la ley y la miscelánea, los escenarios de aplicación y *sujetos pasivos* obligados son distintos, como se advierte en la siguiente figura:

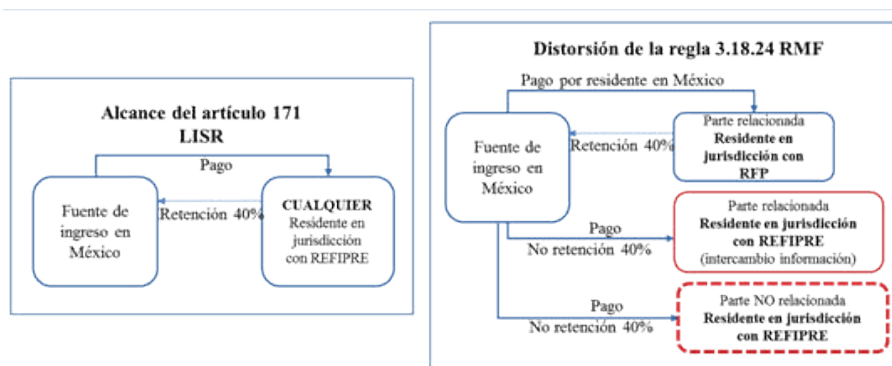


Figura 2. Retenciones sobre pagos vinculados a REFIPRES

Es importante mencionar que el combate a estos regímenes se da desde dos perspectivas y, en este caso, la legislación no toma en cuenta si el pagador nacional tiene interés o vínculo particular con el extranjero, sino el hecho de que -se sabe- esos pagos quedarán sin tributación efectiva y, con el ánimo de desalentar operaciones que en algún punto no paguen impuestos, la legislación eligió castigarlos con la retención del 40%.

Sin embargo, la RMF desaplica ese supuesto al considerar que sólo los pagos a partes relacionadas pueden tener el trato legal anunciado, lo cual corrobora que la aplicación de la ley no sigue los parámetros de la ley misma –situación observada por la OCDE en la falta de transparencia descrita previamente-.³⁹

En consecuencia, no se ha hecho público el impacto de esta regla, no sólo desde el punto de vista recaudatorio, sino desde el punto de vista en que convierte a la legislación en ineficaz, al no inhibir el total de las operaciones realizadas con sujetos a tributación desleal. Asimismo, desde el punto de vista de los contribuyentes, no se ha reclamado la exclusión de ingresos sujetos a retención del 40%, ni la supresión de los sujetos que causarían el impuesto a esa tasa, ni de los obligados a retención, a pesar de que en el régimen vigente desde 2005 la regla se ha repetido con distinta numeración⁴⁰ pero con mismos efectos.

3. MIXTURAS ADMINISTRATIVAS

Bajo este rubro analizamos algunas disposiciones administrativas que consideramos erróneas por realizar una mixtura entre las dos vertientes que prevé la LISR para inhibir las operaciones con residentes en jurisdicciones con REFIPRES; es decir, aquéllas disposiciones que "confunden" inhibir pagos al extranjero de fuente nacional, con las inversiones en el extranjero

³⁹ Por otra parte, no se pudo comprobar la finalidad *oficial* de esta regla, debido a la falta de información sobre los objetivos que persigue. Consultamos sobre los motivos, análisis jurídicos o económicos, análisis de impacto presupuestal o en los ingresos que sirvieron de sustento para emitir la regla 3.18.24., pero no obtuvimos ni información, ni documentación que refleje un estudio preliminar y posterior a la emisión de la regla. Sistema Infomex, solicitudes 0210000168219 y 0210000168419.

⁴⁰ 2005-2007 (3.23.9); 2008-2009 (I.3.22.3.), 2010 (I.3.17.15.), 2011 (I.3.17.16.), 2012 (I.3.17.15.), 2013 (I.3.17.14.), 2014 (I.3.17.10.), 2015 (3.18.21.) y 2016-2019 (3.18.24.).

de nacionales, provocando con ello distorsiones y seguramente contribuyendo a las planeaciones fiscales agresivas en contra del fisco mexicano.

El caso paradigmático que encontramos es el criterio número "97/2013/ISR" Ingresos sujetos a regímenes fiscales preferentes. El requisito consistente en no estar sujeto a dichos regímenes, sólo resulta aplicable cuando el residente en el extranjero sin establecimiento permanente en el país es una entidad o figura jurídica a través de la cual obtiene ingresos un residente en México o un residente en el extranjero con establecimiento permanente en el país, de escasa vigencia en el periodo analizado,⁴¹ pero que implicó desarticular el régimen al combinar los requisitos de las dos formas independientes reguladas en la LISR para inhibir inversiones y pagos vinculados con REFIPRES.

La aplicación de este criterio reduce aún más lo hecho por la regla 3.18.24 de la RMF, en su equivalente I.3.17.14 y I.3.17.10 vigentes en 2013 y 2014, ya que si esta regla reduce a los sujetos obligados a aquéllos considerados partes relacionadas con un residente en México, este criterio además implicó que esas partes relacionadas serían las obligadas pero sólo en la medida en que el nacional reciba ingresos de un residente en el extranjero; situación que desatiende por completo lo establecido en la LISR.

⁴¹ El criterio se encuentra publicado en la página de internet del SAT y conforme a los datos localizados, fue incorporado en el año de 2013 y derogado al año siguiente. Cfr. Servicio de Administración Tributaria, Oficio No. 600-04-078-2013-16549, http://omawww.sat.gob.mx/informacion_fiscal/normatividad/Documentos/criterios_normativos_19122013.pdf y Oficio No. 600-04-07-2014-87379, http://omawww.sat.gob.mx/informacion_fiscal/normatividad/Documentos/criterios_normativos_4otrimestre2014.pdf.

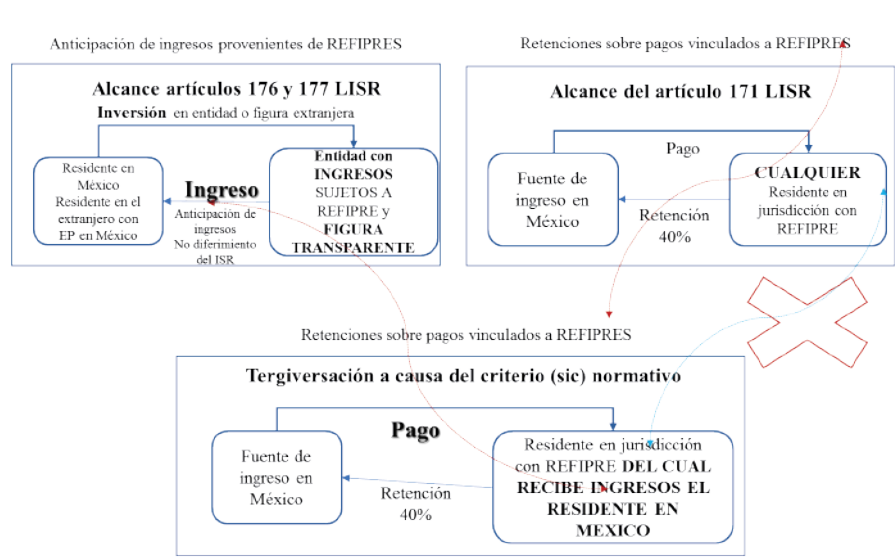


Figura 3. Retenciones sobre pagos vinculados a REFIPRES bajo el criterio (sic) normativo

Pensemos en los escenarios de abuso provocado por la autoridad fiscal al aplicar la regla 3.18.24 y el criterio 97/2013/ISR en análisis. En todos los casos existe fuente de riqueza y/o pago realizado por un residente en México, pero los efectos serán distintos como se advierte en la siguiente tabla.

Pago a contribuyente residente en jurisdicción con REFIPRE	Art. 171 LISR	Regla 3.18.24	97/2013/ISR 2013-2014	Arts. 176 y 177 LISR
Cualquier residente	Retención 40%			
Residente en el extranjero que no es parte relacionada		Sin retención del 40%		
Parte relacionada pero el nacional NO recibe ingresos de ella	No aplica retención			
Parte relacionada y SÍ recibe ingresos de ella, sólo si participa en la entidad o figura			Retención (ej. venta de acciones)	Anticipo del ingreso del mismo ingreso que está pagando?

Tabla 1. Retenciones sobre pagos vinculados a REFIPRES en LISR y RMF

¿Cómo repercute este entramado administrativo en la calificación de México?, nos parece obvia la respuesta, con ello se está propiciando que se utilicen compañías mexicanas (filiales de extranjeras) para realizar pagos a jurisdicciones con REFIPRES sin castigar esos flujos con la retención del 40% y, en su momento, el criterio quizá propició la planeación con esquemas en donde no se actualizó la recepción de ingresos del residente en México desde la entidad o figura a la que se hizo el pago, con independencia del resto de los movimientos o flujos con los demás integrantes del grupo u otras partes relacionadas.

V. MÉXICO, *OFFSHORE* PARA EXTRANJEROS

En el apartado anterior analizamos la forma en que México regula o "desregula" las inversiones y pagos vinculados a REFIPRES, considerando que esos REFIPRES se encuentran en jurisdicciones allende la frontera mexicana. Ahora revisamos algunas reglas administrativas en las que parece que el país ofrece beneficios preferentes a los residentes en el extranjero que inviertan en el país en forma directa o a través de subsidiarias.

Encontramos reglas principalmente bursátiles, referidas a la ganancia obtenida por la enajenación de certificados o títulos exentas del impuesto, así como reglas relacionadas con pagos de intereses al extranjero exentos del impuesto. El ejemplo claro es la siguiente regla: 3.1.12. Ganancia en la enajenación de certificados bursátiles fiduciarios de un fideicomiso que exclusivamente esté invertido en FIBRAS.

También localizamos reglas que crean un régimen impositivo para diversos fideicomisos y otorgan la exención que está prevista en la LISR para ciertas operaciones. En este caso, lo relevante es que cuando la

LISR otorga una exención, ha pasado por los filtros de rendición de cuentas y valoración financiera a que se refiere la Ley de Ingresos de la Federación y la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria, pero cuando una regla replica un tratamiento legal a un nuevo esquema o fideicomiso, no supera los mencionados filtros. Ejemplo: 3.21.3.3. Tratamiento fiscal de los fideicomisos de inversión en energía e infraestructura.

Un tercer tipo de reglas quizá de beneficio para el país, son reglas que favorecen el pago de intereses por contribuir a fines económicos nacionales, pero que nuevamente no pasan por los filtros de control y rendición de cuentas y significan, sin embargo, una exención impositiva no prevista en la LISR. Ejemplo: 3.16.9. Intereses exentos del ISR, percibidos por extranjeros.

Otro tipo de reglas, son las que establecen bases impositivas distintas a las previstas legalmente, sin que se demuestre si la modificación a las bases tributarias puede generar, o no, un gasto fiscal para el Estado. En este grupo existen las siguientes reglas: 3.19.3. Cuenta de ingresos, dividendos o utilidades sujetas a REFIPRE; 3.2.8. Determinación de la ganancia o la pérdida por la enajenación de certificados de fideicomisos que repliquen índices bursátiles; 3.2.17. Mecánica para determinar la ganancia por la enajenación de acciones recibidas en préstamo; 3.2.19. Procedimiento para determinar el precio de los activos objeto de inversión de renta variable y 3.2.22. Ganancias en operaciones financieras derivadas de capital referidas a acciones o índices.

Una última categoría de reglas, son las que reducen el universo de contribuyentes a quienes se aplica una disposición legal. En este rubro se encuentra la regla 3.18.24. Retenciones en operaciones con partes relacionadas, previamente analizada.

VI. CONCLUSIONES

Después de analizar los conceptos básicos sobre los REFIREs y la RMF, concluimos que la oscuridad en la emisión y administración de las disposiciones administrativas, actualizan uno de los supuestos relevantes que se observan a nivel internacional para (des)calificar a un país como desleal en su tributación y, a nivel nacional, reflejan el incumplimiento al deber de rendir cuentas a cargo de la autoridad.

Asimismo, apreciamos que a partir de decisiones administrativas sí es posible mermar el ámbito de aplicación de una ley fiscal, ya sea reduciendo a los sujetos a quienes se dirige la ley o bien disminuyendo las obligaciones sustantivas. Esta extensión puede impactar en los recursos del Estado ya que se constituyen verdaderos "gastos fiscales" no analizados por el filtro de las finanzas públicas.

No obstante, cuando se valora a la RMF, tanto desde el punto de vista doctrinal como jurisdiccional, la *litis* sigue siendo resolver si es o no constitucional por violentar los principios de legalidad y reserva de ley. Así, es necesario modificar el punto de vista de análisis para obligar, tanto a las autoridades fiscales como al Poder Judicial, a revisar la RMF desde dos nuevas perspectivas: a) como posibilidad de incumplimiento de los parámetros para constituir un REFIPRE y, b) para obligar a las autoridades a rendir cuentas relacionadas con los ingresos públicos, ya que si esa RMF reduce la aplicación de la ley, necesariamente habrá repercusiones en los ingresos y gastos nacionales.

Concluimos además, que la falta de normatividad que precise la forma en que debe discutirse, aprobarse y valorarse una regla miscelánea, obedece a que desde la perspectiva legal, la autoridad recaudadora que las emite sólo tiene facultades para aplicar la legislación, de ahí que pu-

diera considerarse innecesaria una normatividad que trascienda a dicha función. Sin embargo, en vista de lo que analizamos en este artículo, es evidente que a través de la RMF se hace mucho más que sólo aplicar la ley o facilitar su cumplimiento.

En otro orden de ideas, es importante mencionar que la falta de información *oficial* no permite conocer la corrección o lo inadecuado de lo que se legisla a través de tales disposiciones administrativas. En ese sentido, no podríamos opinar si lo que establece la RMF al limitar la aplicación de las normas de la LISR relacionados con los REFIPRES y reducir el ámbito subjetivo de aplicación o generar exenciones a residentes en el extranjero, pudiera ser o no acorde con algún criterio internacional o hasta de beneficio económico para el país y, nos parece que en eso también pierden las autoridades fiscales; es decir, la falta de transparencia respecto de sus objetivos impide una posible aceptación de sus actos.

En ese contexto, nuestra sugerencia específica es que se deben implementar mecanismos de evaluación *pre* y *post facto* de las reglas y criterios que componen a la RMF, que permitan conocer sus impactos jurídicos y económicos, como sí se exige tratándose de iniciativas de leyes fiscales. También sugerimos establecer a cargo de la emisora, la obligación expresa de rendir cuentas, en tanto que la RMF incide en los ingresos y gastos públicos, una vez que, "de hecho", dejó de ser el instrumento de asistencia referido en el CFF.

Finalmente, es importante reconocer que, si bien un régimen preferencial atrae inversiones, lo cierto es que la mejor garantía que puede ofrecer un país para la captación de capital es la certidumbre jurídica; rubro en el que aún falta mucho por hacer en México.

VI. FUENTES

1. BIBLIOGRAFIA

European Commission, *Questions and answers on the EU list of non-cooperative tax jurisdictions*, http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-19-1629_en.pdf.

European Parliament, *Listing of tax haven by the EU, 2018*, [http://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=EPRS_BRI\(2018\)621872](http://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=EPRS_BRI(2018)621872).

Instituto Nacional De Estadística Y Geografía, *Sistema de Clasificación Industrial de América del Norte, México, SCIAN 2013*, http://internet.contenidos.inegi.org.mx/contenidos/Productos/prod_serv/contenidos/espanol/bvinegi/productos/nuevo_estruc/702825099695.pdf.

KAYNE, Dionisio J., “Constitucionalidad y juridicidad de la resolución miscelánea fiscal”, en *Nuevo consultorio fiscal*, Año 15, No. 286, julio de 2001, México, UNAM, FCyA, 2001.

(OCDE) Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, *Glossary of tax terms*, <http://www.oecd.org/ctp/glossaryoftaxterms.html>.

———, *Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue*, París, OECD, 1998, <http://dx.doi.org/10.1787/9789264162945-en>.

———, *Plan de acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios*, París, OECD, 2014, <http://dx.doi.org/10.1787/9789264207813-es>.

———, *Combatir las prácticas fiscales perniciosas, teniendo en cuenta la transparencia y la sustancia. Acción 5. Informe final 2015*, París, OCDE, 2016, <http://dx.doi.org/10.1787/9789264267107-es>.

———, *Harmful Tax Practices – 2018 Progress Report on Preferential Regimes: Inclusive Framework on BEPS: Action 5*, París, OCDE, 2019, <http://dx.doi.org/10.1787/9789264311480-en>.

- PÉREZ DE ACHA, Luis M., “Resolución miscelánea fiscal”, en *Lex, difusión y análisis*, 3ª. época, año V, junio 2002, número 84.
- PÉREZ GÓNGORA, J. Carlos, “Constitucionalidad de la miscelánea fiscal”, en *Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa a LXX años de la ley de justicia fiscal*, II, México, TFJFA, 2006.
- RAMÍREZ FIGUEROA, Enrique, “Los regímenes fiscales preferentes”, en PÉREZ ROBLES, Arturo (coord.), *Los convenios de doble imposición y su interrelación con las medidas para prevenir el abuso en su aplicación*, México, Themis, 2011.
- RESÉNDIZ NÚÑEZ, Cuauhtémoc, “La resolución miscelánea en materia fiscal: una aproximación”, *Lex, difusión y análisis*, 3ª. época, año V, junio 2002, número 84, México, 2002.
- REVILLA MARTÍNEZ, Eduardo, “Transparencia fiscal y acuerdos de intercambio de información tributaria”, en RÍOS GRANADOS, Gabriela (coord.), *Derecho internacional tributario*, México, Porrúa-UNAM, 2010.
- REYES BUSTAMANTE, Andrés, “La miscelánea fiscal y los principios de legalidad y seguridad jurídica”, en *Consultorio fiscal*, No. 483, octubre de 2009, México, UNAM, FCyA, 2009.
- RÍOS GRANADOS, Gabriela, “Naturaleza jurídica de las reglas generales en materia tributaria”, en *Documentos de trabajo del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, México, UNAM, IJ, 2003.
- ROA JACOBO, Juan Carlos, “Transparencia fiscal, residencia y acuerdos de intercambio de información tributaria”, en RÍOS GRANADOS, Gabriela (coord.), *Derecho internacional tributario*, México, Porrúa-UNAM, 2010.
- Servicio de Administración Tributaria, Oficio No. 600-04-078-2013-16549, http://omawww.sat.gob.mx/informacion_fiscal/normatividad/Documentos/criterios_normativos_19122013.pdf.
- , Oficio No. 600-04-07-2014-87379, http://omawww.sat.gob.mx/informacion_fiscal/normatividad/Documentos/criterios_normativos_4otrimestre2014.pdf.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Controversia constitucional 117/2014*, en http://www2.scjn.gob.mx/jurídica/engroses/3/2014/9/3_175161_2453.doc.

VELÁZQUEZ MELÉNDEZ, Vicente, “La resolución miscelánea fiscal ¿es legal su aplicación?”, en *Nuevo consultorio fiscal*, No. 434, México, UNAM, FCyA.

2. LEGISLACIÓN

Código Fiscal de la Federación, *Diario Oficial de la Federación*, México, 31 de diciembre de 1981 y reformas al 25 de junio de 2018.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Diario Oficial de la Federación*, México, 5 de febrero de 1917 y reformas al 6 de junio de 2019.

Ley de Ingresos de la Federación para el ejercicio fiscal de 2019, *Diario Oficial de la Federación*, México, 28 de diciembre de 2018.

Ley del Impuesto sobre la Renta, *Diario Oficial de la Federación*, México, 11 de diciembre de 2013 y reformas al 30 de noviembre de 2016.

Ley del Servicio de Administración Tributaria, *Diario Oficial de la Federación*, México, 15 de diciembre de 1995 y reformas al 4 de diciembre de 2008.

Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria, *Diario Oficial de la Federación*, México, 30 de marzo de 2006 y reformas al 30 de diciembre de 2015.

Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, *Diario Oficial de la Federación*, México, 29 de diciembre de 1976 y reformas al 14 de mayo de 2019.

Reglamento del Servicio de Administración Tributaria, *Diario Oficial de la Federación*, México, 24 de agosto de 2015.

Resolución Miscelánea Fiscal para 2005, 2006, 2007, 2008, 2009, 2010, 2011, 2012, 2013, 2014, 2015, 2016, 2017, 2018 y 2019, *Diario Oficial de la Federación*, México, 30 de mayo de 2005, 28 de abril de 2006, 25 de abril

de 2007, 27 de mayo de 2008, 29 de abril de 2009, 11 de junio de 2010, 1 de julio de 2011, 28 de diciembre de 2011, 28 de diciembre de 2012, 30 de diciembre de 2013, 30 de diciembre de 2014, 23 de diciembre de 2015, 23 de diciembre de 2016, 22 de diciembre de 2017 y 29 de abril de 2019, respectivamente.

ENTREVISTAS

ENTREVISTA AL DOCTOR PEDRO SALAZAR UGARTE¹

ABRIL USCANGA BARRADAS



Licenciado en Derecho y Doctor en Filosofía Política. Es Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM e investigador “B” de Tiempo Completo del mismo. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores (Nivel III). Integrante del Grupo Nacional Mexicano de la Corte Permanente de Arbitraje de la Haya. Forma parte del Claustro de Doctores de la Facultad de Derecho de la UNAM y es profesor de teoría política en la misma.

Entre sus libros se encuentran: *El Poder Ejecutivo en la Constitución mexicana. Del metaconstitucionalismo a la constelación de autonomías* (FCE, 2017), *Estado laico en un país religioso. Encuesta Nacional de Religión, Secularización y Laicidad* (en coautoría con Paulina Barrera y Saúl Espino. IIJ-UNAM, 2015); *La República Laica y sus libertades. Las reformas a los artículos 24 y 40 constitucionales*. (IIJ-UNAM 2015); *Derechos Humanos y Restricciones. Los dilemas de la justicia* (en coautoría con Luis Daniel Vázquez y Alejandra Medina Mora. Porrúa, 2015.); *Derecho y Poder. Derechos y garantías* (Fontamara, 2013);

¹ Este documento constituye una transcripción de la entrevista realizada. Se ha revisado sin alterar el estilo coloquial propio de una conversación, considerando que esta característica enriquecería el texto que se presenta al lector. La entrevista fue realizada con la colaboración de Andrea Valencia Bermúdez y Salvador Villaseñor Olguín.

Crítica de la mano Dura. Cómo enfrentar la violencia y preservar nuestras libertades (Océano 2012); La Reforma Constitucional de Derechos Humanos. Un nuevo paradigma (coordinado con Miguel Carbonell en 2012); La Democracia Constitucional. Una radiografía teórica (FCE-UNAM 2006); El Derecho a la libertad de expresión frente al derecho a la no discriminación (en coautoría con Rodrigo Gutiérrez; CONAPRED-UNAM 2003); La mecánica del Cambio Político (en coautoría con Ricardo Becerra y José Woldenberg. Cal y Arena, 2000).

ENTREVISTA AL DOCTOR PEDRO SALAZAR UGARTE

Abril Uscanga Barradas: Me encuentro con el Doctor Pedro Salazar Ugarte para entrevistarlo. Le agradecemos muchísimo que nos haya ofrecido de su tiempo para realizar esta entrevista.

Pedro Salazar Ugarte: Al contrario Abril, muchas gracias por abrirme este espacio para a través de las páginas de su Revista poder comunicar algunas impresiones con los alumnos de nuestro posgrado en derecho.

AUB: Nuevamente gracias, doctor. Quisiera iniciar preguntándole un poco acerca de su trayectoria, especialmente los inicios de esta y sus estudios, nos gustaría saber en particular, ¿cuáles fueron sus motivaciones para estudiar derecho?

PSU: Claro. Yo decido estudiar derecho en los últimos años de preparatoria, en realidad mi padre había estudiado derecho, era abogado de la libre de derecho, quien ejerció más bien en la práctica privada y comercial, pero tenía esa formación y también mis dos hermanos mayores habían estudiado derecho, ninguno de ellos ejerció la práctica propiamente profesional, pero su formación base fue jurídica y, en ese sentido, eran figuras que me habían resultado ejemplares en mi vida y era una

carrera que me era cercana; siempre me gustó mucho la argumentación, la deliberación y me agradaba todo lo que tenía que ver con la comunicación oral, y en ese sentido, el derecho siempre me ha parecido una carrera sumamente atractiva y no me arrepiento, aunque debo decir que una vez que entré a estudiar, las ramas que más me llamaron la atención, y en las que me especialicé, son las que tenían que ver con cuestiones más conceptuales, más teóricas, más hacia conceptos y teorías del derecho y, no necesariamente hacia alguna de las ramas enfocadas a la práctica o el litigio.

AUB: Considero que en gran medida es enriquecedor conocer parte de la formación de los académicos y de quienes llegan a marcar sus vidas, ya que nos hace penetrar un poco más en ese ámbito personal y, en ese mismo sentido, nos gustaría conocer, si nos permite, ¿cuáles fueron aquellos profesores, probablemente incluso autores, de algunos libros que hayan marcado su experiencia en los inicios de su formación académica?

PSU: Con mucho gusto. Desde el punto de vista de los profesores, considero que mi formación está marcada, durante mis estudios de licenciatura, por la identidad intelectual de tres grandes maestros: sin duda por el maestro Carlos de la Isla, un filósofo moral muy riguroso en su pensamiento, un hombre liberal y muy comprometido con las causas más emancipadoras del ser humano. Otro maestro fundamental fue Víctor José Blanco Fornieles, teórico del derecho Kelseniano muy sólido en su formación y sobre todo muy riguroso en su razonamiento, un hombre formado en lógica formal y al mismo tiempo en argumentación jurídica, que influyó mucho, no solamente en mi formación conceptual y teórica, sino también en mi formación personal, porque al igual que el profesor Carlos de la Isla Veraza, fue un gran modelo de persona íntegra y

comprometida con causas en las que yo también creo. Finalmente, otro filósofo en la carrera, Rodolfo Darío Vázquez Cardozo, un autor muy conocido dentro y fuera de México, muy cercano con quien igualmente me honra conservar hasta el día de hoy una relación de amistad y que ha dedicado su obra al pensamiento liberal, un pensamiento liberal igualitario en el que yo adscribo mi propia identidad intelectual. Sin duda son los tres grandes maestros de mi formación jurídica. Hay otras figuras que van a incidir mucho en mi formación intelectual: sin duda Isaac José Woldenberg Karakowsky en el mundo profesional y en mis primeros años de práctica como asesor jurídico en el Instituto Federal Electoral, quien además se convirtió en un amigo, un referente, modelo intelectual comprometido con su tiempo y al mismo tiempo de persona honorable, capaz y absolutamente ejemplar; también mencionaré a mi tutor de doctorado, con quien tengo una relación muy cercana, casi familiar, me refiero a Michelangelo Bovero, profesor de la escuela de Turín, alumno de Norberto Bobbio, quien fue absoluta y totalmente generoso en el compartir conmigo sus conocimientos. Y también hay mujeres que inciden de manera relevante en mi formación, sobre todo en aquellas que me llevan a conocer y a reflexionar desde la perspectiva crítica del pensamiento feminista, como es el caso de Marta Lamas Encabo, con la que particularmente también tengo una relación de amistad y me hace mirar las cosas desde una perspectiva distinta a la que tradicionalmente yo había aprendido.

Respecto de autores, soy un lector, desde el inicio de mis estudios, de autores clásicos, de pensamiento liberal, como lo es Immanuel Kant y John Locke, o desde una perspectiva más contemporánea puedo mencionar a Hans Kelsen, un autor que me complace su lectura; posteriormente Luigi Ferrajoli se va a convertir en un referente intelectual en la

bibliografía, pero también en la dinámica y en la relación personal. Adicionalmente, fuera de la teoría jurídica, me interesan lecturas de teoría política, que de hecho es mi otra formación, y ahí sin duda, Norberto Bobbio se vuelve un referente intelectual internacional muy importante para mi formación. Y finalmente, para mencionar autores mexicanos, me referiré a Luis Salazar Carrión, un filósofo de la política de estirpe Bobbiana pero con pensamiento propio que tiene además una formación de base marxista, lo que lo hace muy interesante en su línea de pensamiento. Por mencionar algunos.

AUB: Muchísimas gracias, doctor. Por lo que nos comenta, tiene una fuerte influencia teórica y filosófica. En algún punto, esto lo llevó a interesarse por la investigación y, se dio la oportunidad de ser investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas. ¿Cuándo sucedió esto y quién lo invita en principio?, ¿quién lo formó aquí en el Instituto?

PSU: Eso es muy interesante, porque en efecto hay un momento cuando decido estudiar en el doctorado en el que opto por la vida académica y además opto con mucho compromiso y mucho agrado y, no me he arrepentido de esa decisión. Yo creo que hay distintas rutas en las cuales un profesionista o una profesionista del derecho puede orientar su formación: obviamente una de las primeras elecciones implica el ser abogados postulantes, a lo cual yo no me dediqué ni siquiera a los inicios de mi carrera; la siguiente alternativa, entre otras, es el sector público, en el cual sí tuve oportunidad de trabajar, sobre todo en el Instituto Federal Electoral en ese entonces denominado así, como asesor jurídico, donde tuve la experiencia más cercana a la práctica del derecho, siendo una experiencia muy enriquecedora; otra alternativa, la iniciativa privada, entendida como un espacio muy legítimo de dedicación profesional al cual no me interesó dedicarme; también se debe mencionar que la judicatura

es donde a veces los académicos incursionan de ida y vuelta en distintos aspectos de la vida judicial, yo hasta el día de hoy no he tenido oportunidad, ni interés en ello. Yo encontré la vía académica y fue esta la que me pareció muy atractiva. Quizá, el primer momento en el que decido dónde y con quién estudiar, es cuando escucho a Michelangelo Bovero en una conferencia en el Instituto Federal Electoral. Todo en la vida te va orientando y recuerdo haber dicho “yo quiero estudiar con esta persona”, a partir de ahí me lo propuse y se fue abriendo la posibilidad, hasta que se materializó en una realidad.

Viví varios años en Europa, en Italia, en España, en Oxford donde tuve una experiencia de varios años de formación, y cuando volví a México mis disyuntivas eran entre la universidad privada, como la universidad en la que yo había estudiado, el ITAM, o la universidad pública pero con una connotación distinta a los centros de investigación públicos como era el CIDE, en donde también tenía alguna posibilidad de incursionar, pero para mí, la máxima aspiración era Instituto de Investigaciones Jurídicas, aunque lo veía muy lejano, dentro otras cosas por no ser egresado de nuestra Facultad de Derecho. Fue Hugo Alejandro Concha Cantú durante una cena en casa de Jesús Silva-Herzog Márquez quien me dijo, en un periodo en el que yo todavía no terminaba el doctorado, que él era Secretario Académico en Jurídicas con el Doctor Diego Valadés, quien era el Director en ese entonces del Instituto, y que le gustaría proponer mi currículum, para que eventualmente pudiera ingresar al Instituto. En ese entonces tenía amigos entrañables, como Lorenzo Córdoba Vianello, Rodrigo Gutiérrez Rivas, Miguel Carbonell, Oscar Cruz Barney, que ya se encontraban en el IJJ. A mí me parecía ideal entrar al Instituto y al final se materializó esa posibilidad, cosa que me dio mucho gusto y que me permitió además empezar mi carrera académica desde la UNAM en

la investigación, pero también en la docencia, la cual sigo manteniendo vigente hasta el día de hoy.

AUB: Doctor, ha comentado algo que sin duda causa expectativa dentro de la Universidad, me refiero a las formaciones endogámicas de las Universidades, que aunque son útiles, no deben descartar la riqueza que amerita el que existan formaciones externas, esto seguramente fue muy benéfico para el Instituto. Ahora que usted es director podría comentarnos, ¿qué representa para usted la UNAM?

PSU: En verdad a mí me gusta decir que soy un caso de expropiación voluntaria exitosa, porque disfruto enormemente la vida universitaria; tengo ya más de tres lustros en la UNAM y digo con convicción que soy unamita por decisión propia en una etapa adulta. Yo estudié cuatro años en el ITAM y en la UNAM llevo tres lustros, sí hay una diferencia relevante. Creo que esa doble experiencia para mí en lo individual ha sido sumamente enriquecedora y me ha llevado a valorar las bondades de ambos perfiles y de ambas orientaciones, pero sobre todo a ponderar de manera muy positiva el valor de la universidad pública y el sentido incluyente, el sentido dinámico de una universidad que tiene las particularidades de serlo como la UNAM. Me ha llevado también a una valoración muy positiva de que la universidad sea un espacio de recreación de la diversidad en los sentidos más amplios y que al mismo tiempo esta sea una de sus cartas de identidad. A mí me gusta decir que yo, por supuesto, soy de la Facultad de Derecho y lo soy de muchas maneras: lo soy como conferenciante, que ahora como autoridad asisto en muchas ocasiones a actos protocolarios; pero lo que más me importa y lo que más me gusta, es ser maestro, un maestro muy dedicado a sus aulas y a la formación de sus alumnas y alumnos de los cuales me siento muy orgulloso. Me gusta ser profesor, lo he sido en muchas instituciones dentro y fuera del

país, además, en donde enseñé los conocimientos teóricos que aprendí en mi formación básica, de doctorado y en ambas dimensiones, desde la perspectiva jurídica y desde la perspectiva política, que son mis dos formaciones, y en ese sentido también soy un poco ortodoxo en mi formación, es decir, a mí me parece que enriquece mirar los temas desde distintas perspectivas al igual que enriquece una trayectoria que tiene distintos espacios de experiencia. Para mí el reto más interesante fue cuando decidí que a pesar de no haber estudiado en nuestra universidad, pero sintiéndome totalmente parte de ella, quería dirigir al Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y cuando me lo propuse y tuve la posibilidad de hacerlo, lo asumí con una enorme responsabilidad y con un absoluto sentido de pertenencia. Y en aquellos contextos me preguntaban si consideraba que no haber estudiado en la UNAM era un problema y yo decía, y lo sigo diciendo, que al contrario, que yo creo que es una riqueza que te permite valorar la diversidad desde una perspectiva fresca, distinta y sumamente comprometida.

AUB: Doctor, no puedo estar más de acuerdo con usted, en la tómbola de la vida a veces no se pueden elegir, ni tomar todas las decisiones, pero las que se toman consciente y racionalmente a veces son las que más proyectan nuestra vida, como es su caso. Creo también que la Universidad, acoge, representa y tiene que unir todas las visiones, todos los proyectos de vida, incluso de los que no nacen en la Ciudad de México, todas las personas que representa este país.

PSU: Por supuesto. Si la Universidad pretende ser, como de hecho lo es, la Universidad de la Nación debe de estar abierta a cualquier origen formativo. Yo estudié con los maristas en el Colegio México, después Instituto México y después en el Centro Universitario México, el CUM. Posteriormente estudié cuatro años en una universidad privada, aunque

después estudié el doctorado en una universidad pública europea, en la que obtuve muy valiosa formación. Y ulteriormente he dedicado mi vida profesional, ya como académico, totalmente a la universidad pública nacional y creo que esa apertura a los distintos orígenes, como puede ser el mío, tiene mucho que ver con lo que usted señala, Abril: que todas las jóvenes y todos los jóvenes por ubicarse geográficamente, totalmente fuera de la universidad, desarrollan sus estudios de licenciatura, incluso a veces de posgrado, en universidades públicas o privadas en otras entidades federativas y que vienen a enriquecer los claustros académicos cuando se incorporan. Nosotros tenemos investigadores muy interesantes, le menciono por ejemplo, el caso de la doctora María de Jesús Medina Arellano, ella creció y estudió en Nayarit su licenciatura y, la universidad de Nayarit creó un programa especial para tener por primera vez egresados suyos que contaran con un doctorado en el extranjero. Realizó estudios en la Universidad de Edimburgo, relacionados con bioética y, en México realizó -muy joven todavía ella- una estancia en el Instituto de Investigaciones Jurídicas en un proyecto que se llama *verano de la investigación jurídica* que está orientado a jóvenes. Ella terminó sus estudios de doctorado y a través del programa de renovación de la planta académica SIJA, que se abre desde la Rectoría del Dr. José Ramón Narro Robles, fue contratada cuando aún no llegaba a tener treinta años y ahora es una investigadora joven pero ya consolidada que ha logrado además abrir metas de investigación en materia de bioética muy relevantes a la universidad.

Bueno, ahí tiene un ejemplo de alguien que no tuvo la oportunidad de estudiar en nuestra Facultad de Derecho, aquí en Ciudad Universitaria, tampoco en alguna sede de la UNAM, pero que es sin duda una historia de éxito en la academia y en la investigación.

AUB: Así es, de hecho conozco diferentes casos de colegas que no teniendo la oportunidad de integrarse en un inicio por su localización geográfica o diversas circunstancias, finalmente eligen apasionadamente incorporarse, ya sea en estudios posteriores o a través de la labor académica. Lo digo también como experiencia personal, ya que soy de Veracruz, entonces entiendo perfectamente, y la verdad es que creo que para nosotros es una gran oportunidad incorporarnos en esta universidad, incluso cuando las condiciones de vida en principio no las podamos decidir.

PSU: Sin duda.

AUB: Doctor, pasando a temas relacionados a su gestión como director del Instituto de Investigaciones Jurídicas, y siempre me gusta comentar, a mi parecer es el Instituto más importante que tenemos en el país y de donde sale la mayor parte o casi la totalidad de la investigación más relevante de punta o de frontera que tenemos. ¿Cuál considera usted en particular que fueron los retos que encontró? Como sucede en cada administración, por supuesto, hay retos que afrontar, y también desde la otra perspectiva, ¿cuáles han sido los logros que se han alcanzado?

PSU: Yo creo, y en verdad le digo, coyunturalmente soy director y dejaré de serlo, entonces hablo con la subjetividad de quien dirige pero con objetividad de quien puede tomar distancia. Yo creo que el Instituto de Investigaciones Jurídicas es el centro de investigación jurídica más relevante de Iberoamérica y es un referente internacional.

Cuando me preguntan de retos, comento qué pretendo hacer en los próximos años junto con mi comunidad, la que lleva el liderazgo y la que lo hace posible, convertirnos en el referente mundial de cómo hacer investigación jurídica. Tenemos hoy una vinculación internacional muy relevante en América Latina, en general en Sudamérica, en sentido amplio

por supuesto con España desde hace mucho tiempo, pero en los últimos años, y ese ha sido uno de los retos, que no inició conmigo pero que me ha tocado consolidar, la de diversificar nuestros puntos de vinculación internacional. Hoy jurídicas trabaja estrechamente con universidades de Reino Unido, Alemania, Francia e Italia, y uno de los retos, desde la gestión anterior del doctor Héctor Fix Fierro, pero con mucho ahínco en la mía, es la diversificación hacia Asia Pacífico, en donde tenemos cada vez más vinculación, por ejemplo, con universidades de China, Japón, la India, Corea del Sur y Singapur. Hemos diversificado hacia allá también nuestra agenda de investigación y por supuesto hacia los Estados Unidos, cada vez con más fuerza. Tenemos además investigadoras e investigadores, pero sobre todo investigadoras que tienen formación de posgrado en universidades norteamericanas y que nos han ayudado a mantener una relación muy estrecha con las Universidades de Stanford, de Princeton, de Harvard, de Yale y con otras instituciones del sur de Estados Unidos o el norte de nuestro país. Encontramos ahí un reto de posicionamiento que tiene que ver con lo más importante que hacemos, que es generar conocimiento a propósito del Derecho.

El otro gran reto que sigue abierto es el de lograr dotar de una identidad intelectual al tipo de investigación jurídica que llevamos a cabo. También que nuestro claustro -y esto no inició conmigo pero conmigo se ha consolidado- sea cada vez más interdisciplinario. En el Instituto de Investigaciones Jurídicas hay juristas duros, juristas duras, pero hay también quienes como yo tenemos formaciones híbridas: somos muchos los que tenemos formación jurídica base y posgrado en otra disciplina, ya sea sociología, ciencia política, demografía, economía o, como en mi caso, de teoría política o viceversa, también quienes tienen una formación de base en otra carrera y tienen posgrado, doctorado en derecho.

Esos “híbridos” han hecho que problematicemos los temas jurídicos desde perspectivas distintas a las internas del derecho y también, tenemos investigadores que tienen formación netamente periférica o externa al derecho como lo son demógrafos, sociólogos, politólogos etc., y ese claustro es uno que delibera y dialoga mucho en torno a su propia identidad y quehacer intelectual y creo que ahí hay un reto muy grande; por ese reto es por el que creo que nos podemos volver en el referente mundial de cómo hacer investigación jurídica, porque lo que estudiamos son temas de relevancia jurídica con una perspectiva integral y creo que ahí se explica también el gran impacto de nuestras investigaciones, para que impacten en la realidad nacional y en la realidad mundial, y lo hacemos de muchas maneras, con una política editorial muy cuidadosa en su calidad pero muy ambiciosa en su impacto, como un proyecto que surge en la gestión anterior de esta administración, que es un programa de proyectos académicos en el que traducimos en plataformas y medios de comunicación digitales mucho de lo que hacemos desde el punto de vista académico, para proyectarlo a través de las tecnologías con un gran impacto en muchas áreas. Hemos hecho por supuesto una muy ambiciosa propuesta de educación, de vinculación y de extensión académica para educación en los posgrados en los que podemos nosotros participar, muchos de ellos también en plataformas tecnológicas a través de diplomados, maestrías y cursos de distinta naturaleza.

Otro reto enorme: construir una comunidad diversa, plural, cruzada por varias generaciones, intereses y coordinadas ideológicas pero que al mismo tiempo tengan una coerción interna de un sentido de pertenencia común. Nuestras investigadoras más jóvenes tienen veintiocho años y nuestro investigador mayor tiene noventa y cinco, tenemos necesariamente distintas formaciones con distintas experiencias en un Instituto

que está cumpliendo ochenta años, entonces hay un desafío de construcción de identidad que me ha tocado como director conducir en acompañamiento de mi comunidad.

Ha crecido la planta académica y se ha renovado, he ahí otro desafío enorme, porque las nuevas contrataciones son el futuro del Instituto y hay que lograr que se integren en una identidad compartida con quienes ya están acá. Un proyecto muy ambicioso, muy exitoso y oportuno. Jurídicas hoy cuenta con una Estación noroeste de investigación y docencia, en Tijuana, Baja California. Si bien las instalaciones físicas todavía no están operando, desde hace cinco años la agenda académica está absolutamente activa: tenemos once estudiantes de doctorado, hombres y mujeres, allá en Tijuana, realizamos una serie de congresos permanentes con el Colegio de la Frontera Norte, con la Universidad Autónoma de Baja California, generamos un consorcio universitario con la Universidad de Tucson en Arizona y con la Universidad de San Diego, realizamos seminarios de discusión permanente en torno a las tesis de nuestros doctorandos, hemos hecho actividades académicas diversas para incidir en temas de la frontera y hemos hecho una alianza estratégica con instituciones como el Centro Cultural de Tijuana (CECUT), el propio Colegio de la Frontera Norte (Colef), la Universidad Autónoma de Baja California (UABC). Es decir, Jurídicas tiene un proyecto académico muy pujante en Tijuana y una agenda en uno de los ámbitos más problemáticos del mundo contemporáneo. Y con esto concluiría: la investigación que hacemos nosotros tiene que ser técnicamente sólida e imparcial desde el punto de vista político y debe ser sobre todo socialmente útil, por lo mismo tenemos que estar en los grandes temas y problemas del mundo y del país.

También quiero mencionar que tenemos por ejemplo un Observatorio del Sistema Interamericano de Derechos Humanos encabezado por Magdalena Cervantes Alcayde, el cual ha permitido que jueces y comisionados del Sistema Interamericano se reúnan en Jurídicas desde hace cinco años, una vez al año; tenemos un Observatorio muy relevante de Desaparición Forzada de Personas con la Universidad de Oxford, Minnesota y FLACSO México, que tiene la base de datos no oficial más completa de personas desaparecidas en el país; tenemos el SUDIMER que es el Seminario Universitario sobre Desplazamiento Interno, Migración, Exilio y Repatriación, el cual es un seminario con sede en Jurídicas que reúne a la red más potente de migrantólogas y migrantólogos, yo me atrevo a decir, no solo de México, sino de todo centro y Sudamérica; también tenemos el Seminario de Seguridad Ciudadana con sede en el Instituto, que es otro seminario universitario con particularidades de ese tipo, también todos estos a cargo de colegas mujeres y, tenemos también entre otras cosas, el Observatorio de Corrupción e Impunidad que también es un proyecto muy ambicioso y que está orientado a otro de los grandes problemas nacionales. Por otro lado está el Laboratorio Nacional de Diversidades a la cabeza de Alethia Fernández de la Reguera Ahedo, encargado del estudio de la riqueza como diversidad y no como problema en sus distintos ámbitos, desde el punto de vista de la discriminación, la violencia y los derechos humanos, por mencionar algunos elementos. Tenemos proyectos muy importantes sobre conocimiento jurídico y desarrollo cognitivo.

Tenemos otro claustro, del que me siento muy orgulloso porque es mérito final de esta gestión: es un claustro totalmente equilibrado en paridad de género donde en los ámbitos de la investigación, de los técnicos académicos, en el administrativo y en el del personal de base hay cin-

cuenta/cincuenta. Aunque hasta ahora todos los directores hemos sido hombres, tenemos un cuerpo directivo con un liderazgo muy importante de mujeres. Dos de los brazos derechos de la dirección son muy destacadas funcionarias universitarias, una académica y otra administrativa. El cuerpo directivo está conformado en buena medida por un liderazgo femenino muy sólido que además ha venido reforzado con contrataciones equilibradas por mérito de mujeres jóvenes muy talentosas en los últimos años. Ese es otro de los grandes retos y de los grandes méritos de este Instituto.

AUB: Director es un gran placer escuchar esto que nos comenta. Sin duda los proyectos pueden generar una vinculación importante de México con el gobierno, puede generar nuevas perspectivas, incluso nuevas respuestas hacia los problemas que tiene el país y también considerando la agenda internacional, como usted lo ha comentado.

Quiero hacerle una pregunta respecto a lo que ha dicho con respecto a la investigación y la calidad de ésta. Como investigador, pero también como director conoce con mucho detalle cuales son los nuevos indicadores, cuáles son las nuevas necesidades en relación a la investigación, lo que se necesita actualmente, no solamente por parte del CONACyT y del Sistema Nacional de Investigadores, sino a nivel internacional. ¿qué representa una investigación de calidad actualmente?

PSU: Sin duda. Lo primero que hay que decir es que hay distintos ámbitos en los que se desarrolla la investigación académica. Cuando hablamos de investigación desde la UNAM no podemos omitir la investigación científica, que es importantísima, no podemos omitir que la investigación de ciencias sociales no es idéntica a la de humanidades, no es idéntica a lo que se hace en el ámbito de difusión cultural y no es idéntica a lo que se lleva a cabo en la multiplicidad, es muy variada,

muy rica y muy robusta de institutos y de facultades en el ámbito de las ciencias llamadas duras, pero que son ciencias al igual que las otras y creo que cada una tiene parámetro de evaluación distinto. En algunos casos la investigación y su éxito se medirán por su impacto, por ejemplo, el desarrollo de una vacuna se medirá por la efectividad de la misma, en otras, se medirá por la generación de conocimiento para el conocimiento mismo, por su acumulación, por su superación o por la ruptura de verdades aparentemente comprobadas, es decir, la investigación es muy cruel con el conocimiento acumulado porque lo tiene que desmontar, lo tiene que desafiar y lo tiene que desmentir, si ese es el caso. Y en ese sentido la evolución científica y la medición del éxito de investigación va a depender del desarrollo de las investigaciones.

Por otro lado, en nuestro caso, nuestra investigación se mide en sus méritos dependiendo de los distintos tipos de investigación que llevas a cabo. La investigación filosófica es muy importante y tiene que ver entre otras cosas con las dimensiones axiológicas del derecho y del quehacer humano, se medirán por su capacidad de ir desarrollando paradigmas de pensamiento que se vuelvan referentes, que impacten e influyan en la reflexión conceptual teórica-filosófica de quien se dedica a este ámbito. Quienes se dedican a cuestiones vinculadas por ejemplo con el derecho a la no discriminación, hay una fortísima carga axiológica y una orientación más práctica del tipo de investigación que se lleva a cabo; quienes hacen derecho público de carácter constitucional, la investigación muchas veces se lleva a cabo en este instituto y desde su origen se medirá su fuerza, no solamente por su rigor, sino también por su capacidad de influir e incidir en las decisiones de política pública del gobierno; lo mismo sucede cuando estudiamos los temas migratorios en los cuales se espera aportar insumos en información que sean relevantes a la hora de la toma

de decisiones públicas por parte de los encargados y las encargadas de las decisiones del Estado, es decir, no hay un solo parámetro para medir el éxito. Lo que sí, es que la investigación debe de ser muy rigurosa en su metodología, en su precisión y en su responsabilidad académica. Hay una cuestión muy importante en su honestidad e integridad académica y esos son parámetros valiosos para la investigación en todos lados, y en ese sentido, la investigación claro que es comparable en su calidad.

Ahora bien, hago una pregunta fundamental, ¿que se podría hacer para mejorar la calidad, capacidad e impacto de la investigación que se lleva cabo en México?

Por ejemplo, destinar más recursos. México no logró uno de sus compromisos en los sexenios anteriores que era siquiera llegar al uno por ciento del Producto Interno Bruto en inversión en materia de investigación. Países como Israel o como Corea del Sur han invertido entre el 4.5 y el 4.6 de su producto interno bruto en los últimos años y han tenido un éxito muy relevante, porque el dinero puesto en investigación no es gasto, es inversión. Creo que una de las cuestiones que deberíamos recordar, desde las universidades hacia gobernantes en turno, independientemente del partido político del que sea, es que, invertir dinero en ciencia tecnología y humanidades es invertir en el futuro del país, ahí hay un desafío que a veces olvidamos. Nunca hay que perder de vista que es muy difícil hacer investigación y que somos sumamente evaluados y sumamente exigentes con nosotros mismos en los circuitos académicos.

AUB: Estoy totalmente de acuerdo, Director. No quiero abusar con respecto al tiempo, me encantaría en alguna otra ocasión volver a conversar con usted pero quiero hacerle una última pregunta y pedirle un consejo, si es que me lo permite. En relación al primer punto, quien quisiera conocer un poco más acerca de Pedro Salazar el investigador,

¿qué debería de leer?, y como segundo punto, ¿podría cerrar dándonos alguna recomendación para los nuevos investigadores?

PSU: Claro. Remarco que no estoy promocionando mi propia obra, pero si se quisiera leer qué hago y ver qué es lo que hago intelectualmente, yo recomendaría tres cosas: uno, el libro más teórico que tengo sobre cuestiones que me interesan de democracia y constitución que se llama “La democracia constitucional una radiografía teórica”, es del Fondo de Cultura Económica y es una versión de mi tesis de doctorado; en segundo lugar yo iría a buscar las cosas que he escrito sobre estado laico, porque creo que ahí se reúnen mis convicciones laicas pero también mi orientación ideológica, liberal e igualitaria y mi profunda objeción a todas las formas de discriminación; en tercer lugar me atrevería a buscar alguna crónica que haya escrito, sobre todo las que he escrito en la revista nexos, porque ahí encontrarán otra vertiente que me gusta mucho, que es la de explorar el trabajo, que si bien es académico, con más licencias, es el trabajo de la narrativa de crónicas, dentro de las cuales hay alguna que es la introducción de un libro, llamada “Crítica de la mano dura”, en el cual creo que se refleja mi convicción a favor de los derechos humanos y mi objeción total al Estado autoritario y; finalmente, vería algunos programas que he tenido oportunidad de coordinar a lo largo de varios años en TVUNAM, porque ahí se pueden ver los intereses que tengo y, aunque no soy yo el que habla de los temas, sí se nota cuáles son de los de mi interés.

Y, por último, si alguien decide dedicarse a la investigación ¿qué les recomendaría yo?, en primer lugar, que definan muy bien y con mucha claridad por qué quieren dedicarse al trabajo intelectual, porque el trabajo intelectual es muy exigente, es muy demandante y muy celoso, hay que tener una convicción muy clara; en segundo lugar, que explore,

pensando en el ámbito de ciencias sociales, específicamente de las jurídicas, su vocación para el estudio, a quien no le guste estudiar y no le guste leer en serio, no tiene nada que hacer en esta tarea; en tercer lugar, que decida con mucha claridad si se va a dedicar a la investigación o si lo que quiere simplemente es una formación profesional especializada, porque de esto dependerá mi recomendación a que estudie o no un doctorado. Para mí, doctores y doctoras, solo deben de ser quienes se dediquen a la investigación, ¿por qué?, porque es una inversión que requiere mucho tiempo, y solo se justifica si te vas a dedicar después al trabajo académico.

Después, dos cuestiones de consejo de apertura mental: cuestionar y romper sus propios prejuicios, ya que el que se dedica a este trabajo debe de estar combatiendo sus prejuicios todo el tiempo, porque estos son los principales enemigos del pensamiento libre; y la última, estar dispuesta o dispuesto con convicción a decir en todo lugar, siempre, lo que piensa, porque no hay nada peor que un académico que quiere agradar al auditorio, los buenos académicos dicen lo que con convicción piensan aunque estén equivocadas o equivocados y, de eso se trata la discusión y la deliberación, pero lo que no se vale, es cambiar el discurso dependiendo de quien se siente a escuchar, porque en ese momento pierdes la identidad y pierdes, desde mi punto de vista, la credibilidad intelectual.

AUB: Le agradezco mucho, Director, ha sido en verdad un gran placer el escucharlo, el estar aquí y convivir con usted. No quiero dejar la puerta cerrada, por favor acépteme más adelante otra invitación para hablar con nosotros. En este momento lo único que nos resta, es agradecerle a usted y a todos los que han podido hacer realidad esta entrevista. Doctor no es un adiós, es un hasta luego.

PSU: Está totalmente invitada, además me da un gusto enorme que jóvenes universitarias y universitarios sean quienes estén llevando a cabo este tipo de proyectos en la Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM, así que bienvenidos también al Instituto, ya lo conocen, y la puerta de aquí está siempre abierta para todas y para todos, porque de eso se trata un Instituto de una universidad pública como esta.

AUB: Muchas gracias Director.

PSU: Gracias a ustedes.

INSTRUCTIVO PARA LOS AUTORES



I. POLÍTICA EDITORIAL

La *Revista* es una publicación académica semestral, sobre temas de investigación, comentarios jurisdiccionales y reseñas. Promueve e incentiva la publicación de las investigaciones realizadas por los estudiantes inscritos en los programas del Posgrado de Derecho de la UNAM. Cuenta con comité editorial y comité asesor conformado por destacados profesores universitarios nacionales y extranjeros.

II. LINEAMIENTOS EDITORIALES

Se preferirán trabajos originales e inéditos, que serán dictaminados por académicos nacionales e internacionales expertos en los temas sobre los que versen. Podrán realizarse traducciones al español, siempre que sean publicadas por primera vez en esta *Revista* y se cuente con los derechos o permisos correspondientes.

III. PRESENTACIÓN DE ORIGINALES

Considerando las observaciones descritas a continuación, la cuartilla contendrá entre 30 y 35 líneas y cada una de ellas deberá tener entre 80 y 90 golpes (caracteres y espacios). Estas características deben aplicarse a notas, apéndices, bibliografía y cualquier otro complemento del original. Los márgenes se dispondrán de la siguiente manera: superior e inferior, 2.5 cm; izquierdo y derecho, 3 cm; y la tipografía con las siguientes características: fuente, Times New Roman; tamaño, 12 puntos, a menos que se indique otra cosa; y 1.5 de interlínea.

1. TÍTULO

Éste es una palabra o frase con la función de dar a conocer el asunto que se va a tratar, por ello debe ser claro breve y conciso;

en la manera de lo posible deben evitarse los enunciados explicativos, pero de ser necesarios basta con separarlos del título con un punto. Es importante destacar que los títulos no deben escribirse en negritas o cursivas, tampoco es necesario subrayarlos y no llevan punto final; se escribirán en la misma fuente, Times New Roman, pero su tamaño será de 14 puntos, estará justificado y se usarán mayúsculas, o altas, y minúsculas, o bajas. Estas consideraciones deben aplicarse también a los títulos y subtítulos que dividen internamente la obra, como partes, capítulos, secciones, incisos y entradas.

2. AUTOR

El nombre del autor se escribirá en altas y bajas, y llevará el siguiente orden: nombres, apellido paterno y materno. Si la obra o artículo se escribió por más de un autor se separarán por punto y coma, y seguirán el mismo orden.

3. SINOPSIS CURRICULAR

Ésta no deberá exceder los 400 golpes, incluyendo espacios. Para evitar confusiones, cuando se trate de un texto con más de un autor se emplearán asteriscos para indicar cuál es el resumen curricular de cada uno. Es necesario incluir la institución a la que está adscrito actualmente.

4. CORRESPONDENCIA

Con la finalidad de propiciar el diálogo entre los autores y sus lectores, será necesario proporcionar un solo correo electrónico, éste no debe tener hipervínculos y se escribirá entre 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 terminara con punto final.

6. RESUMEN

Éste es un texto breve y preciso, por lo que debe considerar sólo lo esencial del tema abordado en la obra. No excederá los 1,000 golpes, incluyendo espacios; estará sin sangría, justificado y precedido de la palabra *resumen* en altas y bajas, y en negritas, seguida de dos puntos, también en negritas, un espacio y luego el texto que compone propiamente al resumen y punto final. Este resumen deberá traducirse al inglés con el nombre de *abstract* y presentarse con las mismas especificaciones que la versión en español.

7. PALABRAS CLAVE

Éstas son conceptos que destacan por su importancia en el tema tratado, el autor deberá presentarlas de la siguiente manera: las palabras *palabras clave* en altas y bajas, y en negritas, seguidas de dos puntos también en negritas, un espacio y luego cada una de las palabras clave y punto final. Las palabras clave deberán traducirse al inglés con el nombre *Keywords* y presentarse con las mismas especificaciones que la versión en español.

8. FOLIOS

El original del material literario debe estar foliado en su totalidad, es importante que se emplee el formato: página actual en arábigos, un espacio, diagonal, un espacio y número total de páginas en arábigos (1 / 300, por ejemplo). El folio debe estar dispuesto en la esquina inferior derecha y se utilizará la misma fuente que en el resto del trabajo, Times New Roman a 12 puntos.

9. PARTES DEL ORIGINAL

Los materiales presentados deben considerar la siguiente división, aunque no es obligación que cuenten con cada una de las divisiones sugeridas:

- Título
- Autor
- Sinopsis curricular y correspondencia
- Dedicatoria
- Sumario
- Resumen
- Palabras clave
- 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 entrecorchetados 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 men-

cionen y llevarán el siguiente orden: nombre del autor, empezando por nombre de pila, el nombre del libro en cursivas, ciudad de publicación, editorial, año de edición y la página o páginas consultadas. Posteriormente se emplearán las locuciones latinas o abreviaciones bibliográficas que para tales efectos se emplean.

12. TABLAS, GRÁFICAS Y FIGURAS

Las tablas deben estar compuestas por el autor, esto significa que no es suficiente copiar y pegar la información de Internet, pues ésta, por lo general, no tiene la calidad suficiente para ser impresa, además, es difícil que el diseño se adapte al propio de la publicación. Es necesario que las tablas no lleven un formato especial, por lo que no se deben sombrear las celdas y las líneas de división deben estar siempre visibles. El contenido debe estar compuesto en la misma fuente que todo el documento (Times New Roman a 12 puntos). Por otro lado, es muy importante que las tablas estén compuestas en una sola pieza; en ocasiones, cuando la tabla es muy grande, quien la elabora la divide en varias tablas, lo que, y pese a sus mejores intenciones, sólo complica el trabajo de edición.

En el caso de las gráficas y figuras, el autor debe, siempre que sea posible, realizarlas él mismo. También tendrá en cuenta que estos elementos son de carácter informativo no decorativo. Los pies deberán entregarse en el mismo archivo que su correspondiente gráfica o ilustración y seguirán el siguiente formato: comenzarán con la palabra *figura* en altas y bajas, y en negritas, seguida de un punto, también en negritas, y posteriormente el texto propio del pie, justificado y en la fuente Times New Roman a 12 puntos, con 1.5 de interlinea, llevará punto final.

Todas las tablas, gráficas e ilustraciones se entregarán sólo en archivo digital, uno por cada una, y deberán nombrarse de la siguiente manera: apellido del autor en altas, guión bajo, seguido del texto *tabla 1*, *gráfica 1*, *figura 1*, en altas y bajas, según sea el caso. Salvo

en ocasiones especiales donde la naturaleza de la gráfica obligue a emplear el original, éste se entregará junto al material impreso con las medidas de protección adecuadas para preservar la integridad del original, y, en caso de llevar pie, éste se entregará en formato digital siguiendo las indicaciones ya establecidas.

13. FUENTES

A) BIBLIOGRAFÍA

Las fichas bibliográficas que conforman el aparato crítico de la obra deben componerse en párrafo francés con sangría de 5 mm y contendrán los siguientes elementos en el mismo orden y separados por una coma:

Autor. Se escribirá empezando por apellidos usando versales y versalitas seguidos de una coma y el nombre de pila en altas y bajas. No se emplearan subrayados ni negritas. Cuando se trate de dos autores, el segundo se escribirá en el orden natural, es decir, nombre y apellidos, en altas y bajas, y se separará del primero con la conjunción *y* en redondas. Si se trata de una obra con tres o más autores, se pondrá sólo el nombre del primero seguido de la locución latina *et al.*

Si el libro carece de autor, la referencia bibliográfica entrará con el título siguiendo las características descritas para su caso. Pero si la obra es un trabajo realizado por un compilador o editor se colocará entre paréntesis la abreviación correspondiente: (comp.) o (ed.).

Título. Se escribirá con alta inicial y en cursivas sin importar el idioma en el que se encuentre. No se emplearán subrayados ni negritas.

Si se trata de un artículo incluido en una obra colectiva, se pondrá el nombre del apartado con alta inicial en redondas y entre comillas (“ ”), seguirá una coma y la palabra *en* en redondas, el nombre del compilador o editor en su orden natural seguido de las abreviaturas

comp. o *ed.*, según sea el caso, entre paréntesis; y el nombre del libro siguiendo las indicaciones ya descritas.

Pie de imprenta. Al pie de imprenta lo componen el nombre de la ciudad de publicación, casa editora y el año de publicación. Un error común que se debe evitar es poner el nombre del país en lugar de la ciudad; tampoco es necesario agregar la palabra editorial antes del nombre propio de la editorial, por ejemplo, debe decir: Porrúa; y no: Editorial Porrúa.

Tesis. Cuando la fuente citada es una tesis se seguirán las indicaciones descritas, pero el pie de imprenta no llevará la información de la casa editora, ni se debe poner el nombre de la universidad o institución como casa editora. Además se agregará la siguiente información, siempre separada por comas, después del año de publicación: palabra Tesis en altas y bajas y redondas, el nombre o siglas de la universidad y, en caso de existir, el nombre de la facultad o dependencia universitaria que expide el grado.

En ningún caso es necesario informar si la tesis fue sustentada en examen profesional de licenciatura, maestría o doctorado, tampoco se proporcionará el nombre de la licenciatura o posgrado.

Texto inédito. En caso de citar un texto inédito, como pueden ser apuntes de clase, los elementos que conformarán la ficha serán: nombre del autor o autores, según lo indicad; título del material con alta inicial, en redondas y entre comillas (“ ”); y terminará con la indicación *texto inédito*.

B) HEMEROGRAFÍA

Se entiende por material hemerográfico todas aquellas fuentes de publicación periódica, pueden ser: diarios, revistas, gacetas, entre otros. En general los componentes de una ficha hemerográfica son los mismos que se emplean en una ficha bibliográfica, aunque suma algunos elementos. A menos que se indique lo contrario, se seguirán las instrucciones dadas para la bibliografía.

Artículo de periódico. La ficha comenzará con el nombre del autor o autores, el nombre del artículo, la palabra *en* y el nombre del periódico, posteriormente, se colocará el país de publicación seguido de la ciudad, la fecha de publicación en el formato día, mes y año.

Si se trata de un suplemento, en vez del nombre del diario se pondrá el del suplemento en redondas usando altas y bajas, y entrecorillado (“ ”), posteriormente se agregará la abreviación *núm.* y el respectivo número del suplemento en arábigos. Una vez agregada esta información, la ficha continuará con el nombre del periódico y los demás datos como ya se ha indicado.

Artículos de revistas. Para estos casos sólo se agregaran los siguientes datos: después del título del artículo, se colocará el nombre de la revista en cursivas y precedido por la palabra *en*; también llevará el país y la ciudad de publicación, al que le seguirá el año de publicación consecutiva en romanos, el número, periodo de publicación (regularmente en meses), año e intervalo de las páginas consultadas.

IV. FECHA DE RECEPCIÓN DE ORIGINALES

La *Revista* recibe propuestas para su publicación en todo momento, deberán enviar los originales al correo electrónico: <revista@derecho.posgrado.unam.mx>. El original deberá adjuntarse acompañado por el permiso correspondiente para su publicación (ubicado al final de este apartado).

V. LISTA DE VERIFICACIÓN

La siguiente lista tiene el propósito de ayudar al autor a preparar su original para su publicación en esta *Revista*, pero no sustituye las consideraciones anteriormente descritas.

- El original se recibirá en el entendido de que todos los autores están de acuerdo con su publicación (se anexa permiso firmado para su publicación).
- No se devuelven los originales recibidos para su publicación.
- El original se enviará en formato Word o RTF.
- Fuente: Times New Roman; tamaño: 12 puntos; interlínea: 1.5.
- Márgenes superior e inferior: 2.5 cm; izquierdo y derecho: 3 cm.
- Extensión: de veinte a treinta cuartillas. En el caso de reseñas y comentarios de cinco a diez cuartillas.
- Las palabras no irán separadas en sílabas al final del renglón; el idioma del procesador de textos empleado deberá estar predeterminado en español.
- No se dejará espacio entre párrafos.
- Las páginas deberán foliarse consecutivamente, iniciando con la página del título.
- El título deberá ser breve y descriptivo.
- Se incluirán el nombre de todos los autores, sinopsis curricular y sólo un correo para correspondencia.
- Se incluirán el resumen y las palabras clave, con sus respectivas traducciones al inglés.
- El uso de cursivas se limitará a títulos de obras (no secciones de éstas) y términos escritos en una lengua diferente al español.
- No se empleará el uso de negritas ni subrayados.
- El aparato crítico se describirá en nota a pie de página y se empleará la nomenclatura latina.
- En el apartado “Fuentes”, se listarán las obras consultadas alfabéticamente. Todas las referencias citadas en el texto deberán aparecer en esta sección y viceversa.



La Universidad Nacional Autónoma de México, a través del Programa de
Posgrado en Derecho

CONVOCA

Con el propósito de rescatar, valorar, difundir y promover la creación artística, a la comunidad de artistas gráficos, visuales y plásticos, así como al público en general interesado en estas expresiones artísticas, a presentar obra gráfica, en cualquier técnica, que trate algún aspecto relacionado con la UNAM o con el derecho para ilustrar la portada de la *Revista del Posgrado en derecho de la UNAM*.

PRESENTACIÓN DE LAS PROPUESTAS

El artista deberá enviar sus propuestas en formato digital TIFF, PSD (CC2014 o posterior) o PDF con una resolución de 300 píxeles/pulgada al correo <revista@derecho.posgrado.unam.mx>. Adjuntará, también, el permiso firmado para su publicación, ubicado al final de este apartado, así como un archivo en formato DOCX (word) con los siguientes datos: nombre o seudónimo [si es el caso], técnica, medidas reales y breve semblanza curricular (máximo 100 palabras).

SELECCIÓN DE PROPUESTAS

Las obras elegidas se utilizarán como portada de la *Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM*, y se difundirá a través de ella el trabajo del artista. El autor no cederá sus derechos patrimoniales ni morales, por lo que podrá utilizar su obra como a él mejor convenga.

“POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU”
Programa de Posgrado en Derecho - UNAM
El coordinador
Carlos Humberto Reyes Díaz

(Lugar), a __ de _____ de 201_.

INSTITUTO NACIONAL DEL DERECHO DE AUTOR

P R E S E N T E

Quien suscribe, _____, autoriza a la Universidad Nacional Autónoma de México la publicación y divulgación (del artículo) (de la obra gráfica) intitulado(a) “_____”, en la Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM, en formato impreso y digital.

Asimismo, manifiesto bajo protesta de decir verdad que soy el autor y titular de los derechos, así como de la originalidad (del artículo) (de la obra gráfica) antes mencionado(a), por lo que libero a la Universidad Nacional Autónoma de México de toda responsabilidad presente o futura que pudiera surgir respecto de la obra objeto de la presente autorización y que pudiera afectar intereses de terceros.

A T E N T A M E N T E

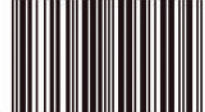
(NOMBRE Y FIRMA)



La Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM,
año 4, número 6, editada por la Coordinación del Posgrado en Dere-
cho de la UNAM, se terminó de imprimir el mes de junio de 2019 en los talleres
de Creativa Impresores S.A. de C. V., calle 12, número 101, local 1, colonia José
López Portillo, Iztapalapa, 09220, México, Distrito Federal, teléfonos, 5703-2241 y 5592-
2240. La edición estuvo al cuidado de Abril Uscanga Barradas y consta de 300 ejemplares.



ISSN 2007-5995



9 772007 599504