

El interés nacional y el TLCAN*

Jorge A. Witker Velázquez**

Resumen: El presente artículo analiza el concepto de interés nacional y su impacto en la economía mexicana a veinte años de la firma del Tratado de Libre comercio de América del Norte, identificando las asimetrías ocasionadas. Se parte de la presentación de un panorama general del TLCAN y las políticas públicas económicas que lo impulsan identificando los siguientes aspectos negativos: el mito exportador, cambios en el PIB, los efectos sociales, la devastación del campo. Por último se presenta una visión sectorial del interés nacional a partir del estudio de sus efectos en tres rubros primordiales para el desarrollo económico de México: El petróleo; la soberanía alimentaria; y la innovación tecnológica y los acuerdos de equivalencia.

Palabras clave: Interés; Nacional; TLCAN

Abstract: This article analyzes the concept of national interest and its impact on the Mexican economy to twenty years after the signing of the Free Trade in North America, identifying asymmetries caused. It begins with the presentation of an overview of NAFTA and public economic policies that drive identifying the following negative aspects: the exporter myth, changes in GDP, the social effects, the devastation of the countryside. Finally, a sectorial view of the national interest comes from the study of their effects on three key areas for economic development of Mexico: Oil; food sovereignty; and technological innovation and equivalence agreements.

Keyword: Interest; national; NAFTA

SUMARIO.- I. Introducción; II. Panorama General del TLCAN; III. Tres aspectos negativos al interés nacional del TLCAN: a) El petróleo, b) Soberanía alimentaria, c) La innovación tecnológica y los acuerdos de equivalencia. IV. Consideraciones finales.

I. Introducción

* Artículo recibido el 4 de abril de 2014 y aceptado para su publicación el 14 de mayo de 2014.

** Investigador titular "C" de tiempo completo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Investigador nivel III del Sistema Nacional de Investigadores del CONACYT, autor y coordinador de varias publicaciones en temas del Derecho Internacional y Derecho Social, y es catedrático de la Universidad Autónoma de México, Universidad de Villarrica y Universidad Veracruzana.

El interés nacional es un concepto que está relacionado con tres referentes básicos; la nación, el estado y el poder de cada comunidad o nación para autogobernarse.

La globalización como fenómeno contemporáneo, ha integrado empresas, mercados productos, servicios y tecnologías a espacios planetarios, bajo el paradigma del Libre Mercado aplicado a países y regiones de grados distintos de desarrollo económico-social.

Al contrario, la globalidad calificada como de “neoliberal”, ha derivado en actores dominantes, ganadores y perdedores nacionales, que en vez de equilibrar, las desigualdades y asimetrías, las ha acentuado.

En dicho paradigma, no es fácil compaginar o armonizar el interés nacional de un país, entendido como proceso que busca crecer con equidad en democracia, fortaleciendo la identidad nacional e integrada en vez de segmentar, los diversos sectores económicos y sociales de un país.

Manuel Castell, contempla la globalización, como un proceso, por el cual las actividades decisivas en un ámbito de acción determinado (la economía, los medios de comunicación, la tecnología, la gestión de medio ambiente e incluso el crimen organizado) funcionan como unidad en tiempo real en el conjunto del planeta.¹

Precisamente, el TLCAN es la expresión jurídica de esa globalización, en donde los actores perdedores han debido someter el interés nacional a los designios y mandatos de intereses extranjeros.

Las presentes reflexiones describen y analizan aspectos que el interés nacional de México se ha visto vulnerada por las políticas oficiosas o inducidos del TLCAN.

Con estos elementos, al parecer, contradictorios y antitéticos, analizaremos el interés nacional de México, en el contexto del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, que en el presente año cumple 20 años de vigencia con efectos claroscuro para México.

II. Panorama general del TLCAN

Para un análisis objetivo de estos 20 años de TLCAN, debemos insertarlos en un contexto más amplio, que tiene que ver con la articulación de un proceso que se inicia en la década de los 80s y que responderá a una política económica derivada de una concepción de la sociedad y de la economía calificada como de neoliberalismo ²

En efecto, dicha política se ha apropiado de la noción de gobernanza global lo cual es erróneo pues hay una variedad de procesos que no incluyen la economía de mercado y el libre comercio como el retiro total y absoluto de las regulaciones nacionales del llamado orden publico económico³

¹ CASTELL, Manuel. “La era de la información. Económica, sociedad y cultura”, Buenos Aires, Argentina, Siglo Veintiuno Editores, 2004, Pág. 282.

² CORDERA CAMPOS, Rolando. “A veinte años del TLCAN”: De la adopción a la adaptación. Correo del Sur, La Jornada Morelos, 26 de Enero 2014, pág. 6 y 7.

³ GAZOL, Antonio, “Sobre las culpas del TLCAN” suplemento de Jornada de Morelos, Correo del Sur, 12 Diciembre 2013 pág. 6

Con estos elementos, la experiencia de estos 20 años nos debe conducir a ver como el interés nacional de México se ha subordinado a los intereses de nuestros socios comerciales y cuyos efectos, más visibles se ubican en el área de los recursos naturales, de la dependencia alimentaria y de la subordinación tecnológica productiva base de un desarrollo nacional equilibrado.

De todo modos, antes de analizar como el TLCAN en general, ha afectado el interés mexicano, es necesario reiterar que dicho tratado no puede percibirse como el único causante de todo lo negativo vigente, ni tampoco como la panacea para el salto cualitativo hacia la modernidad y prosperidad, que los promotores prometieron y, que ahora insisten en profundizar las mismas variables con un tratado plus, conocido como TPP (Alianza Transpacífico) que se negocia sobre las ruinas del propio pacto regional⁴

El argumento central de los defensores actuales del TLCAN-TTP, lo fundamentan en el aumento cuantitativo de las exportaciones comparadas entre 1994 y el actual año 2014⁵

Al margen de los números estas exportaciones contrasta con el mínimo grado de integración nacional logrado en esta espectacular producción de maquila exportable lo cual se refleja en un macro crecimiento del PIB en estos 20 años⁶ y a la mínima gravitación del comercio exterior (63% del PIB) en el crecimiento del producto y del empleo.

Otro tanto, acontece con los incrementos notables registrados en los montos de inversión extranjera directa frente al mínimo reducido índice de crecimiento y del empleo formal en dicho lapso.

Conviene mencionar que al parecer el TLCAN fue consecuencia de una decisión geopolítica improvisada y repentina pues el modelo sustitutivo de importaciones en los 80s evidenciaba signos de agotamiento que fueron enfrentados temporalmente con el petróleo del nuevo yacimiento petrolero de Cantarell el que orilló al ex presidente López Portillo a posponer una vez más una reforma fiscal integral, paradójicamente convocar a administrar una abundancia que nunca llegó.

La improvisación irreflexiva del ex presidente Carlos Salinas llevó a México a suscribir el primer tratado del libre comercio Norte-Sur, sin diagnosticar ni evaluar las asimetrías evidentes, y menos prever las consecuencias negativas para un país tradicionalmente desintegrado socialmente y en procesos intermedios de desarrollo.

La invitación salinista de transitar al primer mundo que suponía aprobar el TLCAN, en 20 años de supuesto libre comercio, deparó en México los siguientes factores negativos:

A) EL MITO EXPORTADOR

⁴ WITKER, Jorge. "Introducción al Derecho Económico", décima edición cap. 11, pág. 295 y siguiente. UNAM 2014

⁵ VEGA CANOVAS, Gustavo. "El Tratado de Libre Comercio en América del Norte" en obra colectiva América del Norte en el siglo XXI UNAM 2010

⁶ *Ibidem*

Esta variable que se ha utilizado con extensiva frecuencia necesita ser analizada bajo categorías de perfil cualitativo y no solo cuantitativo. En este aspecto, las exportaciones mexicanas se multiplicaron en estos 20 años por diez y su composición cambio en favor de las manufacturas y en contra de las exportaciones petrolera clásicas; similar cambio operó en las importaciones pues el modelo industrial seguido centrado en las maquiladoras (creadas en la década de los 60s) que detonó crecimiento en las regiones centro norte y fronteras con Estados Unidos, ampliando y consolidando el comercio cautivo (matriz-filial) de nulo efecto en las cadenas de valor y sin aporte significativo en materia de innovaciones tecnológicas ⁷

B) CAMBIOS EN EL PIB

Los indicadores señalados impactan al interés nacional pues el comercio exterior de México que en el 2013 representa el 60% de dicho PIB, sin derivar en tasas de crecimiento económico congruente a dicho porcentaje, pues a largo plazo en estos 20 años, creció a solo 2.2% anual, muy alejado de las tasas del 6.13% anual que observó México bajo el modelo keynesiano entre 1940 y 1982.

Completa los datos precedentes, la retracción en la formación de capital que se redujo de coeficientes por encima del 25% de los años 70s a un 20% en los años TLCAN; derivado de la baja de la inversión pública que no fue compensada por la tan ofrecida y anunciada inversión privada nacional y extranjera, que en ningún momento, respondió a las reformas estructurales que la suscripción del TLCAN significo par el orden jurídico nacional.

C) LOS EFECTOS SOCIALES

Los intereses nacionales deben reflejarse en los aspectos de beneficio social que las políticas públicas deben otorgar a un país. Un elemento adicional de atracción que ofreció el TLCAN en su momento, fue el multicitado bono demográfico que articulaba las pirámides invertidas poblacionales de las sociedades de América del Norte. La joven población mexicana tenía un amplio horizonte de superación y progreso con la presencia masiva de inversiones y nuevas empresas que el tratado prometía.

Sin embargo, al no crecer la economía en estos 20 años, pues al 2.2% anual promedio hay que restarle el 1,7 % de aumento demográfico anual, los jóvenes y los adultos jóvenes del bono demográfico, se ha diluido en la informalidad laboral, la migración al norte y el desempleo juvenil, nutriendo fatalmente a la delincuencia organizada, que tanta violencia e inseguridad ha desatado en estos años de libre comercio.

Corolario de lo anterior, la vulnerabilidad social y la pobreza en diversos grados que afecta a la mitad de la población, provocan efectos perversos, que más que responsabilizar al TLCAN en sí, responden a una política económica

⁷ DE LA CRUZ GALLEGOS, José Luis y otro "Consolidación del Mercado Interno", en obra colectiva México, Coordinación Arturo Oropeza UNAM 2012, pág. 377

de libre mercado que propicia, más los negocios privados, que los intereses colectivos nacionales.

D) LA DEVASTACION DEL CAMPO

En este sector, el interés nacional bajo la vigencia del TLCAN, se evidencia significativamente, un breve diagnostico nos muestra lo siguiente aunque debe advertirse que es el único instrumento de comercio internacional que asimila en forma mecánica las mercancías a los recursos alimenticios, lo cual desde el inicio planteó la desventaja de equilibrar una agricultura moderna y subsidiada con la agricultura mexicana pre moderna y con indicadores estructurales históricamente negativos.

En este diagnóstico destacamos lo siguiente:

- a) El efecto multiplicador del sector en las direcciones vertical y horizontal, es decir, impacta la industria de insumos, la de transporte, la de transformación, servicios y comercio.
- b) La multifuncionalidad del sector agrícola, pues en la base de la alimentación y de la soberanía alimentaria y generadoras de empleos y divisas por su proyección social y su importancia en la paz, en el medio rural, por la protección del medio ambiente, la biodiversidad y el paisaje y por ser, finalmente, el sostén de nuestra cultura alimentaria y parte fundamental de la identidad nacional.⁸

Todos estos elementos no se consideraron al momento de negociar dicho tratado ignorándose además las siguientes desventajas:

- Los productores de EE.UU. reciben, con la nueva Farm Bill, 70% más de apoyos. En el promedio de los años 1999/2001, los subsidios representaron en México el 23% del valor de la producción de los productores, mientras que en los EE. UU. Alcanzaron el 47% y en Canadá 26%.
- La metodología de la OCDE para estimar los apoyos a la agricultura evidencia gran inconsistencia en los apoyos a la agricultura en México. Antes del TLCAN los niveles de apoyo en Estados Unidos y Canadá fueron mucho mayores que en México, y en lo que va del TLCAN, el 44% del valor de la producción agropecuaria de EE. UU. fue subsidiada y en México solamente el 19%.
- Además, los productores de Estados Unidos tienen un apoyo por hectárea de 120 dólares y los de México de 45 (OECD). Los productores de Estados Unidos tienen explotaciones promedio de 29 ha (tierra arable) frente al 1.8 ha en México (FAO, FAOSTAT). Finalmente, la productividad de un trabajador agrícola de Estados Unidos es 18 veces mayor (US\$39,000) que la de un trabajador en México (US\$2,164), según datos del Banco Mundial.

⁸ REYES OSORIO, Sergio. "La policía agrícola de México bajo el TLCAN", En obra colectiva "La economía mexicana bajo el TLCAN" evaluación y alternativas, UNAM pág. 301 y siguiente, México 2005

- Pero no solamente existen asimetrías en cuanto a los montos de subsidios, sino también en cuanto a su poder de impacto hacia el largo plazo y su capacidad de generar innovaciones tecnológicas en un contexto de competencia abierta. En este sentido los socios comerciales de México están favoreciendo los subsidios a través de los servicios como por ejemplo: investigación y desarrollo, universidades, infraestructura, comercialización, promoción y reservas estatales. Mientras que en México en promedio de los años 1999/2001 solamente destinó el 9% de sus subsidios a los servicios, Canadá y Estados Unidos reservaron para ello, una cuarta parte de sus recursos.
- Existen asimetrías en cuanto al aprovechamiento de los márgenes negociados del TLCAN. En la práctica, México no aprovechó los márgenes negociados: nunca se han cobrado los aranceles de las importaciones fuera de la cuota, en los casos de maíz y frijol, de tal suerte que en el caso del maíz la pérdida fiscal durante el periodo del TLCAN es de más de 3 mil millones de dólares y en el frijol de 121 millones, nada más de las importaciones desde Estados Unidos.
- Las exportaciones a México, reportadas por el Departamento de Agricultura de Estados Unidos (USDA, por sus siglas en inglés) contrastan con la asignación de cupos de importación de la Secretaría de Economía de México. En el caso del maíz la asignación al 31.12.2003 fue de total asignado: 3, 773,319 toneladas (http://www.economia.gob.mx/pics/p/p1294/MMAI_AE5.XLS, 07.02.1004), ósea 2.3 millones de toneladas menos de lo que registro EE.UU. En el caso del frijol existe una diferencia de 11,602 toneladas entre las estadísticas de ambos países.

Finalmente si tomamos en cuenta la suma de los cuatro cultivos de granos básicos (maíz, arroz, trigo y frijol) se percibe la magnitud del proceso señalado, ya que en el periodo 85-93 el volumen total importado fue de 30.7 millones de toneladas, incrementándose en la vigencia del TLCAN a 68.5 millones de toneladas, es decir un crecimiento de 37.8 millones de toneladas.⁹

Una revisión jurídica estratégica del tratado nos obliga a mencionar algunos preceptos específicos dignos de registrarse: El artículo 102 señala seis objetivos del TLCAN y que lejanamente se han cumplido pues si bien ha habido eliminación gradual de obstáculos al comercio, promoción de condiciones de competencia leal, aumento en las oportunidades de inversión, mecanismo de administración del tratado y solución de controversias, más una protección de los derechos de propiedad intelectual, elementos todos que México ha facilitado, pero que las contrapartes no han propiciado reciprocidad alguna, pues la cooperación trilateral regional y multilateral en caminata a ampliar y mejorar los beneficios equivalentes, a los miembros de tal instrumento comercial, es decir, los objetivos lejanamente, se han cumplido asimétricamente, pues fuera del Plan Mérida, centrado en la seguridad de Estados Unidos, en cuanto a la prosperidad no ha habido mayor contraprestación congruente a la condición de socios comerciales equivalentes.

⁹ Ibídem

El capítulo 10 por su parte, especialmente el artículo 1003, establece una limitante de efectos estratégicos, para la industria nacional, pues impide que las compras de gobierno, sean utilizadas como instrumento de fomento y apoyo a las empresas nacionales, limitante que impide el desarrollo de una política industrial centrada en el mercado interno.

Otra consecuencia negativa señalado en el anexo 702.3 es el referido a la prohibición expresa para México y Canadá de formar parte de los acuerdos intergubernamentales de productos básicos, en donde por ejemplo el Convenio del Café esta negado a México y Canadá, pero permitido al principal importador del producto, Estados Unidos.

III. Visión sectorial del interés nacional

a) El Petróleo; Este recurso natural estratégico en el mundo global ha significado para México, una vertiente compleja y de muy discutible política pública. Pese, al aumento de las reservas de hidrocarburo, que el país experimento en la década de los 80s, contradiciendo la historia de la década de los 40s a 70s, en donde el recurso petrolero se utilizó como palanca de un desarrollo industrial, moderadamente exitoso, pues se creció a tasas superiores al 6% anual, se cambió a un modelo exportador de crudo sin procesar.

En efecto, a partir de la gestión de Miguel de la Madrid, dicha estrategia, vario en nuevos contextos de política internacional, plasmada fundamentalmente, en el Consenso de Washington. Se planteó bajo tales principios, el desmantelamiento de todo el sector industrial, tanto público como privado, pasándose de la sustitución de importaciones, a una estrategia exportadora que llega hasta nuestros días, bajo un esquema maquilador sin crecimiento, ni de la economía ni de los empleos.¹⁰

En el aspecto petrolero y de hidrocarburo, esta política se reflejó al impulso del TLCAN, en hacer de México un proveedor de crudos baratos para las refinerías estadounidenses, a las cuales se les compra los petroquímicos y gasolinas que anteriormente en su gran mayoría producía la industria mexicana.

PEMEX una de las empresas más importante del mundo, se dedicó a la producción exclusiva de crudo, recurriendo a la vía del contratismo privado sin conexión alguna con las innovaciones tecnológicas del petróleo, abandonando al Instituto Mexicano del Petróleo a su suerte.

Sin visión de futuro hoy México, es exportador exclusivo de comoditis y uno de los mayores importadores de gasolina precisamente de las refinerías texanas estado-unidenses ¹¹

En efecto, si el TLCAN tuviera alguna relación con el interés nacional de México y hubiera comprensión del vecino del norte, para apoyar y desarrollar a México, podría convenir en que México, exportara temporalmente, el crudo suficiente, para ser refinado con contratos de maquila, en las refinerías texanas,

¹⁰ Tesis desarrollada por el autor de este artículo y explicada en distintas conferencias y ponencias universitarias. UNAM, México 2012

¹¹ Ibídem

a través de un contrato de servicios al respecto; se lograría así una gasolina a precios altamente convenientes, con lo cual, se plasmaría una verdadera y simétrica integración sectorial, en beneficio de ambos socios comerciales. Este mecanismo está contemplado en la legislación aduanera mexicana y en los propios capítulos del TLCAN.

Sin este mecanismo, en la actualidad México, vende el crudo de exportación a Estados Unidos al precio calculado para los ingresos presupuestarios anuales, inferior al precio internacional del crudo, y compra, la gasolina, obtenida del mismo crudo, a precios internacionales, quedando en evidencia que el TLCAN es absolutamente en este aspecto, contrario al interés nacional mexicano¹²

b) Soberanía alimentaria; En este rubro y que tiene que ver con la dieta alimentaria de los mexicanos los datos estadísticos son ampliamente desfavorables a México. Al inicio de la década de los 90s México importaba menos de 10 mil millones de dólares en grano especialmente el maíz amarillo y otros cupos de granos complementarios a la producción nacional. A 20 años de TLCAN México importa 30 mil millones de toneladas en granos siendo algunos productos paradigmáticos de la tremenda dependencia alimentaria que hoy experimenta nuestro país. Somos importadores netos de arroz, soya, trigo, frijol, por señalar algunos y en los cuales el arroz es el grano, que habiendo sido productor del 90% del consumo aparente, en la década de los 80s, hoy día, importamos el 90% quedando solo un 10% como un mudo recuerdo de una historia que lamentablemente se repite en otros sectores (Carne de cerdo, avícolas, etc.).

Como es de suponer, el TLCAN transformó el campo mexicano de productor de alimentos, en importador de productos agrícolas subsidiados, con lo cual la migración campo-ciudad, que gradualmente caracterizaba al país, se transformó en migración hacia el vecino del norte, lo que implicó que vez de exportar productos nos transformamos en exportador de mano de obra¹³

Como es observable aquí en este sector el interés nacional y la identidad mexicana se ha perdido en estos 20 años de asimetrías y desigualdades internacionales derivadas del TLCAN.

c) La innovación tecnológica y los acuerdos de equivalencia; Con fecha 17 de Agosto del 2010, se publica en el Diario Oficial de la Federación acuerdos por los cuales se reconoce equivalencia de estándares y reglamentos técnicos extranjeros (estadounidenses y Canadienses) relacionados con las normas: NOM-001-SCFI-1993, NOM-019-SCFI-1998, y NOM-016-SCFI-1993, referido a productos eléctricos, electrónicos y procesamiento de datos.¹⁴

¹² Ver ROJAS GUTIERREZ, Francisco. "¿Es la reforma energética factible?". Centro de Estudios de Derecho e Investigaciones Parlamentarias. Cámara de Diputados, marzo 2008.

¹³ SCHWENTESIUS RINDERMAN, Rita- Gómez Cruz Manuel A. "La economía mexicana bajo el TLCAN" Universidad de Guadalajara, Universidad Nacional Autónoma de México, primera edición.

¹⁴ WITKER, Jorge y Márquez Daniel.- Bases jurídico-económicas e internacionales para sustentar la ilegalidad de la equivalencia de normalización con Estados Unidos y Canadá.- Documento de Trabajo núm. 156. UNAM, Junio 2011.

Esta unilateral decisión de Política Económica, implica diseñar un sesgo importador total a la Economía Nacional, omitiendo toda posibilidad de estimular y fomentar el aparato productivo interno, estrategia que todos los países utilizan para, precisamente ,colocar sus producciones exportables en los mercados internacionales;

En efecto, la normalización como un instrumento permanente de innovaciones productivas, es una actividad que compromete a toda la sociedad, pues los productos nacionales constituyen un factor de identidad nacional y ningún país, por pequeño que sea, renuncia a su mínima autonomía productiva, tecnológica y científica en el mundo competitivo de los mercados globales actuales.

La política industrial de México desde hace cinco décadas, e incluso antes, en que se desarrollara la actual plataforma exportadora, puso especial énfasis en la normalización y procedimientos de evaluación de la conformidad de los productos mexicanos, con la perspectiva de vincularse a los esquemas internacionales de normalización y evaluación, relacionándose a nivel multilateral con las principales organizaciones impulsadas fundamentalmente por el sistema de Naciones Unidas.

Los esquemas de normalización son expresiones de la política industrial y productiva de un país, que no puede separarse por afanes importadores, de la economía nacional y de las diversas vertientes que la conforman. Recuérdese que son normas de productos, que especifican y precisan las características de estos, características que pueden incluir, diseño, tamaño, peso, inocuidad, comportamiento energético y ambiental, inter-operatividad, material en que está fabricado, incluso procesos y métodos de producción, todo lo cual responde al grado de desarrollo e innovaciones productivas, de que goza un país determinado. Como dice la Asociación Brasileña de Normas Técnicas, “la normatividad es la carta de presentación de la producción brasileña y la forma como se inserta Brasil en el escenario Mundial”.

En cuanto a las reglamentaciones técnicas, responden a intereses superiores de derecho público, destinados a proteger la seguridad y salud de las personas, salud y vida de los animales, protección del consumidor, protección del medio ambiente, y prevención de prácticas que induzcan a error, elementos todos que han ido armonizándose con los esfuerzos de la OMC, y el propio Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio, tales bienes protegidos, no pueden ser entregados a instituciones privadas de Estados Unidos y Canadá, por muy respetables que sean, pues se pone en peligro y riesgo intereses propios de la soberanía y el derecho público de cada país.¹⁵

Es interesante destacar que países como Brasil, Chile, España y los bloques político-económicos, como la Unión Europea, asignan a las organizaciones nacionales de normalización un papel predominante en sus economías , como entidades ágiles para responder con eficacia a las demandas del mercado y de la

¹⁵ WITKER, Jorge y Daniel Márquez.-Bases jurídico-económicas e internacionales para sustentar la ilegalidad de la equivalencia de normalización con Estados Unidos y Canadá. Documentos de Trabajo Junio 2011.

sociedad comprometida con el desarrollo sostenible de esos países en lo económico, social y ambiental.

En efecto, actualmente un organismo de normalización cuenta con 162 miembros, por lo que se puede estimar que casi la totalidad de la comunidad internacional, busca legítimamente armonizar sus esquemas de normalización a partir de reglas técnicas reconocidas multilateralmente, emanadas de la propia ISO (Organización Internacional de Normalización), la Comisión Electrónica Internacional (CEI), el Codex Alimentarius, la Unión Internacional de Telecomunicaciones, etc., además, se debe destacar que los países toman las reglas técnicas emanadas de esos organismos y las adecuan sus procesos técnicos, y ni siquiera en los países de la Unión Europea, cuyo avanzado proceso de integración es evidente, se utiliza la vertiente de la equivalencia, puesto que ningún país somete a sus estructuras productivas, tecnológicas y ambientales a las de otro país, ya que al hacerlo implica subordinar sus políticas y mercados industriales, que responden a esquemas de planeación científico y tecnológico, ambientales y de desarrollo, a los dictados de países diferentes. Por ello, no es extraño que las exportaciones estadounidenses a la Unión Europea, deban cumplir a su vez los requisitos que establece dicho mercado, sin poder esgrimir equivalencia alguna.

Con esta perspectiva, la Organización Mundial de Comercio (OMC), que es el Código mercantil que reúne a más de 150 países, expide en la Ronda Uruguay, y los Acuerdos finales de Marrakech en 1995, el Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio, que reconoce expresamente la autonomía y soberanía de cada país para que, en función de sus necesidades y realidades económico-sociales, establezca sus esquemas de normalización y reglamentos técnicos pertinentes, con la condición de que no se utilicen como barreras no arancelarias que impidan el libre flujo de mercancías de un territorio aduanero a otro.¹⁶

Este Acuerdo de Obstáculos Técnicos al Comercio, es el que debe regir nuestro esquema de normalización y reglamentaciones técnicas, y no esquemas de equivalencia emanados de autoridades administrativas con dudosa competencia para emitirlos. No soslayamos que la equivalencia, que si bien se insinúan en el Capítulo IX del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), carece de toda legalidad a la luz tanto de la regulación de la propia OMC, del contenido del TLCAN y de la legislación nacional interna.

Finalmente, cabe destacar que al afán de facilitar las importaciones que evidentemente persiguen estos acuerdos, deja paradójicamente al margen a la producción nacional exportable, pues reiteramos, las instituciones mexicanas de normalización, evaluación y de conformidad, no tienen reconocimiento alguno en Canadá y Estados Unidos, no obstante, haber suscrito 12 tratados de Libre Comercio y exportar a más de 40 países y proclamar en el discurso a México como una plataforma exportadora privilegiada.

Como es posible percibir la llamada plataforma exportadora es inconsistente con estos acuerdos de equivalencia, puesto que la industria nacional y

¹⁶ WITKER, Jorge.- Derecho del Comercio Exterior. UNAM. México 2011, Págs. 157 y siguientes.

especialmente, las pequeñas y medianas empresas, no están relacionadas con la normalización productiva que viene a ser un factor estratégico en la actualidad para los mercados extranjeros. La política de normalización como dijimos anteriormente compromete a la sociedad toda pues las normas promueven la calidad de productos y servicios, la confiabilidad de los mismos, la eficiencia, la protección ecológica y ambiental y el intercambio de tecnologías.

Cuatro errores conceptuales o dispráxis evidenciamos en estos unilaterales acuerdos de equivalencia:

a) Los Estados Unidos de América y Canadá no otorgan reciprocidad a las normas oficiales mexicanas ni a sus reglamentos técnicos;

b) Confunden conceptualmente a los estándares que en el Derecho Estadounidense y Canadiense son convenciones de derecho privado no vinculantes a terceros ,con los reglamentos técnicos que son normativas de derecho público y, en consecuencia obligatorias, y que su inobservancia incorpora riesgos a los consumidores y usuarios de productos y servicios importados de estos países;

c) Los estándares y reglamentos técnicos de estos países se aplican internamente en los respectivos territorios, de tal suerte que un daño eventual a los consumidores mexicanos no pueden ser reclamado dicho daño por esta clara limitante que la norma oficial mexicana establece como responsabilidad del importador de dichos productos;

d) Finalmente y no menos importante, está el principio de no discriminación que México debe observar, pues este tratamiento de equivalencia debería extenderlo al resto de los 12 tratados de Libre Comercio que a la fecha ha suscrito.¹⁷

Esta asimilación mecánica de la normalización del TLCAN evidencia y fomenta la dependencia tecnológica al igual que la alimenticia vista precedentemente, se suma a ella la aplicación del llamado Libro Azul Estadounidense al valor de los automóviles usados, que la aduana mexicana utiliza al amparo de dicho tratado, en abierta violación al Acuerdo de valoración de las Mercancías de la OMC y de la propia ley aduanera vigente. Así el interés nacional y fiscal se subordina una vez más a interés extranjeros.

La dispráxis en esta materia exhibe connotaciones tremendamente desventajosas para el país, pues deja a las empresas productivas nacionales desprotegidas totalmente de la competencia de productos y servicios extranjeros en el mercado interno; desestimula la investigación y desarrollo base de las innovaciones productivas que todos los países fomentan a través de sus Universidades e Institutos de investigación y finalmente , deja a los consumidores en total indefensión, pues los daños y perjuicios que, eventualmente se produzcan , por el uso de estos productos normatizados externamente , sin recurso alguno para reclamar la reparación del daño respectivo.

¹⁷ WITKER, Jorge, *Ibíd*

IV Consideraciones finales

Las líneas precedentes evidencian que el TLCAN en estos 20 años ha vulnerado el interés nacional mexicano, en diversos ámbitos de la economía y sociedad.

En efecto el modelo exportador-maquilador no ha impactado a las cadenas productivas de valor y las ha desintegrado en favor de insumos y componentes de origen extranjero. Sin política industrial, el aumento de las exportaciones no se ha reflejado en nuevas industrias y empleos, pese a que el PIB exhibe un 63% integrado por el comercio exterior. Por esto, la tasa de crecimiento anual en estos 20 años ha sido solo de un 2% promedio, igual o similar a la tasa de crecimiento demográfico lo que implica que el TLCAN ha obrado en contra del interés nacional.

En el ámbito de las innovaciones tecnológicas, para el vector industrial los acuerdos de equivalencia normativa (nulificación de las normas oficiales mexicanas NOM) aplicada por la Secretaría de Economía en el contexto del capítulo octavo del TLCAN, condena al país, a una dependencia extranjera tecnológica, desalentando no solo la inversión privada en investigación y desarrollo (ID), sino a las instituciones de educación superior e institutos tecnológicos con lo cual se estimula la copia de norma y estándares extranjeros, alejados de las reales necesidades y capacidades nacionales. No aplicar ni fomentar la creación y desarrollo de productos diseñados por los emprendedores mexicanos es limitar el espíritu innovador empresarial y por ende frustrar y limitar el interés nacional al respecto. Con ello los emprendedores y los innovadores tan publicitados por el discurso oficial se vuelven letra muerta con las políticas erróneas del TLCAN

Bibliografía

- CASTELL, Manuel, "La era de la información. Económica, sociedad y cultura", Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, Argentina, 2004.
- CORDERA CAMPOS, Rolando, "A veinte años del TLCAN: De la adopción a la adaptación", Correo del Sur, La Jornada Morelos, 26 de Enero 2014.
- DE LA CRUZ GALLEGOS, José Luis y otro "Consolidación del Mercado Interno", en obra colectiva, Coordinación Arturo Oropeza, UNAM, México, 2012.
- GAZOL, Antonio, "Sobre las culpas del TLCAN" suplemento de Jornada de Morelos, Correo del Sur, 12 Diciembre 2013.
- REYES OSORIO, Sergio. "La policía agrícola de México bajo el TLCAN", En obra colectiva "La economía mexicana bajo el TLCAN" evaluación y alternativas, UNAM, México, 2005

- ROJAS GUTIERREZ, Francisco. “¿Es la reforma energética factible?”. Centro de Estudios de Derecho e Investigaciones Parlamentarias. Cámara de Diputados, marzo 2008.
- SCHWENTESIUS RINDERMANN, Rita y Gómez Cruz Manuel A. “La economía mexicana bajo el TLCAN” Universidad de Guadalajara, Universidad Nacional Autónoma de México, primera edición.
- VEGA CANOVAS, Gustavo. “El Tratado de Libre Comercio en América del Norte” en obra colectiva América del Norte en el siglo XXI, UNAM, México, 2010
- WITKER, Jorge y Daniel Márquez.-Bases jurídico-económicas e internacionales para sustentar la ilegalidad de la equivalencia de normalización con Estados Unidos y Canadá. Documentos de Trabajo, Junio 2011.
- WITKER, Jorge.- Derecho del Comercio Exterior, UNAM, México, 2011.
- WITKER, Jorge. “Introducción al Derecho Económico”, décima edición, UNAM, México, 2014.

El Amparo Directo en Materia del Trabajo*

Jacinto García Flores**

José Arturo Fuentes Rojas***

Ana Lilia Silva Ambríz****

María Luisa Flores Hernández*****

RESUMEN: En este documento se aborda el tema del amparo directo en materia del trabajo en virtud de las reformas que han tenido la Ley Federal del Trabajo y la Ley de Amparo realizadas por el gobierno federal y que por disposición de los artículos 103 y 107 de la Constitución, es el único medio de defensa jurídica que tienen los patrones o los trabajadores cuando las Juntas de Conciliación y Arbitraje

ABSTRACT: This document addresses the topic of the direct appeal for legal protection on labor issues under the reforms that have had the Federal Labor Law and the Legal Protection Law made by the federal government. On the instructions of the articles 103 and 107 of the Constitution, it is the only mean of legal defense, which employers or workers have when the federal and local boards of conciliation and arbitration have made the arbitration at law, which ends the labor

* Artículo recibido el 14 de agosto de 2014 y aceptado para su publicación el 13 de octubre de 2014.

** Doctor en Derecho. Profesor Investigador en la Facultad de Contaduría Pública de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, Perfil Promep. Miembro del Cuerpo Académico "Sistema Tributario, Administrativo y Contable, Miembro del Sistema Nacional de Investigadores. Miembro de la Academia Mexicana del Derecho del Trabajo y la Previsión Social.

*** Doctor en Administración. Profesor Investigador en la Facultad de Contaduría Pública de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, Perfil Promep. Líder del Cuerpo Académico "Sistema Tributario, Administrativo y Contable.

**** Maestra en Administración. Profesora Investigadora en la Facultad de Contaduría Pública de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, Perfil Promep. Miembro del Cuerpo Académico "Sistema Tributario, Administrativo y Contable.

***** Alumna del sexto cuatrimestre de la Licenciatura en Contaduría Pública de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla.

tanto Federal como Local, han dictado el laudo que pone fin al proceso del trabajo.

Palabras clave

Amparo directo en materia del trabajo. Único medio de defensa jurídico. Proceso del trabajo.

process.

Key words

Direct appeal for protection on labor issues. The only mean of legal defense. The labor process.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Fundamento constitucional. 3. ¿El amparo debe ser considerado un Recurso o un Juicio? 4. Substanciación del amparo directo en materia del trabajo. 5. Requisitos de la demanda de amparo directo en materia del trabajo. 6. El amparista adhesivo. 7. La suspensión del acto reclamado en el amparo directo Laboral. 8. La contragarantía. 9. Los conceptos de violación. 10. Alegatos. 11. Resolución del amparo directo laboral. 12. Conclusión. Bibliografía.

1. Introducción

Para que un determinado país se considere “Estado de Derecho”, sus autoridades y gobernados deben ceñir su conducta a lo establecido por el marco jurídico existente que inicia precisamente con las disposiciones contenidas en su Constitución y en las leyes reglamentarias que de ella emanan, no hacerlo así dará como resultado que las relaciones entre los miembros de la sociedad y sus autoridades o gobernantes se deterioren y se genere el caos, lo cual no se debe permitir, pues ello entorpece el desarrollo económico, político, social, cultural, etc., no obstante lo señalado, en la relación de supraordinación a subordinación que existe entre el Estado y los gobernados, el primero mediante cualquiera de los organismos que lo representan llega a realizar determinadas conductas que afectan los derechos de los segundos, caso en el cual nos hallamos en presencia de un acto de autoridad que puede llegar a ser arbitrario, momento en el cual el gobernado puede hacer uso de los medios de defensa o control de la constitucionalidad que establece la Constitución Política de nuestro país, es decir, el juicio de amparo.

El objeto de estudio de este artículo es conocer la tramitación del Juicio de Amparo Directo en materia del trabajo, como medio de impugnar los laudos dictados por los órganos jurisdiccionales laborales, ya sean de carácter federal o local.

El amparo laboral va íntimamente unido al reconocimiento de las Juntas de Conciliación y Arbitraje como autoridades jurisdiccionales en el año de 1924, en virtud de que la Suprema Corte de Justicia de la Nación dictó ejecutoria reconociendo tal carácter a las Juntas en el caso de la empresa la Corona y el de la Compañía de Tranvías, Luz y fuerza de Puebla, e imperio para ejecutar las resoluciones que hubiere dictado.

Lo anterior nos permite afirmar entonces que el amparo es un medio de control de la constitucionalidad que tutela al gobernado frente a los actos arbitrarios que en su contra puede cometer una determinada autoridad al cobijo de las facultades que le otorga el marco jurídico de nuestro país.

Asimismo, no debemos perder de vista que las actuales reformas hechas al marco jurídico nacional se circunscriben dentro de las reformas estructurales que actualmente lleva a cabo el gobierno federal

2. Fundamento constitucional

Consideramos que el juicio de amparo es la máxima arma jurídica que los gobernados tenemos para proteger nuestros derechos frente a los infundados actos de autoridad que intencional o accidentalmente realicen las juntas federal o local de conciliación y Arbitraje que existen en México, teniendo como fundamento lo dispuesto por los artículos 103 en su fracción I y 107 en sus fracciones I, III, V, VI, VIII y XI de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

3. ¿El amparo debe ser considerado un Recurso o un Juicio?

Mucho se ha discutido acerca de si el amparo es un recurso o un juicio en virtud de que gracias a él, las autoridades federales pueden corregir los indebidos actos de autoridad que ocurren en un determinado proceso cuyo desarrollo ocurre conforme a lo establecido por las leyes adjetivas y sustantivas de la materia en que ocurre tal anomalía y en las cuales existen una serie de recursos ordinarios que pueden ser utilizados por la parte afectada para resarcir el daño que se la ha ocasionado y, sólo en el caso de no lograrlo, le queda la posibilidad de hacer uso del juicio de amparo. Conforme a lo antes señalado cabe decir entonces que el amparo no es un recurso como tal, sino un verdadero juicio, esta última afirmación se hace en virtud de que en el amparo intervienen las partes involucradas ante un órgano jurisdiccional mediante la demanda de amparo y su correspondiente contestación consistente en el informe previo o justificado, existe un ofrecimiento, admisión y desahogo de pruebas, existen los alegatos correspondientes y finalmente se dicta la sentencia que en derecho corresponda, pudiendo oponerse contra la misma, los recursos procedentes, tal como sería la revisión.

En el caso específico de la materia del trabajo, la legislación procesal correspondiente no establece recursos ordinarios, salvo el caso del de revisión, que conforme al artículo 849 de la Ley Federal del Trabajo procede contra actos de los presidentes, actuarios o funcionarios, legalmente habilitados, en ejecución de los laudos, convenios, de las resoluciones que ponen fin a las tercerías y de los dictados en las providencias cautelares. También se alude al de reclamación, establecido en el artículo 853 de la misma Ley que es procedente contra las medidas de apremio que impongan los Presidentes de las Juntas Especiales y de

las de Conciliación y Arbitraje, así como de los auxiliares de éstas.

4. Substanciación del amparo directo en materia del trabajo

Igual que en las demás materias, en la del trabajo o laboral como popularmente se le conoce, en virtud de no existir recursos ordinarios, el amparista tendrá que promover el juicio de amparo directo, siendo la autoridad competente para ello los Tribunales Colegiados de Circuito, por conducto de la autoridad responsable, tal como lo señala el artículo 176 de la Ley de Amparo (L. A.), esto es, si la Junta especial de la Local o Federal de Conciliación y Arbitraje que conoció del asunto, dictó un determinado laudo condenando, por ejemplo a la empresa, ésta promoverá el amparo ante el órgano jurisdiccional correspondiente, por ello se dice “por conducto de la autoridad responsable”; en otras palabras, si la demanda de amparo es presentada por el amparista directamente ante el Tribunal Colegiado de Circuito, éste la declarará improcedente con el consecuente perjuicio para el amparista, pues recordemos que el segundo párrafo del artículo 176 de la L. A. claramente señala que “La presentación de la demanda ante autoridad distinta de la responsable no interrumpe los plazos que para su promoción establece esta Ley.” En otras palabras, si la demanda se interpuso directamente ante el Tribunal Colegiado y este la declara improcedente y transcurre el término establecido para su presentación ante la autoridad responsable, entonces el amparista prácticamente habrá perdido su derecho para hacer efectivo esta clase de amparo.

Ahora bien, debemos entender por autoridad responsable en el amparo directo, aquella autoridad que ha dictado la sentencia definitiva, laudo o resolución que ponga fin al juicio que no admita recurso alguno por virtud del cual pueda ser modificada o reformada, al efecto recordemos lo establecido por la fracción II del artículo 5 de la Ley de amparo que establece:

“II. La autoridad responsable, teniendo tal carácter, con independencia de su naturaleza formal, la que dicta, ordena, ejecuta o trata de ejecutar el acto que crea, modifica o extingue situaciones jurídicas en forma unilateral y obligatoria; u omite el acto que de realizarse crearía, modificaría o extinguiría dichas situaciones jurídicas.

Para los efectos de esta Ley, los particulares tendrán la calidad de autoridad responsable cuando realicen actos equivalentes a los de autoridad, que afecten derechos en los términos de esta fracción, y cuyas funciones estén determinadas por una norma general. “

El fundamento legal de la procedencia de esta clase de amparo es la fracción III del artículo 107 Constitucional ya mencionado con antelación, pero también se regula por lo dispuesto en los artículos 170 fracción I, 171, 172 y 174 de la L. A.

Es pertinente señalar que el proceso del amparo directo en la materia del trabajo, por lo general se realiza en una sola instancia, a excepción del caso previsto en el artículo 107 fracción IX de la Constitución, o sea, cuando procede el recurso

de revisión sobre la constitucionalidad de normas generales o que establezcan la interpretación directa de un precepto de la Constitución u omitan decidir sobre tales cuestiones cuando hubieren sido planteadas, siempre que fijen un criterio de importancia y trascendencia, según lo disponga la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en cumplimiento de los acuerdos generales del Pleno. La materia del recurso se limitará a la decisión de las cuestiones propiamente constitucionales, sin poder comprender otras.

El término para la interposición de esta clase de amparo es de 15 días tal como lo establece el artículo 17 de la L. A., siendo hábiles para la promoción, substanciación y resolución de los juicios correspondientes todos los del año, con excepción de los sábados y domingos, uno de enero, cinco de febrero, veintiuno de marzo, uno y cinco de mayo, dieciséis de septiembre, doce de octubre, veinte de noviembre y veinticinco de diciembre, así como aquellos en que se suspendan las labores en el órgano jurisdiccional ante el cual se tramite el juicio de amparo, o cuando no pueda funcionar por causa de fuerza mayor.

Lo mencionado respecto al amparo directo laboral permite establecer con toda nitidez que el mismo comprende dos etapas, la primera es su presentación ante la autoridad responsable y la segunda es la que se refiere a la substanciación del juicio de amparo ante el Tribunal Colegiado de Circuito correspondiente.

Primera etapa: En esta primera etapa el quejoso o amparista debe promover ante la autoridad responsable su demanda de amparo directo exhibiendo al efecto una copia para el expediente de la autoridad responsable, una más para el Ministerio Público Federal y otra para el tercero perjudicado, tal como lo establece el artículo 177 de la L. A. Una vez recibida dicha demanda por parte de la autoridad responsable, ésta verificará la exhibición de las copias mencionadas anteriormente, pues si el amparista no las exhibe o las exhibe incompletas dará origen a los siguientes escenarios:

a) La autoridad responsable se abstendrá de remitir la demanda al Tribunal Colegiado de Circuito que corresponda.

b) Mandará prevenir al promovente que exhiba las copias omitidas dentro del término de cinco días, tal como lo establece el artículo 177 de la L. A. Transcurrido dicho término sin que se hayan presentado tales copias, la autoridad responsable remitirá la demanda junto con el informe justificado informando al Tribunal Colegiado de Circuito, la no exhibición de las copias, lo que dará como resultado que dicho Tribunal Colegiado tenga por no presentada dicha demanda. No debemos olvidar que tratándose de los trabajadores, la autoridad responsable está obligada, de oficio, a expedirles tales copias.

c) En el supuesto de que sí se exhiban completas las copias mencionadas, o se haya cumplido el requerimiento de su exhibición, la autoridad responsable debe:

I. Dictar acuerdo inicial ordenando formar cuaderno de amparo en el que ordene al Secretario correspondiente certificar al pie de la demanda, la fecha en que fue notificado al quejoso la resolución reclamada y la de presentación de la demanda de amparo, así como los días inhábiles que mediaron entre ambas fechas.

Si no consta en autos la fecha de notificación, la autoridad responsable dará cumplimiento, sin perjuicio de que dentro de las veinticuatro horas siguientes a la en que obre en su poder la constancia de notificación respectiva proporcione la información correspondiente al órgano jurisdiccional competente.

II. Posterior a este acto, se debe emplazar al tercero perjudicado en el domicilio señalado en autos o en el que le señale el quejoso.

III. Rendir el informe con justificación acompañando la demanda de amparo, los autos del juicio de origen con sus anexos y la constancia de traslado a las partes. Deberá dejar copia certificada de las actuaciones que estime necesarias para la ejecución de la resolución reclamada o para proveer respecto de la suspensión.

Segunda etapa. Esta inicia cuando la Oficialía de Partes Común de los Tribunales Colegiados de Circuito recibe la demanda de amparo proveniente de la autoridad responsable y la turna al Tribunal Colegido de Circuito en materia laboral que corresponda, el que la recibe, la registra y la pone a disposición de la Secretaría de Acuerdos correspondiente a efecto de que en el término de tres días el Presidente del Tribunal dicte el Acuerdo inicial.

Al momento de dictar el auto inicial se pueden presentar las siguientes hipótesis;

a) Que el Tribunal Colegido de Circuito dicte auto de incompetencia, pues considera que a la luz de los autos que integran el expediente laboral no es competente, sino lo es otro Tribunal Colegido de Circuito o bien un Juez de Distrito.

b) Puede ser que al dictar el auto inicial se acuerde tener por no interpuesta la demanda, bien porque el quejoso fue requerido por la autoridad responsable para que exhibiera las copias faltantes y no cumplió tal requerimiento.

c) Puede ser que el auto que se dicte sea de improcedencia por alguna de las causales establecidas en el artículo 61 de la L. A. o bien de sobreseimiento por alguna de las causales del artículo 63 de la misma Ley.

d) Auto aclaratorio.

e) Auto admisorio.

5. Requisitos de la demanda de amparo directo en materia del trabajo

La demanda de amparo, conforme a lo establecido por el artículo 175 de la L. A. debe reunir los siguientes requisitos: a) El nombre y domicilio del quejoso y de quien promueve en su nombre; b) El nombre y domicilio del tercero interesado; c) La autoridad responsable; d) El acto reclamado; e) La fecha en que se haya

notificado el acto reclamado al quejoso o aquélla en que hubiese tenido conocimiento del mismo; f) Los preceptos que, conforme a la fracción I del artículo 1o de esta Ley, contengan los derechos humanos cuya violación se reclame; y g) Los conceptos de violación.

Si recibida la demanda de amparo por conducto de la autoridad responsable y recibida por el tribunal Colegiado de Circuito que la resolverá, su presidente no encuentra motivo de improcedencia o defecto en el escrito de demanda, o si este último fuera subsanado, la admitirá y mandará notificar a las partes el acuerdo relativo, para que en el plazo de quince días presenten sus alegatos o promuevan amparo adhesivo, todo esto con fundamento en lo dispuesto por el artículo 181 L.A.

Cabe resaltar que actualmente existe la figura del llamado amparista adhesivo contemplado en el artículo 182 de la L.A. que dispone lo siguiente: La parte que haya obtenido sentencia favorable y la que tenga interés jurídico en que subsista el acto reclamado podrán presentar amparo en forma adhesiva al que promueva cualquiera de las partes que intervinieron en el juicio del que emana el acto reclamado, el cual se tramitará en el mismo expediente y se resolverán en una sola sentencia. La presentación y trámite del amparo adhesivo se regirá, en lo conducente, por lo dispuesto para el amparo principal, y seguirá la misma suerte procesal de éste.

6. El amparista adhesivo

El amparo adhesivo únicamente procederá en los casos previstos por el artículo 182 de la L.A. que establece:

“I. Cuando el adherente trate de fortalecer las consideraciones vertidas en el fallo definitivo, a fin de no quedar indefenso; y

II. Cuando existan violaciones al procedimiento que pudieran afectar las defensas del adherente, trascendiendo al resultado del fallo.”

Los conceptos de violación en el amparo adhesivo deberán estar encaminados, por tanto, a fortalecer las consideraciones de la sentencia definitiva, laudo o resolución que pone fin al juicio, que determinaron el resolutivo favorable a los intereses del adherente, o a impugnar las que concluyan en un punto decisorio que le perjudica. Se deberán hacer valer todas las violaciones procesales que se hayan cometido, siempre que pudieran trascender al resultado del fallo y que respecto de ellas, el adherente hubiese agotado los medios ordinarios de defensa, a menos que se trate de menores, incapaces, ejidatarios, trabajadores, núcleos de población ejidal o comunal, o de quienes por sus condiciones de pobreza o marginación se encuentren en clara desventaja social para emprender un juicio, y en materia penal tratándose del inculpado.

Con la demanda de amparo adhesivo se correrá traslado a la parte contraria para que exprese lo que a su interés convenga.

La falta de promoción del amparo adhesivo hará que precluya el derecho de quien obtuvo sentencia favorable para alegar posteriormente las violaciones procesales que se hayan cometido en su contra, siempre que haya estado en posibilidad de hacerlas valer.

El tribunal colegiado de circuito, respetando la lógica y las reglas fundamentales que norman el procedimiento en el juicio de amparo, procurará resolver integralmente el asunto para evitar, en lo posible, la prolongación de la controversia.

7. La suspensión del acto reclamado en el amparo directo laboral

Al presentar su demanda de amparo el quejoso debe pedir la suspensión del acto reclamado a efecto de que durante la tramitación del juicio no se ejecute dicho acto sino que se mantengan las cosas en el estado en que se encuentran a efecto de no ocasionarle daños de imposible reparación. Es decir, que el acto reclamado quede paralizado sin que puedan resolverse cuestiones relativas al fondo de la controversia pues preserva la materia del juicio.

En las palabras de la Suprema Corte de Justicia “es la paralización, la detención del acto reclamado, de manera que si éste no se ha producido, no nazca el derecho y, si se inició, no prosiga, no continúe, que se detenga temporalmente, que se paraliquen sus consecuencias o resultados, que se evite que éstos se realicen.”

El fundamento constitucional de esta figura son las fracciones X y XI del artículo 107 constitucional.

Ahora bien, para que proceda la suspensión que solicita el quejoso en esta clase de amparo, debe cubrir el monto que se le fije por parte de la Junta Federal o Local de Conciliación y Arbitraje en el caso del amparo directo, garantía que debe ser suficiente para garantizar el pago de la suerte principal, en concepto de daños, más las prestaciones que en derecho correspondan, tal como lo establece el artículo 190 de la L.A.

Independientemente de los artículos anteriores, también son aplicables a la suspensión en amparo directo, salvo el caso de la materia penal, los artículos 125, 128, 129, 130, 132, 133, 134, 135, 136, 154 y 156 de la L.A.

8. La contragarantía

Cabe preguntar, ¿será posible que el tercero perjudicado, pese a la suspensión otorgada al quejoso pueda llevar a cabo el acto reclamado? La respuesta es afirmativa, sin embargo y para lograrlo, debe otorgar una contragarantía gracias a la cual lo consiga, dicha contragarantía tiene la finalidad de restituir las cosas al estado que guardaban antes de la violación reclamada y pagar los daños y perjuicios que sobrevengan al quejoso, en el caso de que se le conceda el amparo. Con la excepción de que si el acto reclamado se ejecuta diera como resultado quede

sin materia el juicio de amparo o resulte en extremo difícil restituir las cosas al estado que guardaban antes de la violación.

El fundamento de la contragarantía son los artículos 133 y 134 de la L.A.

Cuando alguna de las partes que intervienen en el amparo directo otorgó garantía o contragarantía y llega a sufrir los daños y perjuicios que tal figura protege, la parte que la pretenda hacer efectiva deberá promover un incidente de liquidación en los términos previstos por el artículo 156 de la L.A., dentro de los seis meses siguientes al día en que surta efectos la notificación a las partes de la resolución que en definitiva ponga fin al juicio. De no presentarse la reclamación dentro de ese plazo y previa vista a las partes, se procederá a la devolución o cancelación, en su caso, de la garantía o contragarantía, sin perjuicio de que pueda exigirse dicha responsabilidad ante autoridad judicial competente.

Lo anterior significa que para hacer efectiva la garantía o contragarantía otorgada, debe tramitarse el correspondiente incidente de liquidación ante la propia autoridad responsable que es la Junta Local o Federal de Conciliación y Arbitraje que es la autoridad competente para decidir acerca de la suspensión del acto reclamado, debiendo dictar las medidas que sean necesarias para que la ejecución del laudo sea pronta y expedita. Al respecto el artículo 156 de la L.A. establece: Cuando se trate de hacer efectiva la responsabilidad proveniente de las garantías y contragarantías que se otorguen con motivo de la suspensión, se tramitará ante el órgano jurisdiccional que conozca de ella, por separado y en duplicado, un incidente en los términos previstos por esta Ley, dentro de los seis meses siguientes al día en que surta efectos la notificación a las partes de la resolución que en definitiva ponga fin al juicio. De no presentarse la reclamación dentro de ese plazo y previa vista a las partes, se procederá a la devolución o cancelación, en su caso, de la garantía o contragarantía, sin perjuicio de que pueda exigirse dicha responsabilidad ante autoridad judicial competente.

Un caso especial que debemos tomar en cuenta es el relativo a la garantía que históricamente han otorgado los patrones por el equivalente a seis meses de salario a favor de los trabajadores, pues este ha sido considerado como el tiempo promedio que dura la tramitación del juicio de amparo, tal como lo ha reconocido la jurisprudencia de la Corte y por el excedente de las prestaciones el órgano jurisdiccional concede la suspensión. El fundamento legal de tal disposición es el artículo 152 de la L.A. que establece: "Artículo 152. Tratándose de la última resolución que se dicte en el procedimiento de ejecución de un laudo en materia laboral la suspensión se concederá en los casos en que, a juicio del presidente del tribunal respectivo, no se ponga a la parte que obtuvo, si es la obrera, en peligro de no poder subsistir mientras se resuelve el juicio de amparo, en los cuales sólo se suspenderá la ejecución en cuanto exceda de lo necesario para asegurar tal subsistencia."

9. Los conceptos de violación

La parte medular de todo amparo y en este caso del amparo laboral son los conceptos de violación, es decir, mediante la argumentación lógico-jurídica correspondiente plasmada en esta parte de la demanda, la parte afectada demostrará al Tribunal Colegiado de Circuito que el laudo impugnado no se sujeta a las disposiciones constitucionales que han sido violadas, es decir, se rebatirán todos y cada uno de los fundamentos en los que se fundamenta el laudo o resolución que pone fin al juicio que se reclama, pudiendo transcribir los conceptos constitucionales que estime violados, sin rebatir en forma alguna los argumentos de la resolución reclamada cuando quien promueva el amparo sea el trabajador. Ahora bien, no debemos perder de vista que por disposición del artículo 107 fracción II constitucional y 181 de la L.A. si la demanda de amparo del trabajador es incompleta, el órgano jurisdiccional está facultado para suplir la deficiencia de la queja.

Respecto al patrón podemos decir que es de vital importancia razonar y justificar los conceptos de violación lo más claro y amplio posible, además de estar fundados y ser congruentes, pues si son simples afirmaciones el juzgador de amparo estará imposibilitado de examinarlos y si los llegara a examinar de hecho estaríamos en presencia de la suplencia de la queja deficiente a favor del patrón, lo que no es posible en nuestro medio.

No debemos perder de vista el hecho de que cuando el Tribunal Colegiado de Circuito esté examinando los alegatos presentados por las partes, por disposición del artículo 189 de L.A., el órgano jurisdiccional procederá al estudio de los conceptos de violación atendiendo a su prelación lógica y privilegiando en todo caso el estudio de aquellos que, de resultar fundados, redunden en el mayor beneficio para el quejoso. En todas las materias, se privilegiará el estudio de los conceptos de violación de fondo por encima de los de procedimiento y forma, a menos que invertir el orden redunde en un mayor beneficio para el quejoso.

10. Alegatos

Entendemos por alegatos, los razonamientos lógico jurídicos que hacen valer las partes ante el Tribunal Colegiado de Circuito para demostrar, desde su particular punto de vista que les asiste o tienen la razón en el juicio laboral que se ha tramitado e impugnan lo argumentado y demostrado por su contraria. Resaltando el hecho de que si una de las partes no formula alegatos o bien no quiere dar contestación a los de su contraria, no está obligado a hacerlo.

El artículo 181 de la L.A. les otorga el plazo de quince días para que presenten sus alegatos o promuevan el amparo adhesivo y una vez que haya transcurrido dicho plazo, conforme al artículo 183 de la L. A. dentro de los tres días siguientes el presidente del Tribunal Colegiado turnará el expediente al Magistrado Ponente

que corresponda, a efecto de que formule el proyecto de resolución, dentro de los noventa días siguientes. El auto de turno hace las veces de citación para sentencia

11. Resolución del amparo directo laboral

Una vez que las partes en el amparo directo han formulado sus alegatos o no creyeron pertinente hacerlo, el Tribunal Colegiado de Circuito estará en condiciones de dictar la sentencia correspondiente, al efecto, en los estrados del tribunal se publicará la lista de los asuntos que deban verse en la sesión correspondiente, cuando menos con tres días de anticipación, sin contar en ellos el de la publicación ni el de la sesión, al efecto, los artículos 185 y 186 de la Ley de Amparo establecen que el día señalado para la sesión, que se celebrará con la presencia del secretario quien dará fe, el Magistrado Ponente dará cuenta de los proyectos de resolución; el presidente pondrá a discusión cada asunto; se dará lectura a las constancias que señalen los magistrados, y, estando suficientemente debatido, se procederá a la votación; acto continuo, el presidente hará la declaración que corresponda y el secretario publicará la lista en los estrados del tribunal.

No debemos perder de vista que las resoluciones se tomarán por unanimidad o mayoría de votos. En este último caso, el magistrado que no esté conforme con el sentido de la resolución deberá formular su voto particular dentro del plazo de diez días siguientes al de la firma del engrose, voto en el que expresará cuando menos sucintamente las razones que lo fundamentan.

Transcurrido el plazo señalado en el párrafo anterior sin que se haya emitido el voto particular, se asentará razón en autos y se continuará el trámite correspondiente.

Si los asuntos son aprobados se procederá a la firma del engrose dentro de los diez días siguientes, en caso contrario, se podrán aplazar o retirar. En estos supuestos, se asentará a petición de quien y la causa que expuso. El asunto deberá listarse dentro de un plazo que no excederá de treinta días naturales.

Desde luego que toda sentencia dictada por el T.C.C. debe ser firmada por todos sus integrantes y por el secretario de acuerdos para posteriormente ser notificada por lista a las partes, salvo cuando proceda el recurso de revisión, en cuyo supuesto la notificación a las partes se hará en forma personal.

12. Conclusión

El amparo directo en materia del trabajo es el medio idóneo para impugnar los laudos dictados por las juntas federal o local de conciliación y arbitraje que lleguen a violar las garantías procesales a que tienen derecho las partes que intervienen en un determinado proceso, al efecto deben cumplir las diferentes etapas señaladas al efecto y ser muy cuidadosos en su tramitación, pues en caso de obtenerlo, el

resultado será retrotraer el asunto hasta la etapa en que se cometió la violación que afectó las defensas del quejoso.

Bibliografía

- BORELL NAVARRO, Miguel, *El juicio de amparo laboral*, décima ed., Ed. Sista, México, 2008.
- CASTRO Y CASTRO, Juventino V., *Garantías y Amparo*, décimaquinta ed., Ed., Porrúa, México, 2011
- CHÁVEZ CASTILLO Raúl, *El ABC del juicio de amparo*, Cuarta ed., Ed., Porrúa, México, 2007.
- DEL CASTILLO DEL VALLE, Alberto, *Derechos Humanos, Garantías y Amparo*, Segunda ed., Ed., Porrúa, México, 2011.
- Instituto de Especialización Judicial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Manual del Juicio de Amparo*, Tercera reimpresión, Themis, México, 1988.
- TAPIA, Felix y Ricardo de la Luz Tapia, *El Juicio de Amparo*, Primera ed., Ed., Porrúa, México, 2006.
- TENA SUCK, Rafael, *La suspensión del acto reclamado en materia laboral*, Primera ed., Ed., Trillas, México, 2005.
- TENA SUCK, Rafael, *Ley de Amparo comentada*, Primera ed., Ed., Sista, México, 2010.

Criminología y Criminalística, conocimiento necesario en los juicios orales*

Ana Gamboa de Trejo **

RESUMEN: En esta investigación se considera de suma importancia analizar dos de las disciplinas auxiliares del derecho penal: criminalística y criminología, con el propósito de insistir a los involucrados en un juicio oral de su conocimiento. No se dejan de lado otras disciplinas que de suyo tienen gran relevancia: política criminal, victimología, sociología criminal y penología.

Interesa reafirmar que, de acuerdo a la reforma constitucional de 2008, es en el artículo 20 constitucional, en donde se ubica el sistema acusatorio oral y específicamente en la fracción IV, que así lo señala : "El juicio se celebrará ante un juez que no haya conocido el caso previamente. La presentación de los argumentos y los elementos probatorios se desarrollará de manera pública,

ABSTRACT: In this investigation it is considered of extreme importance of analysing two of the auxiliary disciplines of the penal right: criminalistics and criminology; in order to insist those involved ones in an oral trial of their knowledge. The other disciplines of criminal policy that have great relevance are not left aside: victimology, criminal sociology and penologists.

It's interesting to reaffirm that according to the constitutional reform of 2008, it is in article 20 fraction IV where the oral accusatory system and in the is located specifically. It indicates that: "The judgment will take place before a judge who has not known the case previously and the probatory presentation of the arguments and elements will be conducted in a public,

* Artículo recibido el 20 de septiembre de 2014 y aceptado para su publicación el 8 de octubre de 2014.

** Doctora en Derecho. Doctora en Educación. Investigadora del Centro de Estudios sobre Derecho, Globalización y Seguridad de la Universidad Veracruzana. Docente de la Facultad de Derecho de la misma Universidad e Investigadora Nacional.

contradictoria y oral". Con esta disposición se hace evidente la importancia que el legislador le da al conocimiento y dominio de las partes involucradas en un juicio oral para su desahogo.

Palabras Claves: Reforma penal, juicio oral.

contradictory and oral way". This disposition makes evident that the legislator gives to the knowledge and dominion of the parts involved in an oral trial for his relief.

Key words: The penal Reformation. Oral judgment.

SUMARIO: Introducción. 1. La reforma penal. 2. Criminalística. 3. Criminología. Conclusión. Bibliografía.

Introducción

La reforma constitucional de 2008 trajo para la República Mexicana un gran avance jurídico, con ella no solo se ha propiciado una política criminal diferente cuyo propósito es eliminar el rezago en los miles de juicios en donde el Poder Judicial se ha visto rebasado. Como bien se sabe, toda reforma implica una serie de modificaciones a viejas prácticas en donde las partes involucradas muchas veces desconocen ser las piezas más importante en un juicio –sobre todo en el caso de las víctimas–; hoy, gracias a esta reforma, a cada quien se le da un lugar relevante. La reforma penal también obligó a la academia a la revisión de sus programas y planes de estudio, los abogados litigantes, alcanzados por estas modificaciones constitucionales, han sentido la preocupación de actualizarse y de reordenar su conocimiento con las disciplinas auxiliares del derecho penal, entre ellas: la criminología y la criminalística, también el procedimiento penal y, sobre todo, la argumentación jurídica.

En este artículo se destaca la importancia de la criminología y la criminalística y se señala que no solo compete a la parte acusatoria, por ejemplo, conocer de la criminalística, sino que dicho conocimiento debe de ser armonizado entre todos los involucrados en un juicio oral y, en el caso de la criminología, ponderar la situación del delincuente.

1. La reforma penal

Sin lugar a duda la reforma penal trajo para México su ingreso a la modernidad del derecho penal, de ahí la reforma constitucional de 2008 y la aparición en el escenario jurídico-penal mexicano de diferentes figuras cuya intervención será definitiva en la consecución de los juicios orales. Es por ello de trascendental importancia analizar de qué disciplinas se valdrán el o los involucrados en un juicio de esta naturaleza para llevarlo a cabo, el conocimiento indispensable y, más que eso, el dominio de dos de ellas: criminología y criminalística; sin dejar de lado la importancia de la política criminal, la victimología, la sociología criminal y la

penología. Si bien todas las disciplinas auxiliares del derecho penal son importantes, en el presente artículo solo se trata de explicar el papel que tienen en un juicio oral tanto la criminalística como la criminología.

Antes, habrá que diferenciar cada uno de los sistemas penales para situar la importancia de estas dos disciplinas auxiliares; para ello, ilustra el doctor Eduardo López Betancourt de la siguiente manera:

En el sistema inquisitivo impera o tiene relevancia esencial la verdad material; la privación de la libertad está sujeta al capricho de quien ostenta la autoridad y no es un derecho del acusado; además prevalece como fundamental la confesión, sin importar como se obtenga, e incluso puede lograrse mediante la tortura.

Por su parte, el sistema acusatorio permite la participación del Estado y el inculpado cuenta con medios de defensa, debido a ello se crea el llamado defensor de oficio.

El sistema mixto, como hemos destacado, otorga importantes avances, especialmente porque los órganos del Estado se hallan sujetos a la observancia de la sociedad; esto es, los juicios penales dejan de ser secretos para convertirse en públicos.

De acuerdo con el artículo 20 constitucional..., los principios que regirán el sistema penal, se relacionan con el sistema acusatorio, con orientación hacia el sistema mixto, en el que el juicio oral será relevante y se desarrollará por medio de audiencias públicas según los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación. La prueba anticipada en el sistema que señala el 20 constitucional tiene un aspecto fundamental: consiste en que para ser válida se debe cumplir con todos los requisitos formales y no se harán excepciones.¹

Los artículos constitucionales que fueron reformados son: 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 73, 115 y 123. Centraremos nuestra atención en el artículo 20, ya que en él se ubica el sistema acusatorio oral; es importante destacar que este artículo está dividido en tres partes: A. de los principios generales; B. de los derechos de toda persona imputada y C. de los derechos de la víctima o del ofendido. Es en el apartado A en donde se encuentra la lógica y aplicación del conocimiento de estas dos disciplinas:

A. De los principios generales.

I. El proceso penal tendrá por objeto el esclarecimiento de los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen;

¹ LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo, *Juicios orales en materia penal*, IURE editores, México 2011, p. 4.

- II. Toda audiencia se desarrollará en presencia del juez, sin que pueda delegar en ninguna persona el desahogo y valoración de las pruebas, la cual deberá realizarse de manera libre y lógica;
- III. Para los efectos de la sentencia sólo se considerarán como pruebas aquéllas que han sido desahogadas en la audiencia de juicio. La ley establecerá las excepciones y los requisitos para admitir en juicio la prueba anticipada, que por su naturaleza requiera desahogo previo;
- IV. El juicio se celebrará ante un juez que no haya conocido el caso previamente. La presentación de los argumentos y los elementos probatorios se desarrollará de manera pública, contradictoria y oral;
- V. La carga de la prueba para demostrar la culpabilidad corresponde a la parte acusadora, conforme lo establezca el tipo penal. Las partes tendrán igualdad procesal para sostener la acusación o la defensa respectivamente;
- VI. Ningún juzgador podrá tratar asuntos que estén sujetos a procesos con cualquiera de las partes sin que esté presente la otra, respetando en todo momento el principio de contradicción, salvo las excepciones que establece esta Constitución;
- VII. Una vez iniciado el proceso penal, siempre y cuando no exista oposición del inculpado, se podrá decretar su terminación anticipada en los supuestos y bajo la modalidad que determine la ley. Si el imputado reconoce ante la autoridad judicial voluntariamente y con conocimiento de las consecuencias, su participación en el delito y existen medios de convicción suficiente para corroborar la imputación, el juez citará a audiencia de sentencia. La ley establecerá los beneficios que se podrán otorgar al inculpado cuando acepte su responsabilidad;
- VIII. El juez sólo condenará cuando exista convicción de la culpabilidad del procesado;
- IX. Cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula, y
- X. Los principios previstos en este artículo se observarán también en las audiencias preliminares al juicio.

Como puede observarse, el legislador puso énfasis en los principios desde el punto de vista jurídico que se explican cómo: “Norma no legal supletoria de ella y constituida por doctrina o aforismos que gozan de general y constante aceptación de jurisconsultos y tribunales.”² Es decir, “debemos entender que los principios

² Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, t. II, 21ª ed., Espasa-Calpe, Madrid, 1999, p.1667

son fundamentos que devienen de ideas que han prevalecido en determinada época y que son útiles para la aplicación del derecho."³

Margarita Baladiez Rojo, enfatiza sobre este punto de la siguiente manera:

El derecho no se fundamenta en algo abstracto, ideal o trascendental, sino que tiene su origen en su propia comunidad. Lo que constituye el fundamento del Derecho son las convicciones o ideas jurídico-éticas de una comunidad (con independencia de cuál sea el fundamento concreto que inspira estas ideas). El problema se encuentra en determinar si para que esos valores tengan valor jurídico es necesario que el legislador los haya incorporado al ordenamiento a través de los distintos textos positivos (bien porque se inspire directamente en el mismo, o bien porque expresamente haya recogido en su articulado la existencia de ese valor jurídico); o si, por el contrario, estos valores jurídico-éticos de la comunidad constituyen, sin más, los principios jurídicos o los principios generales del Derecho.⁴

De manera personal, considero que esta es una explicación suficientemente clara para entender la razón por la cual en el caso del sistema acusatorio se incorpora los siguientes principios:

- a) El ciudadano tiene la facultad de acusar.
- b) Siempre hay alguien distinto del juez que presenta la acusación; de esta manera, el juez no puede actuar por iniciativa propia.
- c) Quien juzga es una especie de jurado popular, el cual ejerce el derecho, casi siempre en conciencia, para resolver si un acusado es culpable o no.
- d) También, por regla general, en este sistema hay una instancia única, esto es, las resoluciones del jurado popular no se pueden apelar.
- e) La libertad personal del acusado es un derecho absoluto de éste, la cual termina cuando hay una sentencia condenatoria.
- f) Existe total igualdad de derechos y deberes entre el presunto culpable y la parte acusadora, quien puede ser, la víctima o los ofendidos.
- g) El órgano juzgador (o sea, el juzgado popular) se limita a tener en cuenta los hechos debidamente probados durante el juicio.⁵

Bajo estos parámetros podemos deducir que debe existir una implicación directa en la opinión, argumentación y juicio en todos y cada uno de los participantes para

³ GAMBOA DE TREJO, Ana, *Derecho Penal*, ed. Oxford, México 2010, p. 29

⁴ BALADIEZ ROJO, Margarita, *Los principios jurídicos*, Tecnos, Madrid, 1997, p. 30

⁵ LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo, *Ob., cit.*, p. 2

dar solución al caso del que se ocupan y cuya competencia es del Derecho penal. Es decir, es necesario conocer los rudimentos de la criminalística y la criminología, ya que entre estas disciplinas hay grandes diferencias, pero que es importante su manejo y precisiones, por ir de por medio principios como la igualdad y bienes jurídicos tutelados por el propio derecho como la libertad y el patrimonio.

2. Criminalística

Ha quedado asentado como el legislador ha puesto atención en los medios probatorios, es decir, en el propio artículo 20 constitucional se insiste en que: “Para los efectos de la sentencia sólo se considerarán como pruebas aquéllas que han sido desahogadas en la audiencia de juicio (...)”⁶, de igual manera, el párrafo IV del ordenamiento jurídico señala: “La presentación de los argumentos y los elementos probatorios se desarrollará de manera pública, contradictoria y oral”⁷; y que

...la Constitución prevé reglas específicas para la admisión y valoración de las pruebas. Ellas son:

1. *Pruebas para efectos de la sentencia.* La regla general prevista en la fracción III del Apartado A, del artículo 20 es que para efectos de la sentencia solo se considerarán como prueba aquellas que hayan sido desahogadas en la audiencia de juicio. Esta disposición excluye el material probatorio que haya recabado el Ministerio Público en la etapa de la investigación y que no haya sido debidamente introducido en la audiencia de juicio oral. Con esto se acotan las atribuciones del Ministerio Público, que ya no podrá hacer valer para la sentencia las pruebas que él mismo propuso y desahogó, sin control judicial ni participación de la contraparte.

Las partes están obligadas a introducir por los medios procesales pertinentes – declaraciones de testigos, dictámenes de peritos, informes de investigadores- el material probatorio, de lo contrario, carecerá de valor y el Juez no podrá tenerlo en cuenta para motivar su fallo. El cambio en las reglas de producción de pruebas constituye uno de los aspectos más trascendentes de la reforma desde la perspectiva de las garantías individuales.⁸

Con lo anterior, en el presente trabajo solo se desea afirmar que, a través de esta reforma, se hace indispensable el conocimiento elemental de la criminalística por quienes estén involucrados en cada caso, sobre todo, que como sabemos la decisión recae en el juzgador, pero también en quien defiende y en quien acusa. Esta disciplina “la importancia que de suyo tiene, radica fundamentalmente en

⁶ Véase párrafo III del artículo 20 constitucional.

⁷ Véase párrafo IV del artículo 20 constitucional.

⁸ AZZOLINI BINCAZ, Alicia, *El sistema penal constitucional*, Ubijus Editorial, México 2012, p.49

proporcionar al juzgador elementos científicos probatorios a fin de que norme su criterio en el momento de emitir un juicio”⁹.

En este sentido, podemos afirmar que la criminalística es efectivamente una disciplina que necesariamente deberá ser tomada en cuenta para la investigación científica de los delitos; que se trata de una ciencia que penetra cada vez más en el Derecho. No es que se intente sustituir el juicio por peritaje, sino esclarecer a los jueces con los expertos, y reducir al mínimo la parte de impresión de incertidumbre, de subjetividad y de sentimentalismo.

Al afirmar también que la Criminalística es una técnica, en realidad se auxilia de un buen número de disciplina como: la dactiloscopia, grafología, balística, fotografía forense, serología, hematología, planimetría, por mencionar algunas que facilitan el esclarecimiento de los hechos; pero también es importante mencionar que recurre a varios métodos, según el caso lo requiera, como por ejemplo: métodos ópticos, químicos, físicos, eléctricos, biológicos; a fin de realizar el análisis de: manchas, huellas, proyectiles, pelos, sangre, sueros, tintas, falsificaciones, etc., todo ello a través de la recabación de indicios por expertos y el análisis de los mismos en un laboratorio.

Se sabe que hay diferentes medios probatorios y que el mismo código de procedimientos penales del estado de Veracruz así lo señala en su última reforma del 24 de agosto del 2006.

Artículo 3º.- El procedimiento tiene como finalidad:

I. Garantizar la legitimidad y eficacia de la acción penal que ejerza el Ministerio Público;

II. Que las partes aporten al juez las pruebas necesarias para que esté en posibilidad de dictar su resolución conforme a derecho;

(...)

Se desea centrar la atención en la prueba pericial, esto es recalcar la importancia de reunir el conocimiento de tantos especialistas como sea necesario –peritos– quienes deberán trabajar con las prácticas adecuadas para el caso y, sobretodo, avaladas por la ciencia.

La importancia que revisten los dictámenes, proporcionados por los expertos corrobora la importancia del conocimiento de la materia; conocimiento que no debe ser exclusivo del personal calificado porque tanto el juzgador como las partes están obligados a interpretar los mismos, de tal suerte que, si se ignora la criminalísticas, sus contenidos, técnicas y métodos, se estará dentro de un juicio oral sin más oportunidad que la de escuchar sin comprender.

⁹ GAMBOA DE TREJO, Ana, *Criminalística: utilidad e importancia, (proposición metodológica)*, UV., Xalapa, Ver., p. 9

Eugenio Florián, en su libro *De las pruebas penales*, da la pauta para entender por qué es importante estudiar los medios probatorios:

El juez puede procurarse por sí mismo el objeto de la prueba y en esa forma entrar en contacto con él; es decir, puede aprehenderlo directamente, con sus propios sentidos y mediante sus percepciones personales. Los demás sujetos procesales pueden aprehender el objeto de prueba en la misma forma, junto con el juez, con concomitancia inmediata, o también más tarde, basándose en informes suministrados por aquél. Pero el factor esencial y decisivo sigue siendo siempre el juez, por medio del cual se realiza la percepción del objeto, ya que es el juez a quien corresponde certificar acerca del modo como se efectuó la percepción de los resultados de ésta. Sin embargo la aspiración racional es que el conocimiento se realice conjuntamente y en el mismo momento tanto por el juez como por las partes.¹⁰

Interesa insistir en que para efecto de comprender la utilidad que deben tener para las partes las pruebas, que por supuesto es el objeto de estudio principal de la criminalística, éstas se dividen en: pruebas directas, indirectas e indiciarias, las cuales se explicarán una a una:

Prueba directa:

Desde el momento en que se hace la primera formulación de la hipótesis en torno a un caso concreto, en donde el objeto inmediato es el delito, como ya se dijo, estamos en posibilidad de hablar de una *prueba directa*. Por ejemplo, si ponemos en la comisión de un homicidio a la persona que presenció la comisión de un ilícito, está en posibilidad de testimoniar de la manera cómo se cometió el crimen. Aquí se da el caso de una *prueba testimonial directa*.

Prueba indirecta:

En cuanto a esta prueba, la diferencia radica en estar en la hipótesis de que el objeto inmediato es distinto al delito y de cuyo análisis podemos deducir del propio ilícito.

Prueba indiciaria:

Los indicios son: “hechos, datos o circunstancias ciertos y conocidos de los que se desprende, mediante la elaboración lógica, la existencia de otras circunstancias, hechos o datos desconocidos”.¹¹

Los indicios son el material sensible que cobra sentido al momento de que son recabados, deben ser suficientemente razonados, haciéndose evidentes dentro del mecanismo probatorio. Es el resultado de una larga pero consistente búsqueda científica en donde el elemento principal es el razonamiento lógico, con la finalidad

¹⁰ FLORIÁN, Eugenio, *De las pruebas penales*, t. I, (Parte general), Temis, Bogotá, Colombia, 1968, p. 128

¹¹ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Curso de derecho procesal penal*, Porrúa, 2ª. ed., México, 1977, p- 331

de constatar y comprobar los hechos delictivos. La comprobación de los indicios requiere de atención especial; es decir, para probar la veracidad de los mismos se recurrirá, si el caso así lo requiere, a la intervención de ciencias como: la física, la química o la biología; siempre bajo la tutela de un experto; de esta forma, los resultados proporcionados por el criminalista tendrán que relacionarse con otro tipo de pruebas como son: la testimonial y la confesional. De tal suerte que los indicios “tienen como punto de partida hechos supuestamente establecidos, de los que se trata de extraer su relación con el hecho objeto de investigación: incógnita a determinar, hipótesis a verificar, información a complementar.”¹²

La objetividad e imparcialidad del manejo de los indicios radica principalmente, en la pericia de quien los manipula. Es indiscutible que este tipo de prueba tiene que ser puesta en mano de los expertos, caso contrario, se contamina y pierde su importancia; en cuanto a que debe ser imparcial es porque no deben interferir otras consideraciones que distraigan el propio objeto de estudio.

Así, la criminalística la hemos definido como: “la ciencia auxiliar del penalista interesado en la investigación de los delitos, aplicando las técnicas en análisis del material sensible (indicios), para a su vez, proporcionar los elementos suficientes al juzgador a fin de esclarecer el ilícito de que se trate y determinar la responsabilidad del inculcado.”¹³

Finalmente, incluimos las recomendaciones que hace el doctor Luis Rafael Moreno González, con relación a la actitud científica que debe asumir el perito:

- a) *Inquisitiva*, en cuanto que el perito debe ser tenaz buscador de la verdad técnica, entendiéndose por tal verdad el conocimiento de los hechos a que él puede llegar mediante la aplicación de un procedimiento o instrumento dado. Esta verdad técnica es una ‘verdad real’, que posteriormente debe ser transformada en ‘verdad legal’ por el órgano encargado de administrar justicia.
- b) *Objetiva*, en cuanto que debe con la máxima exactitud posible observar escrupulosamente la realidad, en cuanto que debe someterse plena y fielmente a los datos de la misma.
- c) *Rigurosa*, en cuanto a que debe avanzar en el curso de la investigación apoyándose en datos perfecta e inequívocamente comprobados, distinguiendo con precisión lo que es un dato cierto, lo que es una simple probabilidad y lo que es pura hipótesis.
- d) *Crítica*, en cuanto que debe siempre evaluar los procedimientos utilizados en su labor investigativa, los resultados obtenidos y las teorías formuladas.

¹² CECCALDI, Pierre-Fernand, *La criminología, (Que sais-je)*. Oikos-tau, Barcelona, 1971, p. 219

¹³ Esta definición la explicamos en detalle en el libro de nuestra autoría: *Criminalística: utilidad e importancia, (proposición metodológica)*, ed. UV., Xalapa, Ver., México.

[...] la actitud crítica rechaza todo apriorismo, todo prejuicio, toda finalidad preconcebida, que perturban la interpretación objetiva de los hechos.

En resumen: el perito debe estar capacitado para la gran actividad creadora de la crítica en que es observador, naturalista y, por tanto, hombre de ciencia

e) *Probabilística*, es cuanto que debe tener presente que toda teoría o conocimiento están sujetos al principio de reformabilidad.¹⁴

3. Criminología

En el presente, la criminología se ocupa de las variantes del fenómeno delictivo, sus autores y, por qué no decirlo, sus instituciones. En el pasado y en el inicio de esta disciplina, la preocupación de sus creadores se limitaba a determinar el grado de peligrosidad del delincuente de manera multifactorial, de ahí la visión tridimensional del mismo, visto desde el punto de vista biológico, sociológico y psicológico, es decir, el objeto principal de estudio era el autor del delito, su finalidad era transformarlo, reeducarlo, rehabilitarlo al interior de una prisión, que servía de recinto para albergar a los más peligrosos, sujetos a recomponer su conducta, a través de la enseñanza-aprendizaje de un oficio. El delincuente era un enfermo social que mediante un diagnóstico y un tratamiento adecuado llevado dentro de las paredes de una celda, daría óptimos resultados, como esperar la rehabilitación del prisionero y tener la certeza de reinsertarlo socialmente sin ningún riesgo para los demás.

Pero esta visión se ha convertido en una visión romántica, que solo se lee en los códigos penales mexicanos. La realidad es otra. Porque sabemos que al interior de las prisiones, que sería el lugar idóneo para llevar a cabo la rehabilitación del delincuente para después reinsertarlo a la sociedad, la institución no garantiza tal rehabilitación; sino por el contrario, su estado actual indica que esto no es posible por el desorden que al interior de la misma prevalece.

De tal suerte que la crisis del sistema penitenciario obstruye el accionar de esta criminología y el cumplimiento de sus objetivos, aun cuando se sabe que está plenamente legitimada.

Hoy interesa saber a la gran mayoría la delincuencia y la reacción social e institucional hacia la misma, cuáles son las políticas preventivas a nivel general, porque se sabe que la especial, que es la prisión, se ha significado por un fracaso total. No hay continuidad en los programas, si alguno de ellos ha sido exitoso, éste se ignora por desconocimiento de su aplicación; no interesa la preparación del personal que labora en su interior, se favorece el autogobierno y se fomenta del interior de las prisiones hacia fuera la inseguridad, lo que resulta no solo complejo sino paradójico.

¹⁴ MORENO GONZÁLEZ, Luis Rafael, "Actitud científica del perito en criminalística", en *Antología de la investigación criminalística*, Inacipe, México 2001, p. 200

Antes de la reforma constitucional, el artículo 18 solo recomendaba que a través del trabajo y la educación era posible la readaptación del delincuente, ahora, se incluye el deporte y la salud, así como la idea de construir prisiones cercanas al domicilio del prisionero. Esta última propuesta del legislador podría considerarse humana para el reo y sus familiares, pero en la aplicación de esta reforma se deja ver como el estado a través de sus operarios mantiene la idea de control a través de la intimidación y ejemplificación entendida como prevención general, es decir, apartando del lugar de origen al delincuente y enviándolo a prisiones de “máxima seguridad”, construidas pensando en reprimir de esta manera la delincuencia organizada. Así lo señala el propio artículo 18 constitucional actualmente:

...Para la reclusión preventiva y la ejecución de la sentencia en materia de delincuencia organizada se destinarán centros especiales. Las autoridades competentes podrán restringir las comunicaciones de los inculcados y sentenciados por delincuencia organizada con terceros, salvo el acceso a su defensor e imponer medidas de vigilancia especial a quienes se encuentren internos en estos establecimientos. Lo anterior podrá aplicarse a otros internos que requieran medidas especiales de seguridad, en términos de la ley.¹⁵

A pesar de que los estudios de esta ciencia auxiliar se han limitado a entenderla como la disciplina que vendría a resolver el problema de los criminales, concentrándose al interior de una prisión y tratando de justificarse como tal, lo cierto es que su interés debe ser puesto en la sociedad, por ello es inadmisibles confundirla con la criminalística cuyo objeto de estudio es diferente.

Pero la reforma constitucional continúa avalando una prevención general cuya finalidad es que el resto de los gobernados –que no están en prisión- entiendan las consecuencias que acarrea el ingreso a las filas del crimen organizado, es decir, prevenirlo a través de la represión, pero más que nada a través de la capitalización que se hace de esta represión e intimidación. La persecución de los delincuentes se magnifica a través de los medios masivos de comunicación y en un segundo la población entra en pánico por el actuar de la policía que con lujo de detalles repelen cualquier agresión que les resulte sospechosa, infundiendo miedo e inseguridad en quienes se les ocurrió visitar a un amigo o salir a cenar; esta actitud policial persecutoria que es exaltada en las calles de cualquier ciudad y a su vez reproducida con la inmediatez de las redes sociales, provoca un “toque de queda virtual” o de boca a boca, que no es otra cosa que mantener una política criminal desfasada totalmente de la modernidad, en donde el administrador de justicia exhibe su desconocimiento de lo que se ha reformado jurídica y socialmente.

¹⁵Crf., último párrafo del artículo 18 constitucional

La nueva criminología propuesta está situada en lo humano. En el pensar en los ciudadanos que no han delinquido y evitar insertarlos en un derecho penal del enemigo, porque entonces pareciera que todos somos delincuentes y que nuestros derechos humanos como la libertad son transgredidos por las acciones de una policía que obedece órdenes de reprimir el delito de manera absolutista, dejando de lado el principio de humanidad.

Carlos Alberto Elbert, criminólogo argentino cuando se refiere en uno de sus acápites a “La técnica del exceso policial y la administración rentable del delito y la marginalidad” que forma parte de su libro: *Criminología Latinoamericana*, señala:

La metodología del ‘muestreo de sospechosos’ actual impone que la investigación policial interrogue a muchos inocentes hasta dar con un presunto culpable de algo, y este trabajo es lento y agotador, frustrante, necesitado de descargas emocionales de tensiones acumuladas, que desembocan en apremios

Sería sobreabundante detallar aquí los escándalos públicos desatados por abusos de policías de todo el mundo en cumplimiento real o aparente de sus funciones. Sin embargo, debe decirse que en los países latinoamericanos *tales abusos constituyen casi una modalidad natural por lo frecuente y desembozada*, y ello provoca en nuestras sociedades un difundido temor y desconfianza hacia los funcionarios públicos.

[...] Los excesos pueden ser una práctica con numerosas variantes que pueden tener origen aislado en algunos funcionarios, mediante incondicionales a su mando, o en grupos subordinados que lo practican en ignorancia de sus jefes o, lo que es peor aún, puede resultar de directivas y entrenamientos expresamente orientados por los superiores, al servicio de finalidades políticas, económicas e incluso delictivas, en beneficios de jerarcas o figuras poderosas.¹⁶

Justamente la criminología de hoy se inserta en este nuevo paradigma que va a la par de los tiempos y que sin duda, al igual que la criminalística, trata de encontrar respuesta para prevenir, indagar y aminorar la delincuencia.

Conclusión

Tanto la criminalística como la criminología, que forman parte de las llamadas ciencias auxiliares del derecho penal, se encuentran previstas en la reforma penal de 2008, reforma que constituyó un reacondicionamiento en el propio derecho como es el caso de los artículos 20 y 18 constitucional, en donde de manera puntual se hace referencia tanto a los medios probatorios como a la política criminal preventiva.

¹⁶ ELBERT, Carlos Alberto, *Criminología Latinoamericana*, ed., Universidad, Buenos Aires, p. 248

Se justifica el no haber hecho comentarios sobre las demás ciencias auxiliares por la limitación del espacio, si bien se sabe que la política criminal, la victimología, sociología y psicología criminal son tan importantes como las dos que brevemente se han comentado y que se centran todas ellas en alcanzar la paz pública.

Interesó dejar en claro las diferencias, ya que es común su confusión, sin embargo, se ha visto como su objeto de estudio es diferente y que ambas se deben conjugar al momento de intervenir en un juicio oral. El conocimiento y las diferencias de estas disciplinas, obliga a cada una de las partes que intervienen en un juicio oral, en su dominio, es por ello que se justifica hacer estos planteamientos por considerar indispensable su intervención.

Bibliografía

- AZZOLINI BINCAZ, Alicia, *El sistema penal constitucional*, Ubijus Editorial, México 2012.
- BALADIEZ ROJO, Margarita, *Los principios jurídicos*, Tecnos, Madrid, 1997.
- CECCALDI, Pierre-Fernand, *La criminología, (Que sais-Je)*. Oikos-tau, Barcelona, 1971.
- Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española, t. II, 21ª ed., Espasa-Calpe, Madrid, 1999.
- ELBERT, Carlos Alberto, *Criminología Latinoamericana*, ed., Universidad, Buenos Aires, 1999.
- FLORIÁN, Eugenio, *De las pruebas penales*, t. I, (Parte general), Temis, Bogotá, Colombia, 1968.
- GAMBOA DE TREJO, Ana, *Derecho Penal*, ed. Oxford, México 2010.
- , *Criminalística: utilidad e importancia, (proposición metodológica)*, UV., Xalapa, Ver., México., 2000
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Curso de derecho procesal penal*, Porrúa, 2ª. ed., México, 1977.
- LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo, *Juicios orales en materia penal*, IURE editores, México 2011.
- MORENO GONZÁLEZ, Luis Rafael, "Actitud científica del perito en criminalística", en *Antología de la investigación criminalística*, Inacipe, México 2001.

Legisgrafía

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Código Penal y de Procedimientos Penales del Estado de Veracruz

Por una Ley General de Educación Superior para México*

Jaqueline Jongitud Zamora **

Resumen: En el documento se estudia el deber de adoptar disposiciones de derecho interno como una de las obligaciones de protección de los derechos humanos a cargo de los Estados. Posteriormente identifica a la enseñanza superior como un derecho específico del derecho a la educación y muestra por qué y en qué aspectos la regulación mexicana en torno a ésta resulta insuficiente a la luz de los estándares internacionales aplicables al derecho a la educación superior, sustentando a partir de esto, y de las particularidades que presenta este tipo educativo, la necesidad de crear una Ley General de Educación Superior.

Palabras clave: derecho a la enseñanza superior, derechos humanos, obligación de proteger, deber de legislar, derecho a la educación.

Abstract: paper examines the duty to adopt domestic law as an obligation to protect human rights by States. Subsequently identifies higher education as a specific right of the right to education and shows why and in what sense the Mexican regulation around it is insufficient according to the use of international standards of higher education, supporting from this, and the peculiarities of this type of education, the need for a General Law on Higher Education.

Keys word: right to higher education, human rights, obligation to protect, duty to legislate, the right to education.

* Artículo recibido el 4 de agosto de 2014 y aceptado para su publicación el 19 de septiembre de 2014.

** Investigadora del Centro de Estudios sobre Derecho, Globalización y Seguridad de la Universidad Veracruzana, miembro del Sistema Nacional de Investigadores del CONACyT y docente de la Facultad de Derecho de la Universidad Veracruzana.

SUMARIO: Introducción. 1. La obligación de protección en materia de derechos humanos; 2. El deber de legislar como obligación de protección a cargo del Estado; 3. La enseñanza superior como derecho educativo específico, en el marco del derecho internacional de los derechos humanos; 4. Regulación de la educación superior en México; 5. Obligación de adoptar disposiciones de derecho interno y derecho a la educación superior en México.

Introducción

La educación es, sin duda alguna, uno de los medios más potentes y más básicos para conseguir cambios cualitativos en una sociedad. Ella, cuando es recibida e impartida a partir del referente de los derechos humanos (DDHH) guarda una relación estrecha con las posibilidades reales de auto-realización de las personas, con la comprensión, el respeto y la exigencia de los propios derechos y de los derechos de los demás.

Algunos de los principales y más lacerantes problemas que enfrentan las sociedades actuales (discriminación, desigualdad, violencia, trata de personas, etc.), encuentran su base, en parte, en el escaso acceso a la educación, o bien, a la falla estructural de sistemas educativos que no han conseguido que la educación pase de un nivel meramente formal a otro de tipo transformador.

Desde el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) se han generado estándares que pretenden orientar sobre los mínimos a satisfacer por los diversos tipos de educación que existen, siendo uno de ellos la enseñanza superior, la cual es objeto de este estudio. En tal sentido, para el desarrollo de este estudio se ha aplicado el método de desempaque de derechos¹ y se ha utilizado el marco teórico y conceptual proveído por el DIDH.

Bien se sabe que la generación de normas jurídicas no constituye por sí un cambio en la realidad, pero si pueden considerarse como un primer paso, como un primer esfuerzo o como un punto de partida para la transformación. De ahí que este documento plantee desde el DIDH cuáles son las omisiones legislativas en México respecto al derecho a la enseñanza superior, y por ende, cuáles son los elementos de este derecho que están siendo ignorados o que se encuentran carentes de protección en la legislación nacional y que pueden estar afectando la efectiva realización del derecho a la educación superior.

1. La obligación de protección en materia de derechos humanos

¹ El método de desempaque de derechos indica que para la elaboración clara y detallada de la definición de un derecho humano es necesaria la identificación de sus diferentes componentes y atributos. Esto es posible a través de la identificación y sistematización de las obligaciones, elementos esenciales y principios exigibles respecto al derecho en estudio, de conformidad con las diferentes fuentes del DIDH: tratados, convenciones, pactos, observaciones generales, opiniones consultivas y criterios jurisprudenciales, entre otros. *Vid.*, al respecto: VÁZQUEZ, Daniel y DELAPLACE, Domitille, *Guía de estudio políticas públicas con perspectiva de derechos humanos. Maestría en derechos humanos y Democracia*. 2010 – 2012, Flacso, México, 2011.

En el marco del DIDH son tres las obligaciones a cargo de los Estados: 1) las obligaciones generales en materia de DDHH; 2) las obligaciones específicas correspondientes a los elementos institucionales esenciales del derecho humano del que se trate; y, 3) las obligaciones que derivan de los principios de aplicación de los DDHH.

Excede por mucho el alcance y propósito de este escrito el detenerse al estudio o análisis de los elementos esenciales,² los principios de aplicación³ o las obligaciones generales a cargo de los Estados en materia de DDHH,⁴ razón por la cual este texto se concentra en la obligación general que constituye su punto de partida, esto es, el deber de protección de los DDHH a cargo de los Estados para, posteriormente, analizar sus implicaciones en el derecho a la enseñanza superior, en particular respecto a la generación de un marco jurídico que sienta las bases para su protección.

La obligación de protección en materia de DDHH implica que todos los agentes del Estado, de todos los niveles de gobierno (federal, estatal y municipal), en el ámbito de sus competencias (legislativas, ejecutivas o judiciales), deban generar el andamiaje jurídico, institucional y de políticas públicas que prevengan violaciones a los DDHH, tanto por parte de los particulares como de ellos mismos.

En tal orden de ideas, la protección de los DDHH involucra, entre muchas otras acciones, las tareas de generar mecanismos procesales para su ejercicio, establecer mecanismos de investigación ante su posible violación, generar protocolos de actuación para su no vulneración, fijar sanciones específicas para aquellos servidores públicos o particulares que los vulneren, fiscalizar y supervisar que se dé cumplimiento a las condiciones requeridas⁵ para su efectiva realización y capacitar a todo servidor público respecto a las obligaciones específicas que debe cumplir como vía de protección de los derechos de las personas.

De todas las obligaciones específicas de protección posibles a cargo del Estado, en este documento interesa desarrollar la obligación de adoptar medidas legales, la cual se consagra, entre otros instrumentos internacionales de DDHH, en el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y en el artículo 2 del Protocolo adicional de la CADH en materia de derechos económicos, sociales y culturales; así como en el artículo 2.1 del Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales y en el artículo 2.2 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos.

2. El deber de legislar como obligación de protección a cargo del Estado

² A saber: accesibilidad, disponibilidad, adaptabilidad y aceptabilidad.

³ Igualdad y no discriminación, progresividad y prohibición de regresividad, satisfacción del mínimo vital y el uso máximo de los recursos disponibles.

⁴ A saber: respetar, proteger y garantizar (promover y tomar medidas).

⁵ Materiales, humanas y de infraestructura, entre otras.

De la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CrIDH) se desprenden cinco criterios básicos respecto al deber estatal de legislar en materia de DDHH:

Primero, el criterio de que el deber de adoptar disposiciones de derecho interno es de exigencia inmediata, es decir, que implica que una vez adoptado un tratado internacional de DDHH por un Estado, éste debe proceder de inmediato a las modificaciones o adecuaciones necesarias de su derecho interno para asegurar el cumplimiento de las obligaciones asumidas.⁶ Lo cual es coherente con el principio internacional de imposible alegación del derecho interno como justificación del incumplimiento de obligaciones internacionales,⁷ y se complementa en sus efectos jurídicos internacionales con las resoluciones a casos interamericanos como los de Panel Blanca, Apitz Barbera y Barreto Leiva, en los que las decisiones de la CrIDH apuntan a la necesaria adecuación del orden interno de los Estados sentenciados al contenido de la CADH.⁸

Segundo, el criterio de legislar a favor de la CADH, o en forma extensiva el de legislar en pro de los instrumentos internacionales de DDHH que haya suscrito el Estado en cuestión, pues los Estados al firmar y ratificar documentos de tal naturaleza se han comprometido a interpretarlos de buena fe (teniendo en cuenta su objeto y fin)⁹ y a adoptar todas aquellas disposiciones de derecho interno que permitan la efectividad y goce de los derechos en ellos consagrados.¹⁰

Tercero, el criterio de que la obligación de legislar a cargo del Estado tiene dos vertientes. Por un lado, la expedición de normas dirigidas a la efectiva realización de los DDHH y por otro, la supresión de normas de cualquier naturaleza que entrañen violación a los derechos previstos en la CADH o en cualquier tratado suscrito que los consagre.¹¹

⁶ Vid., CrIDH, Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, Fondo Reparaciones y Costas, Sentencia 17 de junio de 2005, Serie C No. 125, párrafo 100; CrIDH, Caso Acosta Calderón vs. Ecuador, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 24 de junio de 2005, Serie C No. 129, párrafo 138; CrIDH, Caso Caesar vs. Trinidad y Tobago, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 11 de marzo de 2005, Serie C No. 123, párrafo 93.

⁷ Vid., art. 27 de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados.

⁸ CrIDH, Caso de la "Panel Blanca" (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2001, Serie C No. 76, párrafo 203; CrIDH, Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 5 de agosto de 2008, Serie C No. 182, párrafo 253; y, CrIDH, Caso Barreto Leiva vs. Venezuela, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 17 de noviembre de 2009, Serie C No. 206, párrafo 134.

⁹ Vid., art. 31 de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados.

¹⁰ Vid., CrIDH, Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 2 de febrero de 2001, Serie C No. 72, párrafo 183; CrIDH, Caso Bulacio vs. Argentina, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 18 de septiembre de 2003, Serie C No. 100, párrafo 142.

¹¹ Vid., CrIDH, Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) vs. Costa Rica, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 28 noviembre de 2012, Serie C No. 257, párrafo 335.

Cuarto, un par de criterios íntimamente ligados al anterior y entre sí son los que apuntan a que los Estados deben evitar promulgar leyes que impidan el libre ejercicio de los DDHH, y deben, a la vez, evitar que se supriman o modifiquen aquellas leyes que los protejan.¹²

Quinto, el criterio de no legislar en contra de la CADH, el cual supone por extensión o añadidura que el Estado tiene la obligación de no dictar leyes que sean contrarias a los criterios y principios consagrados en el DIDH.¹³

De los criterios expuestos interesa recuperar dos: el de la exigencia inmediata de la adopción de disposiciones de derecho interno para la efectiva protección de los DDHH y el de que las medidas legislativas adoptadas deben ser compatibles y armónicas con el DIDH, pues son ellos los que fundamentan los planteamientos que se realizan en los siguientes acápites.

3. La enseñanza superior como derecho educativo específico, en el marco del derecho internacional de los derechos humanos

El derecho a la educación es reconocido por los más importantes instrumentos de DDHH;¹⁴ abordado por todos los tratados que forman parte del sistema de tratados de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y analizado en diversas observaciones generales de los comités de seguimiento de tratados de dicha organización.

Los instrumentos internacionales han dotado a la educación de una teleología bajo la cual ésta debe tender al pleno desarrollo de la personalidad humana, del sentido de su dignidad y autoestima; al fortalecimiento del respeto de los DDHH y libertades fundamentales; a favorecer la comprensión, la tolerancia y amistad entre las naciones y todos los grupos étnicos y religiosos; a promover el espíritu de igualdad entre los sexos; a capacitar a las personas para participar de forma efectiva en una sociedad libre; a combatir y erradicar la discriminación; a promover la paz y el desarrollo y, a inculcar en los educandos el respeto por el medio ambiente. En tal línea de ideas, la educación es mucho más que una escolarización oficial y engloba experiencias y procesos de aprendizaje que ayuden

¹² CrIDH, Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 30 de mayo de 1999, Serie C No. 52, párrafo 207.

¹³ *Vid.*, CrIDH, Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 21 de junio de 2002, Serie C No. 94, párrafo 113.

¹⁴ *Vid.*, por ejemplo: Art. 26 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; art. 5 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial; art. 29 de la Convención sobre los Derechos del Niño; art. 24 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; art. 5 de la Convención relativa a la lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza; art. XII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; art. 3 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos y art. 13 del Protocolo adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

a desplegar la personalidad, dotes y aptitudes para alcanzar una vida plena y satisfactoria en el seno de la sociedad.¹⁵

La educación es a un mismo tiempo un derecho económico, social, cultural, civil y político, pues se sitúa en el centro de la realización plena y eficaz de todos los DDHH y es el epítome de la indivisibilidad e interdependencia de los DDHH.¹⁶ Hoy día es suficiente la evidencia empírica que demuestra que más y mejor educación tienen una incidencia positiva en la realización efectiva de los DDHH y que, a la inversa, la deficiencia o incumplimiento de este derecho juega en contra de la realización de los derechos de las personas.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC) de la ONU señaló en su observación general número 13 que el derecho a la educación incluye, al menos, el derecho a recibir educación, el derecho a la enseñanza primaria, el derecho a la enseñanza secundaria, el derecho a la enseñanza técnica y profesional, *el derecho a la enseñanza superior*, el derecho a la educación fundamental y el derecho a la libertad de enseñanza.¹⁷

Lo anterior ligado al desarrollo de la observación general preindicada, lleva al entendimiento de que el *derecho a la enseñanza superior* es un derecho educativo específico del derecho a la educación cuyo núcleo duro apunta a que el Estado debe facilitar el acceso a ésta a todas las personas, bajo el principio de igualdad y no discriminación y en función de los méritos y capacidades de cada una de ellas, buscando en todo tiempo la implantación progresiva de su gratuidad.

Además, cabe decir que la *enseñanza superior* debe ajustarse a la teleología del derecho a la educación en general, pero que en razón de las características particulares que presenta ha de atender a un fin particular que es contribuir al desarrollo sostenible y al mejoramiento del conjunto de la sociedad. Justo de esto deriva que las funciones sustantivas que realizan las Instituciones de Educación Superior -IES- (docencia, investigación, extensión y difusión de la cultura) deban sentar las bases para el aprendizaje a lo largo de la vida, atender a las necesidades sociales (presentes y futuras) y, deban promover, generar y difundir conocimientos (a través de la investigación) que provea a los estudiantes del nivel superior de competencias significativas y útiles que les permitan contribuir al desarrollo económico, político, social y cultural de la sociedad en su conjunto y con incidencia prioritaria en los contextos en los que las IES prestan sus servicios.

Lo anterior, en el marco de lo que hasta el momento ha sido expuesto, supone que el Estado debe generar disposiciones de derecho interno que protejan de forma efectiva el *derecho a la enseñanza superior* y que éstas respondan a los criterios jurídicos y estándares internacionales que emergen desde el DIDH.

¹⁵ Comité de los derechos del niño de la ONU, *Observación general núm. 1. Párrafo 1 del art. 29: propósitos de la educación*, 2001, párrafo 2.

¹⁶ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación general Núm. 11. Planes de acción para la enseñanza primaria (art. 14)*, 1999, párrafo 2.

¹⁷ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación general Núm. 13. El derecho a la educación (art. 13)*, 2000.

4. Regulación de la educación superior en México

Del vasto desarrollo normativo en educación del país, poco está orientado a la regulación de la enseñanza superior. La constitución federal se limita a fijar el régimen de las universidades autónomas del país, referenciar la regulación de las relaciones laborales entre éstas y sus trabajadores, a plantear un medio de validación de los títulos profesionales emitidos por ellas (art. 3º, fracción VII y art. 5) y a establecer la obligación estatal de promover y atender la educación superior (art. 3º, fracción V).

La Ley General de Educación, como norma especial en materia educativa, sólo atiende a la educación superior a efectos de señalar que el Estado debe promoverla y atenderla (art. 9); para estipular que ésta es parte del sistema educativo nacional (art. 10), definirla y precisar los estudios que la integran (art. 37, tercer párrafo); indicar que las IES autónomas se regulan por sus propias leyes (art. 1, segundo párrafo); que compete a la Secretaría de Educación Pública (SEP) evaluar este nivel educativo (art. 29, segundo párrafo) y que al menos el 1% del producto interno bruto debe ser destinado a la investigación científica y al desarrollo tecnológico en las IES públicas (art. 25).

La Ley para la Coordinación de la Educación Superior determina que el desarrollo de las IES debe atender a prioridades nacionales, regionales y estatales (art. 3-5 y 7); que los tres niveles de gobierno pueden prestar educación superior en su jurisdicción (art. 8 y 16); pero que compete a la Federación (art. 12, fracciones I, III y IV) coordinar la vinculación entre planeación educativa y objetivos, lineamientos y prioridades de desarrollo nacional (art. 21).

La Ley Federal del Trabajo dispone (art. 353J a 353U) que el personal académico y administrativo de las IES autónomas cuenta con los derechos mínimos de evaluación para su ingreso, sindicación, huelga y seguridad social.

La Ley Orgánica de la Administración Pública Federal dispone que corresponde a la SEP organizar, vigilar y desarrollar la enseñanza superior y profesional del país (art. 26 y 38, fracción I, inciso e) y el reglamento interior de esta secretaría define que ella contará con órganos desconcentrados con facultades para resolver sobre determinada materia o para la prestación de servicios [educativos], conforme al instrumento jurídico que los cree y bajo el cual se regirán (art. 45 y 46), disposiciones que son concordantes con lo fijado en el art. 17 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.

Lo anterior constituye el marco jurídico general de la enseñanza superior del país. Existen también algunos temas transversales (como la calidad de la docencia y la investigación, el trabajo colegiado del personal docente o el mejoramiento de la infraestructura instalada, entre otros) que están sujetos a marcos normativos especiales,¹⁸ pero que no pueden considerarse como reguladores del sistema de

¹⁸ Por ejemplo, el tema de la calidad de la educación superior se relaciona con la regulación del Sistema Nacional de Investigadores y del Programa Nacional de Posgrados de Calidad del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología, con las reglas de operación del Programa de Mejoramiento al

educación superior mexicano al no ser de aplicación general, sino sólo respecto a aquellas IES o actores de ellas (docentes e investigadores) que han decidido someterse a los mismos.

Antes de cerrar este apartado vale la pena hacer una anotación más, el sistema de educación superior mexicano es complejo y disperso en su regulación. Éste se integra por nueve tipos de IES públicas: universidades federales, universidades estatales, universidades estatales con apoyo solidario, universidades tecnológicas, universidades politécnicas, universidades interculturales, institutos tecnológicos, centros públicos de investigación y escuelas normales.¹⁹ Al sistema público se suma el privado que atendió durante el ciclo escolar 2012-2013 a poco más de un millón de estudiantes (1, 026, 037), esto es, el 31.1% de la matrícula total de este nivel educativo.²⁰

La complejidad que presenta el sistema de educación superior en razón de la diversidad de IES con las que se integra, su naturaleza, objetivos, necesidades, contextos de desarrollo y prioridades educativas; aunado a la falta de regulación de temas medulares del derecho a la enseñanza superior y a la atribución reglamentaria reconocida a universidades autónomas y órganos desconcentrados de la SEP que ofrecen educación superior, o sus análogas en el nivel de las entidades federativas, sin el asidero jurídico mínimo que se requiere para la efectiva protección del derecho a la educación superior, supone el incumplimiento del deber de adoptar disposiciones de derecho interno que protejan este derecho. Pero de esto se ocupa el acápite siguiente.

5. Obligación de adoptar disposiciones de derecho interno y derecho a la educación superior en México

Lo expuesto en el acápite anterior da una idea acerca del poco o específico desarrollo que existe en México respecto al derecho a la enseñanza superior, en tal sentido vale la pena recordar que el país ha adquirido obligaciones directas en la materia al firmar y ratificar tratados internacionales que contemplan este derecho y que éstas no se agotan en los mismos, sino que abarcan las desarrolladas por estándares internacionales aplicables al derecho a la enseñanza superior, mismos que son identificables a través de las observaciones generales, informes, sentencias, resoluciones y todos los insumos emanados de las instancias y órganos que conforman los sistemas de protección de los DDHH.

En el anterior orden de ideas, y en atención al deber de adoptar disposiciones de derecho interno como parte de su obligación general de protección del derecho a la

Profesorado de la Secretaría de Educación Pública y con los mecanismos de certificación y acreditación de programas académicos e instituciones académicas.

¹⁹ Secretaría de Educación Pública, "Instituciones de educación superior", México, SEP, 2014. <http://www.ses.sep.gob.mx/instituciones-de-educacion-superior>. 16 de abril de 2014.

²⁰ Secretaría de Educación Pública, *Sistema educativo de los Estados Unidos Mexicanos. Principales cifras, ciclo escolar 2012-2013*, México, SEP, 2013, p. 147 y 156.

enseñanza superior, cabe destacar que hay una serie de obligaciones de este tipo que se encuentran ausentes del marco jurídico del país, tal es el caso, por ejemplo:²¹

A) Del reconocimiento de la educación superior como un bien público y, por ende, como elemento de interés público susceptible de la hechura, ejecución, supervisión y evaluación de políticas públicas.

Frente a lo anterior se podría responder que de hecho en el país todo este proceso de política pública ya acontece; lo cual, en cierto sentido, es verdad. Sin embargo, el reconocimiento de la enseñanza superior como bien público, en el marco del DIDH y de los estándares que éste prevé, supondría el aseguramiento de que dichas políticas tuviesen un carácter integral, universal, intersectorial, intergubernamental, participativo y coordinado. Caracteres todos de los que actualmente carece la política pública del país en materia de educación superior, pues ésta se caracteriza por no atender a los contextos, necesidades y potencialidades específicas de las IES, por ser parcial, desarticulada, no vinculante y homogenizante.

B) Del aseguramiento de la autonomía como elemento constitutivo de las IES.²² En este punto vale la pena recordar que sólo gozan de autonomía las IES públicas del país que han recibido este estatuto jurídico por ley, cuanto la misma se entiende desde los estándares internacionales como una condición básica para el desarrollo crítico, independiente y creativo de la docencia e investigación universitaria.

C) Del establecimiento de mecanismos de protección para las IES frente a las amenazas que se presenten contra su autonomía, sea cual fuere su origen. Este punto es de la mayor relevancia en el ámbito de la enseñanza superior, pues la evidencia recabada por el CDESC muestra que el cuerpo docente y los estudiantes de la enseñanza superior son especialmente vulnerables a las presiones políticas que ponen en peligro la libertad académica.²³

En México no se prevén mecanismos específicos de los cuales las IES pudiesen echar mano ante el chantaje o extorsión política, por ejemplo, en el caso de la ralentización en la entrega de recursos financieros para la realización de sus

²¹ *Vid.*, art. 26 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 11 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, art. 28 de la Convención sobre los Derechos del Niño, art. 24 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, art. 49 de la Carta de la Organización de Estados Americanos, art. 13 del Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Recomendación relativa a la condición del personal docente en la educación superior y Declaración sobre la Educación Superior en el Siglo XXI.

²² En este punto llama la atención que de los nueve tipos de IES que conforman el sistema de educación superior de México, sólo a partir de las universidades federales y estatales es deducible la categoría de universidades autónomas, mismas que se conforman por un universo de 38 instituciones, quedando el resto de IES públicas del país sin el reconocimiento de este elemento fundamental del derecho a la enseñanza superior.

²³ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación general Núm. 13.*, *Op. cit.*, párrafo 38.

funciones sustantivas, bajo la condición de que la crítica académica mengue contra una deficiente administración estatal.

D) De la protección del personal docente frente a las interferencias ilegítimas en la enseñanza que impartan; para que no sea obligado a impartir enseñanzas que atenten contra su conciencia o a aplicar planes de estudios o métodos de enseñanza contrarios a las normas de DDHH; para que no se interfiera o restrinja su labor de investigación y publicación; para que no se impida u obstaculice participar en órganos colegiados; para que no se le impida contar con representantes en los órganos académicos o se obstaculice su derecho de asociación; y, para que las condiciones laborales que les son propias les sean respetadas.

En torno a este punto, la respuesta aparentemente obvia es que la constitución federal reconoce en la fracción VII del artículo 3º las libertades cátedra e investigación y de libre examen y de discusión de las ideas, y que la Ley Federal del Trabajo salvaguarda los derechos de evaluación para el ingreso del personal docente, sindicación, huelga y seguridad social. Sin embargo, no debe perderse de vista que dichas previsiones se circunscriben a las universidades autónomas, por lo que IES privadas y las dependientes de las autoridades educativas federales y estatales no son guarecidas con ellas.

A mayor abundamiento, resultados parciales de investigación demuestran que de una muestra de 62 textos de creación de IES tecnológica del país (universidades politécnicas, institutos tecnológicos y universidades politécnicas) sólo el 4.8% reconocen el derecho de participación y sindicación docente.²⁴

Por último, otra cuestión ligada al planteamiento que se realiza en este apartado y que constituye un deber específico de protección a cargo del Estado, es que no es suficiente ni basta con el reconocimiento de derechos, sino que los Estados también tienen la obligación de establecer en el nivel legal los medios, mecanismos y procedimientos²⁵ que sean requeridos para el ejercicio de derechos específicos del

²⁴ JONGITUD ZAMORA, Jaqueline, "Educación superior tecnológica y derecho a la enseñanza superior en México", en prensa.

²⁵ Así, por ejemplo, tienen el deber de establecer mecanismos que permitan manifestaciones solidarias entre las IES y su personal docente, cuando sean objeto de persecución, incluyendo incluso la concesión de refugio y la provisión de empleo o formación a las víctimas de la persecución; debe generarse un recurso, ante un órgano imparcial, al cual pueda acudir el personal docente cuando considere que ha sido objeto de una evaluación injustificada; debe instaurarse un procedimiento disciplinario docente, con las debidas garantías procesales y con el derecho a recurrir las decisiones resultantes de aquél ante instancias independientes y externas (con competencia para adoptar decisiones definitivas y vinculantes); deben generarse procedimientos de reclamación y arbitrajes imparciales para resolver conflictos del personal docente con sus empleadores; e instaurar medios o mecanismos que brinden protección jurídica adecuada a la producción científica, literaria, tecnológica, etcétera, generada por el personal docente de la enseñanza superior. Todos estos son recursos y mecanismos que los estándares internacionales especifican, pero es evidente que lo hacen sobre la base de la particularidad de los asuntos que tratan, a ello se suma la regla general de existencia de todos aquellos mecanismos, procedimientos y recursos que aseguren la protección de todos los derechos específicos e insertos en el de la educación superior. De ahí que se requieran mecanismos para asegurar la vinculación entre perfiles

derecho a la enseñanza superior (como los que se enlistan aquí respecto al personal docente).²⁶

De ahí que sea necesario observar que ni en el nivel constitucional ni en el nivel de las normas especializadas en educación se establecen los parámetros básicos o mínimos a los que las disposiciones jurídicas de menor jerarquía deberían sujetarse para asegurar las libertades académicas listadas en la constitución a propósito de la educación superior autónoma, ni muchos menos respecto a otras IES.

E) De protección de la comunidad estudiantil para que sus intereses y necesidades educativas sean el centro del sistema de enseñanza superior; para que su derecho a conformar organizaciones no sea obstaculizado, limitado o abolido; para que su derecho a participar en los diferentes procesos de formación se realice de forma efectiva; para que su derecho a participar en la evaluación docente sea realizado y para que el resultado de ésta sea considerada para el nombramiento de los docentes o para la prórroga del contrato de trabajo de los mismos.

Los derechos de los alumnos universitarios reconocidos en estándares aplicables al derecho a la educación superior no son recogidos por el marco jurídico nacional, tal como se deduce del desarrollo previo atinente al mismo. No obstante, en el entendido de que las IES del país tienen marcos regulatorios específicos, cabría pensar que éstas en sus decretos, estatutos o leyes de creación, desarrollarían tales derechos aun cuando no cuenten con una directriz federal para el aseguramiento de los mismos, situación difícil de concebir bajo la forma de operación del sistema jurídico mexicano.

En consideración de lo anterior, cabe compartir con los lectores que resultados preliminares de investigación de una muestra de 62 documentos de creación IES tecnológica del país, arroja que sólo 13 de ellos (el 20.9%) reconocen el derecho de sus estudiantes universitarios a participar en algún o algunos de los momentos o aspectos de los que integran su proceso educativo.²⁷

F) Del deber estatal de fiscalización de las IES, el cual tiene como propósito verificar el cumplimiento de las obligaciones que rigen para las IES, así como del cumplimiento de los elementos y de los principios que gobiernan al derecho a la educación superior.

Respecto a este punto cabe destacar que también se carece de un marco jurídico lo suficientemente desarrollado y garantista. En el caso de la fiscalización estatal de la educación superior privada, por ejemplo, el cumplimiento de esta tarea ha asumido un cariz eminentemente burocrático en el que el aseguramiento de la calidad de la educación superior ha pasado a un segundo plano y en el que hoy día

docentes calificados y la permanencia en la docencia universitaria, para asegurar el ingreso de docentes y alumnos al nivel superior tras el reconocimiento de los méritos y capacidades de cada uno de ellos, así como procedimientos para la verificación del cumplimiento de obligaciones, etcétera.

²⁶ *Vid.*, Declaración de la UNESCO sobre la condición del personal docente de enseñanza superior, 44, 47f, 51 y 56.

²⁷ JONGITUD ZAMORA, Jaqueline, "Educación superior tecnológica y derecho a la enseñanza superior en México", *Op. cit.*,

existen fuertes preocupaciones respecto a lo que se conocen coloquialmente como las universidades “patito”, las cuales no tendrían la menor oportunidad ante un test que tuviese como marco de referencia al derecho a la enseñanza superior, pero que ante el cumplimiento de criterios meramente administrativos pueden prestar sus servicios sin relativamente ninguna limitación.

En tal orden de ideas, una regulación robusta (en la que el análisis cualitativo de las funciones que realizan las IES y de los resultados e impactos que éstas generan en las comunidades en las que prestan sus servicios ocupe un papel central) para la realización de las tareas de fiscalización a cargo del Estado se percibe como uno de los temas que deberían ser desarrollados en el nivel de derecho interno para una adecuada protección del derecho a la educación superior.

G) Del aseguramiento de políticas claras sobre docentes universitarios: ingreso, promoción y permanencia en el servicio académico. Este es un aspecto que tampoco es desarrollado por el marco jurídico del derecho a la enseñanza superior, y que de conformidad con el artículo 3, fracción VII, de la constitución federal, es una responsabilidad que impone el régimen de autonomía a aquellas IES que han sido reconocidas por ley como autónomas, en las cuales, como ya ha sido señalado, no se agota la realidad del sistema de educación superior del país.

Un elemento esencial de la enseñanza superior es el de la calidad de los estudios a los que se accede. La calidad es un concepto multidimensional que comprende todas las funciones y actividades de las IES.²⁸ Una de tales dimensiones es el personal docente, razón por la cual desde organismos internacionales se observa que deben tenerse criterios claros y pertinentes para asegurar que al servicio docente universitario accedan los mejores y las mejores candidatas, aquellos que cuenten con los mejores niveles de habilitación en investigación y en docencia universitaria.

Abundando en lo anterior cabe destacar que resultados preliminares de investigación apuntan a que de los textos constitutivos de las 38 universidades autónomas del país, sólo 19 de ellas instituyen en sus leyes o estatutos orgánicos al examen de oposición como medio de ingreso a la docencia universitaria;²⁹ y, en el caso de IES tecnológica (universidades tecnológicas y politécnicas e institutos tecnológicos) sólo el 19.3% no consagra al examen de oposición como vía de ingreso a la docencia universitaria.

H) De la protección del derecho a recibir una educación superior de calidad.³⁰ Este tema ha tratado de ser resuelto en México a través de la implantación de programas específicos como, entre otros, el Sistema Nacional de Investigadores, el Programa de Mejoramiento del Profesorado y el Programa Nacional de Posgrados de Calidad, estas acciones, como ya ha sido señalado en este escrito, son parciales y

²⁸ *Vid.*, Art. 9 de la Declaración sobre la educación superior en el siglo XXI.

²⁹ JONGITUD ZAMORA, Jaqueline, “Autonomía universitaria y obligación estatal de protección del derecho a la educación superior”, en prensa.

³⁰ Comité de los derechos del niño de la ONU, *Observación general núm. 1. Párrafo 1 del art. 29: propósitos de la educación*, *Op. cit.*, párrafo 9.

sólo operan respecto a instituciones o docentes e investigadores que tienen la voluntad de participar en los mismos, por lo que la gran parte del sistema de educación superior del país no participa de la evaluación respecto a criterios básicos de calidad de los elementos que participan en sus programas y procesos educativos.

El reconocimiento del derecho a una educación superior de calidad escapa tanto al diseño constitucional nacional como a la legislación especializada en la materia, a pesar incluso de la reciente reforma en materia educativa, pues de ella fue excluida la enseñanza superior.³¹ Tal como se desprende con claridad del actual artículo tercero de la Ley General de Educación, mismo que indica: “El Estado está obligado a prestar servicios educativos de calidad que garanticen el máximo logro de aprendizaje de los educandos, para que toda la población pueda cursar la educación preescolar, la primaria, la secundaria y la media superior...”

Hasta aquí algunos de los ejemplos disponibles en torno a obligaciones a cargo del Estado mexicano en materia del derecho a la *enseñanza superior* que deberían ser objeto de desarrollo legislativo en el derecho interno. Como puede observarse, los pendientes de regulación son diversos y algunos de ellos de carácter esencial o insoslayable.

La forma general en la que hasta el momento el Estado mexicano ha asumido el tema de la regulación de la educación superior, esto es, a través de un marco general para las instituciones autónomas en el nivel constitucional, de reglas generales (administrativas) en el nivel reglamentario para la educación superior privada, de coordinación de órganos desconcentrados (federales o estatales) con facultades reglamentarias, y de la generación de regulaciones especiales respecto a temas como la investigación, la docencia, la calidad de programas educativos o la mejora de la infraestructura instalada es insuficiente y poco efectiva respecto al cumplimiento de su deber de protección del derecho a la educación superior en el país.

Además, se piensa que la educación superior cuenta con características y atiende a una teleología que la distingue de otros tipos educativos razón por la que su regulación a partir del marco del derecho a la educación en general, como se hace en la Ley General de Educación, resulta deficiente e insuficiente. Quizá es este entendimiento el que subyace a la generación de leyes específicas en la materia en países como Perú, Paraguay, El Salvador, Honduras y Colombia, entre otros países del continente.

En el anterior orden de ideas, se reconoce como necesaria la creación de una Ley General de Educación Superior que establezca obligaciones generales y específicas a cargo de la federación, de las entidades federativas, de los municipios y de las IES públicas y privadas. En la que se le reconozca como bien público, se

³¹ Vid., JONGITUD ZAMORA, Jaqueline, “Reforma educativa en México y control de convencionalidad” en Álvarez Montero, José L. (Coord.), *Derechos humanos y control de convencionalidad*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana, Xalapa-Veracruz-México, 2013.

especifiquen derechos y obligaciones en el marco de los estándares del DIDH; se garanticen las condiciones financieras, materiales y de recursos humanos para su operación y para la conservación y protección de la autonomía universitaria, así como para su despliegue en el marco de los DDHH; se fijen mecanismos de verificación, sujetos al escrutinio público, del cumplimiento de las obligaciones establecidas; se establezcan procedimientos claros, sencillos, breves y eficaces que permitan la investigación, persecución y sanción de aquellos que atenten contra este bien público, así como la reparación a las víctimas de las violaciones de este derecho; se requiere también que dicha ley sienta las bases para la integración de un auténtico sistema nacional de educación superior, pues las condiciones en las que actualmente se despliega ésta impide hablar de la existencia de tal sistema y que se generen mecanismos de evaluación periódica y obligatoria de la calidad de la educación impartida por las IES públicas y privadas. En síntesis, una ley que vele porque los elementos esenciales, principios y obligaciones específicas del derecho a la educación superior cuenten con el engranaje jurídico-institucional que proteja y garantice tal derecho y que sienta las bases para el castigo de quienes actúen en contra de tal marco legal.

Bibliografía

- Carta de la Organización de los Estados Americanos.
Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación general Núm. 11. Planes de acción para la enseñanza primaria (art. 14)*, 1999.
Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación general Núm. 13. El derecho a la educación (art. 13)*, 2000.
Comité de los derechos del niño de la ONU, *Observación general núm. 1. Párrafo 1 del art. 29: propósitos de la educación*, 2001.
Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
Convención Americana sobre Derechos Humanos
Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.
Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial.
Convención relativa a la lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza.
Convención sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer.
Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.
Convención sobre los Derechos del Niño.
CrIDH, Caso Acosta Calderón vs. Ecuador, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 24 de junio de 2005, Serie C No. 129.

CrIDH, Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 5 de agosto de 2008, Serie C No. 182.

CrIDH, Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) vs. Costa Rica, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 28 noviembre de 2012, Serie C No. 257.

CrIDH, Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 2 de febrero de 2001, Serie C No. 72.

CrIDH, Caso Barreto Leiva vs. Venezuela, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 17 de noviembre de 2009, Serie C No. 206.

CrIDH, Caso Bulacio vs. Argentina, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 18 de septiembre de 2003, Serie C No. 100.

CrIDH, Caso Caesar vs. Trinidad y Tobago, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 11 de marzo de 2005, Serie C No. 123.

CrIDH, Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 30 de mayo de 1999, Serie C No. 52.

CrIDH, Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, Fondo Reparaciones y Costas, Sentencia 17 de junio de 2005, Serie C No. 125.

CrIDH, Caso de la "Panel Blanca" (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2001, Serie C No. 76.

CrIDH, Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 21 de junio de 2002, Serie C No. 94.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

Declaración de la UNESCO sobre la condición del personal docente de enseñanza superior.

Declaración sobre la Educación Superior en el Siglo XXI.

Declaración Universal de los Derechos Humanos.

JONGITUD ZAMORA, Jaqueline, "Autonomía universitaria y obligación estatal de protección del derecho a la educación superior", en prensa.

JONGITUD ZAMORA, Jaqueline, "Educación superior tecnológica y derecho a la enseñanza superior en México", en prensa.

JONGITUD ZAMORA, Jaqueline, "Reforma educativa en México y control de convencionalidad" en Álvarez Montero, José L. (Coord.), *Derechos humanos y control de convencionalidad*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana, Xalapa-Veracruz-México, 2013.

Ley Federal del Trabajo

Ley General de Educación

Ley Orgánica de la Administración Pública Federal

Ley para la Coordinación de la Educación Superior

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Protocolo adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Recomendación relativa a la condición del personal docente en la educación superior.

Reglamento Interior de la Secretaría de Educación Pública

VÁZQUEZ, Daniel y DELAPLACE, Domitille, *Guía de estudio políticas públicas con perspectiva de derechos humanos. Maestría en derechos humanos y Democracia. 2010 – 2012*, Flacso, México, 2011.

Secretaría de Educación Pública, “Instituciones de educación superior”, SEP, México, 2014. <http://www.ses.sep.gob.mx/instituciones-de-educacion-superior>. 16 de abril de 2014.

Secretaría de Educación Pública, *Sistema educativo de los Estados Unidos Mexicanos. Principales cifras, ciclo escolar 2012-2013*, Secretaría de Educación Pública, México, 2013.

EL DESEMPLEO Y SU SEGURO*

Josefa Montalvo Romero**

RESUMEN: Dentro de las reformas estructurales realizadas por nuestro gobierno se presentó la iniciativa para establecer el seguro del desempleo. Junto con la pensión universal, se considera que ambas representan un avance de trascendencia social que supone la intervención del estado para garantizar niveles básicos de bienestar. Sin embargo, experiencias de otros países nos ponen en alerta sobre el funcionamiento exitoso de un seguro de desempleo.

Palabras clave: Desempleo, Seguro de desempleo, políticas de empleo.

ABSTRACT: Within the structural reforms undertaken by our government introduced the initiative to establish unemployment insurance. Along with the universal pension is considered to represent an advance both social significance representing state intervention to guarantee basic levels of well-being. However, experience in other countries on alert us about the successful operation of unemployment insurance.

Keywords: Unemployment, unemployment insurance, employment policies.

SUMARIO: 1. Modelos de seguro de desempleo. España y Chile. 2. Conceptos inseparables al seguro de desempleo. 3. Iniciativa legislativa en México. 4. Reflexión final.

1. Modelos de seguro de desempleo. España y Chile

En España, el origen de la prestación por desempleo se ubica entre 1932 y 1933 durante el gobierno republicano de Niceto Alcalá Zamora donde se puso en marcha la caja nacional contra el paro forzoso. Aquí el estado financiaba el 50% y el restante 50% se cubría mediante cuotas empresariales y de trabajadores. La cobertura era para tres y hasta seis meses y equivalía a un tercio del salario.

Posteriormente en 1961, se aprueba la primera ley nacional de Seguro contra el Desempleo, donde la cobertura era del 75% del salario como desempleo por 6

* Artículo recibido el 8 de agosto de 2014 y aceptado para su publicación el 9 de octubre de 2014.

** Investigadora del Centro de estudios sobre Derecho, Globalización y Seguridad de la Universidad Veracruzana, Miembro del SNI y Profesora con perfil PROMEP.

meses para todos los trabajadores afiliados al sistema equivalente a la Seguridad Social.

En el 1980, se reformuló la prestación de desempleo mediante la Ley 51/1980 Básica de Empleo. Esta ley tenía un alcance máximo de prestación de 18 meses, acumulando 3 meses de derecho por cada año trabajado. La ley establecía un sistema de cobro gradual de la prestación, siendo del 80%, 70% y 60% en tramos de seis meses sobre la media de bases de cotización de los últimos cuatro meses.

Pero además de la prestación de desempleo, esta ley introdujo dentro de las prestaciones sociales el subsidio por desempleo, con una cobertura del 75% del salario y la prestación de gastos farmacéuticos. Esta ley se financiaba mediante el Fondo Especial de Prestación al Desempleo que se nutría del 40% de la aportación estatal y el 60% restante de cotizaciones empresariales.

La ley 31/1984 introdujo un cambio importante, establece el subsidio de desempleo para mayores de 55 años con cargas familiares y por la ampliación de la cobertura del desempleo a 24 meses con cómputo de cálculo de 3 meses de desempleo por cada año trabajado.

Además, se articulaba un desempleo parcial y se comenzaba a cobrar 3 meses de desempleo tan solo con 6 meses trabajados. El importe de la prestación por desempleo no se alteraba respecto la ley de 1980 y se mantenía en el 80% de la base reguladora para los primeros 6 meses, 70% para los seis siguientes y 60% para el tiempo restante.

A inicio de los 90's España enfrentó una dura crisis y ello provocó varias reformas en el mercado laboral y en las prestaciones por desempleo. Se exigió un mínimo de un año cotizado con anterioridad al derecho a la prestación y se redujo el importe de la prestación al 70% de la base reguladora para los primeros seis meses y el 60% de la base reguladora para el resto.

En el año 2006, el Gobierno de Zapatero, mejoró el acceso a la prestación de desempleo para mayores de 45 años y articuló un sistema específico de protección por desempleo para los trabajadores discontinuos mediante la ley 43/2006. Ya durante la crisis, se puso en marcha el subsidio de 400 euros para parados sin prestaciones y también se les ha dado cobertura para el desempleo a los trabajadores autónomos.

En Chile, el seguro de desempleo fue puesto en práctica en octubre de 2002 como un esquema que combina el ahorro personal con un seguro colectivo que permite en la práctica configurar un beneficio durante un periodo razonable de desempleo.¹

¹ VELÁSQUEZ P. Mario, Seguros de desempleo y reformas recientes en América Latina, Serie 99 macroeconomía del desarrollo, División de Desarrollo Económico Santiago de Chile, enero de 2010, CEPAL www.eclac.cl/publicaciones, consultado el 28 de mayo de 2014.

Este sistema obliga al trabajador a ahorrar el 0.6 por ciento de su salario en una cuenta individual durante su periodo laboral, por lo tanto es el mismo trabajador el que se empieza a hacer cargo del eventual desempleo; al mismo tiempo el empleador aporta el 1,6 por ciento del salario a la cuenta individual y el 0.8 por ciento a un seguro colectivo que es complementado con aportes del Estado que son del orden de doce millones de dólares al año. El empleador con el Estado configuran un seguro colectivo que va a permitir financiar una parte adicional de la cuota que tiene derecho a cobrar un trabajador que quede cesante.

Este seguro de desempleo tiene como objetivo entregar protección social al trabajador en eventos de cesantía laboral sin que desincentive la búsqueda de trabajo, se parte de la idea de que los seguros de desempleo deben ser cortos y acotados a los periodos de búsqueda de empleo, de tal manera que motive al beneficiario a buscar rápidamente empleo.

La primera gran reforma al seguro se hizo en mayo de 2009, con el fin de incluir los contratos a término fijo que con la legislación anterior no tenían derecho a este seguro. Ahora estos trabajadores no tienen la obligación a ahorrar en una cuenta personal porque por su tipo de contratación se entiende que van a quedar desempleados cuando se termine el contrato, para este caso el empleador debe hacer el aporte completo al Fondo de Cesantías.

La administración de este seguro está a cargo de un régimen privado, por eso está previsto que cada diez años el Estado chileno llame a licitación para que un operador único se haga cargo de la administración del seguro.

La experiencia chilena demuestra, que la configuración de un seguro de cesantía debe ser inteligente, que no debe remitirse a entregar una prestación económica, que es importante, pero en su diseño debe complementar los incentivos mismos para que el trabajador cesante se mueva.²

Recientemente (3 de junio de 2014) Sandra Polaski, Directora general adjunta de la OIT dio a conocer que más del 70% de la población mundial no tiene verdadera protección social, según un nuevo informe de la Organización Internacional del Trabajo presentado en Ginebra.

El informe revela que en promedio 39% de la población mundial no tiene acceso a cuidados de salud. Respecto a la jubilación, la OIT indica que casi la mitad (49%) de las personas que han superado la edad de jubilación no reciben ninguna pensión. Solamente 30% de los trabajadores del mundo pagan cotizaciones para jubilación, y además muchas de las jubilaciones recibidas son limitadas.

La OIT señala también que los gastos de protección social en caso de desempleo, invalidez parcial o accidente de trabajo, varían mucho de un país a otro. Pasan del 0.5 % del conjunto de los gastos en África a 5.9% en Europa Occidental.³

² STARCK, Nicolás, El seguro de desempleo en Chile www.asocajas.org.co consultado el 11 de junio de 2014.

³ “Sin prestaciones sociales, 70% población mundial: OIT”, Diario de Xalapa, Miércoles 4 de Junio del 2014, p. 3F.

A escala mundial solamente el 12% de los desempleados perciben subsidios de desempleo, pero ese porcentaje promedio oscila del 64% en Europa Occidental a menos del 3% en Medio Oriente y en África. Sin embargo, se señala que dos países han mejorado en este contexto, Brasil y China. Brasil aceleró la cobertura de la protección social y de los salarios bajos desde 2009.

Por su parte, China, también logró durante el mismo periodo asegurar la cobertura universal de las jubilaciones y aumentar los salarios más bajos.

2. Conceptos inseparables al seguro de desempleo

Al hablar del seguro de desempleo es indispensable hacer referencia a otros conceptos que caminan en paralelo con el establecimiento de esta figura.

Por lo anterior, es importante definir que vamos a entender en primer lugar por desempleo y después por el propio seguro de desempleo, político de mercado, de empleo y laboral.

De acuerdo con la OIT el desempleo es esa parte de población que estando en edad, condiciones y disposición de trabajar –población activa- carece de un puesto de trabajo⁴.

Sin embargo, debemos aclarar que no basta con medir el desempleo para comprender las deficiencias del mercado de trabajo. Bastantes trabajadores en el mundo suelen trabajar menos horas, o ganar menores ingresos, o sacar menos partido de sus competencias; en términos generales, suelen ejercer un trabajo menos productivo que el que podrían y desearían realizar. Las cifras del desempleo, definidas y calculadas de manera muy rigurosa, no toman en consideración a estos trabajadores, aun cuando su situación se vea afectada por causas similares a las que afectan a los desocupados, y se comporten en muchos aspectos como estos últimos.

El seguro de desempleo busca otorgar una protección básica a las y los trabajadores asalariados que hayan perdido su empleo, incluyendo a grupos vulnerables y discriminados, y al mismo tiempo, crear las condiciones que contribuyan a su subsistencia básica e impulsen su incorporación al mercado laboral y al goce del Derecho Constitucional al Trabajo⁵.

También suele definirse como una Política de empleo que tiene por objetivo brindar protección a trabajadores que se encuentran desempleados por haber perdido su ocupación. Este beneficio puede ser solicitado por trabajadores contratados bajo el régimen de la Ley de Contrato de Trabajo (Ley N° 20.744) que estén en situación legal de desempleo y hayan aportado como mínimo durante un año. La asistencia al desempleado está integrada por una prestación económica, el

⁴ OIT, XIII CIET sobre PEA, Ocupados, Desocupados y Subocupados, octubre de 1982, Ginebra

⁵ Secretaría del trabajo y fomento al empleo www.Trabajo.df.gob.mx Consultado el 6 de agosto de 2014

pago de las asignaciones familiares y el cómputo del período a efectos previsionales⁶.

En Nuestro país se define como un seguro que busca garantizar que todos los trabajadores del sector formal que caigan en situación de desempleo cuenten con una red de protección social que evite el detrimento en el nivel de vida de sus familias y les permita reinsertarse al mercado laboral formal de la manera más pronta posible.

Las políticas de mercado se pueden definir como un conjunto de instrumentos y programas a través de los cuales el sector público interviene en dicho mercado, con objeto de combatir o evitar el desempleo, mitigar sus efectos y apoyar a la población activa en riesgo de desocupación.

Pueden ser activas o pasivas:

Políticas activas: generar puestos de trabajo productivos. Intermediación, Capacitación de la fuerza de trabajo, creación directa o indirecta de empleos.

Políticas pasivas: enfrentar situaciones de extrema pobreza y desempleo. Seguro de desempleo, esquemas de retiro anticipado, fondos individuales de compensación por desempleo.

Las políticas de empleo tienen el propósito de actuar sobre la demanda de trabajo, en la que influyen aspectos macroeconómicos de naturaleza fiscal, monetaria, de precios e ingresos y de desarrollo tecnológico, así como también las políticas y programas de desarrollo regional y el marco regulatorio vigente en el mercado de trabajo. Por el lado de la oferta, estas políticas ejercen efectos a mediano y largo plazo sobre las tendencias demográficas y los comportamientos sociales, ámbito en el que resultan relevantes, entre otras, las medidas en materia de educación, salud y protección social.

Por su parte las políticas laborales actúan sobre la relación laboral entre el trabajador y el empleador e inciden en el marco y las condiciones en que se realiza el trabajo. Comprenden disposiciones relativas a salarios mínimos, prestaciones, seguridad social, seguridad e higiene en el trabajo, seguridad en el empleo, no discriminación, restricciones al trabajo de menores, derecho de huelga y todo el conjunto de aspectos normativos que rigen en este campo.⁷

3. Iniciativa legislativa en México

En México, la primera regulación de un seguro de desempleo lo realiza el gobierno del Distrito Federal⁸. En su Primer Informe de Gobierno ante la Asamblea

⁶ Ministerio de trabajo, empleo y seguridad social. www.trabajo.gov.ar/ Consultado el 6 de agosto de 2014

⁷ SAMANIEGO, Norma, *Las políticas de mercado de trabajo en México y su evaluación*, CEPAL, 2002. Panorama social de América Latina, *Situación laboral y políticas de empleo en América Latina*, CEPAL, 2002-2003.

⁸ El Gobierno del Estado de México también tiene establecido un seguro similar.

Legislativa del Distrito Federal, el Jefe de Gobierno del Distrito Federal en funciones para el periodo 2006-2012, anunció la instrumentación del "Seguro de Desempleo" en el ámbito local del Distrito Federal, para instituirlo como un programa de gobierno, en tanto se promovía la iniciativa para convertirlo en una Ley a favor de los desempleados residentes en la ciudad de México.

El 28 de agosto de 2008 la Asamblea Legislativa del Distrito Federal aprobó la Ley de Protección y Fomento al Empleo para el Distrito Federal, la cual se publicó el 8 de octubre del mismo año en la Gaceta Oficial del Distrito Federal.

Estas acciones del Gobierno del Distrito Federal formaron parte de la estrategia del Programa General de Desarrollo del Gobierno del Distrito Federal 2007-2012, cuyo compromiso fue expandir los derechos sociales y una nueva política laboral democrática que revalorice el trabajo y los derechos que nacen de él para lograr una Ciudad con equidad y justicia social. Enfocando su quehacer de acuerdo con la perspectiva de equidad de género de tal forma que oriente el conjunto de su actividad.

En el mes de septiembre del 2013 el ejecutivo de nuestro país presentó una iniciativa de reforma a los artículos 4º, 73 y 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de seguridad social universal y actualmente se encuentra pendiente en comisión revisora del senado desde el 19 de marzo del 2014.

La iniciativa propone en materia de seguro de desempleo:

o Garantizar a todos los trabajadores del sector formal que caigan en situación de desempleo, un mecanismo que evite el detrimento en el nivel de vida de sus familias y les permita reinsertarse al mercado laboral formal de la manera más pronta posible.

o La prestación que se otorgará a través del seguro de desempleo, como instrumento de protección social, no quedará sólo en la sustitución de ingresos de los individuos, también servirá para desincentivar las transiciones hacia empleos menos productivos en el sector informal.

o La implementación del seguro servirá como eje para fortalecer la eficiencia de las políticas activas del mercado laboral, robusteciendo la oferta de trabajo y adecuándose a las necesidades cambiantes de la realidad laboral, lográndose así mejores condiciones para que los trabajadores reingresen al sector formal de la economía.

o La estructura del seguro de desempleo es de carácter redistributivo; es decir, permitirá beneficios más altos en términos relativos para la población de menores ingresos, los cuales generalmente se encuentran financiados a través del subsidio del Estado.

o Finalmente, se propone la modificación al artículo 123, apartado A, fracción XXIX, constitucional, con el objeto de eliminar la mención al seguro de cesación involuntaria del trabajo, toda vez que el nuevo seguro de desempleo que se

propone no está limitado a dicha modalidad de terminación de las relaciones laborales.

Propuesta.

Artículo 123. ...

Apartado A...

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

Apartado B...

XIV .El Congreso de la Unión expedirá la ley que establezca un seguro de desempleo para los trabajadores a que se refieren los Apartados de este artículo, en la que se preverán las condiciones de financiamiento y los requisitos para acceder al mismo.

A continuación se presenta el estado actual de la propuesta:

REPORTE DE SEGUIMIENTO DE ASUNTOS LEGISLATIVOS

Cámara Origen	Cámara de Diputados
Cámara Revisora	Cámara de Senadores
Fecha de Presentación	10/09/2013
Legislatura	LXII
Año	II
Periodo de sesiones	1o Ordinario
Iniciativa	Que expide la Ley de la Pensión Universal y de la Ley del Seguro de desempleo, así como se reforman, derogan y adicionan leyes para establecer mecanismos de seguridad social universal.
Presentador	Ejecutivo Federal
Aspectos Relevantes	La iniciativa tiene por objeto crear y ajustar diversos marcos normativos encaminados a establecer los términos y condiciones para el otorgamiento de la pensión universal y el seguro de desempleo. Entre lo propuesto en materia de pensión universal destaca: 1) definir la pensión universal como el pago mensual vitalicio que recibirán las personas durante su vejez, a fin de apoyar sus gastos básicos de manutención; 2) establecer que serán beneficiarios aquellos que: a) cumplan 65 años de edad a partir del año 2014 y no tengan el carácter de pensionados; b) residan en territorio nacional, destacando que en caso de extranjeros éstos deberán haber residido por lo menos 25 años en el país; c) estén inscritos en el Registro Nacional de Población; d) tengan un ingreso mensual igual o inferior a 15 salarios mínimos; 3) precisar que el requisito de edad se ajustará cada 5 años; y, 4) determinar que el monto mensual de la pensión universal será de 1,092 pesos, mismo que se actualizará anualmente. Por otra parte, relativo al seguro de desempleo sobresalen los siguientes elementos propuestos: 1) señalar que tendrán derecho al seguro mencionado los desempleados que al momento de la pérdida del empleo hayan estado afiliados al régimen obligatorio de la Ley del Seguro Social, o al de la Ley del ISSSTE; 2) señalar que podrán acceder a la prestación del mismo quien cumpla con los siguientes requisitos: a) contar con cotizaciones al seguro por lo menos por 24 meses en un periodo no mayor a 36 meses, a partir de su afiliación o desde la fecha en que se devengó el último pago mensual de la prestación; b) haber permanecido en situación de desempleo al menos 45 días naturales consecutivos; c) no percibir otros ingresos económicos por concepto de jubilación, pensión, apoyo por desempleo, u otro

	de naturaleza similar; d) acreditar el cumplimiento de los requisitos comprendidos en los programas de promoción, colocación y capacitación a cargo de la STPS; 3) destacar que el seguro será hasta por un periodo de seis meses por un monto máximo mensual equivalente al porcentaje promedio de las últimas 24 cotizaciones, observando lo siguiente: i) el primer pago mensual por 60%; ii) segundo pago mensual por 50%; iii) tercer, cuarto, quinto y sexto pago mensual por el 40%; 4) mencionar los casos por los que el pago de la prestación concluirá; 5) establecer que primeramente se utilizarán los recursos acumulados en la Subcuenta Mixta del desempleado para cubrir los pagos y después los recursos del Fondo Solidario para cubrir la diferencia, precisando la constitución y administración de cada uno de ellos; y, 6) nombrar los convenios de incorporación permitidos. Finalmente, también propone: 1) indicar que la Ley del SAR regulará el funcionamiento del seguro de desempleo y de la pensión universal; 2) precisar disposiciones sobre la administración, operación, cobro de comisiones y transparencia de los sistemas de ahorro para el retiro, así como de informes de las mismas; 3) modificar la estructura operativa, así como dotar de nuevas atribuciones a autoridades relacionadas en la materia; y, 4) ajustar los cuerpos normativos en materia laboral, a fin de incluir los preceptos relativos a la pensión universal y el seguro de desempleo en favor de los derechohabientes. Para tal fin también propone modificar diversos artículos de la Ley del SAR; Ley del Seguro Social; Ley del ISSSTE; Ley del INFONAVIT; y Ley Federal del Trabajo.
Último Trámite	Túrnese a comisiones Unidas: Seguridad Social de Cámara de Diputados. Dictamina. En sesión del 18 de septiembre de 2013 la presidencia de la Mesa Directiva obsequia modificación de turno a las comisiones Unidas de Hacienda y Crédito Público y de Seguridad Social para dictamen.
Último Estatus	PENDIENTE EN COMISION(ES) DE REVISORA Pendiente 19/03/2014

Cronología del Asunto

No.	Estatus	Fecha
1	PRESENTADO EN ORIGEN	10/09/2013
2	PENDIENTE EN COMISION(ES) DE ORIGEN	10/09/2013
3	APROBADO EN COMISION(ES) ORIGEN	12/03/2014
4	DICTAMEN PRESENTADO EN PLENO DE ORIGEN	13/03/2014
5	DE PRIMERA LECTURA EN ORIGEN	13/03/2014
6	DICTAMEN A DISCUSIÓN EN ORIGEN	18/03/2014
7	APROBADO EN ORIGEN	18/03/2014
8	TURNADO A REVISORA	18/03/2014
9	MINUTA RECIBIDA EN REVISORA	19/03/2014
10	PENDIENTE EN COMISION(ES) DE REVISORA	19/03/2014

Diario Oficial de la Federación. ⁹

4. Reflexión final

En la actualidad los países latinoamericanos que incluyen dentro de sus sistemas de seguridad social la institución del seguro de desempleo son Argentina, Brasil, Chile, Ecuador, Uruguay y Venezuela.

El diseño de los Seguros de Desempleo puede ser perfeccionado, y su funcionamiento debe ser monitoreado regularmente con el fin de ajustar sus parámetros. Esta ha sido la tendencia principal en las reformas emprendidas. Sin embargo, es especialmente necesario resolver complementariamente el vínculo entre los Seguros de Desempleo y las políticas activas, de modo que el

⁹ Sil.gobernación.gob.mx. consultado el 8 de agosto del 2014.

desempleado al mismo tiempo en que se torna en receptor de beneficios monetarios, también sea un agente activo en la búsqueda de un nuevo empleo productivo.

Este es un déficit que se presenta en la mayoría de las experiencias revisadas, y la revisión de buenas prácticas en este ámbito debería ser un primer paso para avanzar el diseño de un sistema integrado de políticas activas y pasivas.

La integración de políticas sugerida, adquiere especial importancia en un contexto de mercados laborales segmentados, pues las políticas activas representan un valioso instrumental para abordar a aquellos segmentos de la población que quedan excluidos del alcance de los instrumentos convencionales de protección, ya que en estos casos, las condiciones de elegibilidad no están definidas como una contrapartida de una relación asalariada formal, sino que precisamente obedecerán al criterio de favorecer a quienes no cuentan con ella. Así, la implementación complementaria de programas no contributivos permitiría ampliar la protección a grupos no considerados tradicionalmente, y enfrentar situaciones de desempleo de mayor duración.

En nuestro país el punto más frágil tiene que ver con la toma de recursos del fondo de vivienda de los trabajadores para pagar dicho seguro, lo que de entrada estaría afectando su retiro posterior.

Bibliografía

- Ministerio de trabajo, empleo y seguridad social. www.trabajo.gov.ar/
OIT, XIII CIET sobre PEA, Ocupados, Desocupados y Subocupados, Ginebra, octubre de 1982.
SAMANIEGO, Norma, *Las políticas de mercado de trabajo en México y su evaluación*, CEPAL, 2002. Panorama social de América Latina, *Situación laboral y políticas de empleo en América Latina*, CEPAL, 2002-2003.
Secretaría del trabajo y fomento al empleo www.Trabajo.df.gob.mx
Sil.gobernación.gob.mx.
"Sin prestaciones sociales, 70% población mundial: OIT", Diario de Xalapa, Miércoles 4 de Junio del 2014.
STARCK, Nicolás, El seguro de desempleo en Chile www.asocajas.org.co
VELÁSQUEZ, P. Mario, Seguros de desempleo y reformas recientes en América Latina, Serie 99 macroeconomía del desarrollo, División de Desarrollo Económico Santiago de Chile, enero de 2010, CEPAL www.eclac.cl/publicaciones.

Debido proceso administrativo y garantía de derechos sociales*

Ma. Del Rosario Huerta Lara**

RESUMEN: Esta contribución aborda el tema del acceso a la justicia administrativa, relacionada a la tutela efectiva de los denominados derechos económicos, sociales y culturales, a partir de sustentar, para garantía de estos, la exigencia del *debido proceso* en todos los asuntos impugnables de la esfera administrativa, por tratarse de la sede donde se dirime la generalidad de las adjudicaciones de prestaciones sociales. Ni el área de las políticas sociales, ni las prestaciones estatales en materia social, han estado guiadas en su organización y funcionamiento por una lógica de derechos; por el contrario, las prestaciones se han organizado y brindado mayormente bajo la *lógica inversa* de beneficios asistenciales, por lo que este campo de actuación de las administraciones públicas ha quedado reservado a la discrecionalidad política, por ende, a un conjunto irregular de intervenciones discrecionales que han modelado la organización de la actividad estatal, como la provisión de

ABSTRACT: This article is about the access to justice and the effective tutoring of the so called economic, social and cultural rights based on the granting for those rights, the demand for a proper process on the administrative sphere since it is there where most social fringe benefits allocations are settled. Neither the social politics area nor the state fringe benefits in social matters have been guided in their organization and functioning by a logic based on rights. On the contrary, fringe benefits have been organized and allocated mainly under an inverse logic of assistance fringe benefits, for this reason, this field of public finance administration has been traditionally reserved to political discretion and thus to an irregular group of discretionary interventions which have modeled the organization of the state activity like the provision of public services or the elaboration of focalized social plans and programs. There are no reasons that could

* Artículo recibido el 11 de agosto de 2014 y aceptado para su publicación el 19 de septiembre de 2014.

** Investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Veracruzana.

servicios públicos, o la elaboración de programas o planes sociales focalizados. No hay motivos que impidan reconocer la posibilidad de demandar en el plano de las políticas sociales derechos civiles, tales como el derecho de igualdad y no discriminación, el derecho de acceso a la información, ni derechos sociales que fijen marcos y mínimos a esas políticas. No hay imposibilidad teórica o práctica alguna de configurar derechos exigibles también en estos dominios, de modo de sumar a los mecanismos de control institucional, administrativos o políticos, el control que puedan ejercer sobre los prestadores o funcionarios, las personas que ejercen derechos vinculados a esas prestaciones sociales.

Palabras clave: Derechos económicos sociales y culturales. Proceso Administrativo. Debido proceso administrativo. Elementos del debido proceso administrativo. Límites a la discrecionalidad estatal.

prevent, within the field of social politics, the recognition of the possibility to demand civil rights such as the right for equality and non-discrimination, the right for access to information or social rights that set boundaries or minimums to those politics. There is no theoretical neither practical impossibility to configure demandable rights in these fields too, in such a way as to add to the mechanisms of institutional control, whether administrative or political, the control they may exert upon the service providers or functionaries, the people who exert rights related to these social fringe benefits.

Key Words: Economic, social and cultural rights. Administrative process. Proper administrative process. Elements of a proper administrative process. Limits to the State discretionality.

SUMARIO: Introducción; 1. La discrecionalidad Estatal; 2. Límites a la discrecionalidad; 3. La discrecionalidad en el Sistema Interamericano. Conclusión: ¿Actos de gobierno o actos administrativos? Bibliografía

Introducción

Más aún que los derechos civiles son los sociales, a la par de los políticos, los más expuestos al asidero de la arbitrariedad de los órganos administrativos. Es ahí donde se reitera con mayor intensidad la discrecionalidad del Estado, para la fijación de muchas de las prestaciones que constituyen su objeto. Esto lo podemos observar en todo ejercicio del poder público: desde la fijación de las políticas públicas, a través de los planes nacionales de desarrollo, federales o estatales; las prescripciones de los ordenamientos de planeación y leyes orgánicas de la administración pública; y en la oficiosidad de los órganos de la administración durante el diseño, operación y evaluación de los programas sociales y los servicios públicos.

Una muestra del obrar estatal, mediante pautas de absoluta discrecionalidad, para mitigar la pobreza, la insalubridad, el escaso desarrollo en la población

vulnerable, es el denominado *Programa para el Desarrollo de las Zonas Prioritarias*¹, operado bajo la rectoría de la Secretaría de Desarrollo Social, en los términos de las disposiciones aplicables exclusivamente a la población en condiciones de pobreza, de vulnerabilidad, rezago y de marginación, de acuerdo a criterios del Consejo Nacional de Población (CONAPO) y de la evaluación del Consejo Nacional de Evaluación de la Política de desarrollo social (CONEVAL); en el mismo sentido de la discrecionalidad, la *Declaratoria de zonas de atención prioritaria, 2014*², formulada por la Cámara de Diputados, y cuyo fin es promover, por parte de las instancias institucionales y las políticas públicas la superación de la pobreza a través de la educación, la salud, la alimentación la generación de empleo e ingreso, autoempleo y capacitación, protección social y programas asistenciales; y el fomento del sector social de la economía; conforme lo establece el artículo 14 de la Ley General de Desarrollo Social, así como el apartado B del artículo 2 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos relativo a los derechos de los pueblos indígenas.

1. La discrecionalidad Estatal

Ante una situación así, uno debe plantearse primeramente el sentido del término de discrecionalidad en derecho, los significados que derivan de las muchas y diversas decisiones de los órganos administrativos como de aquellos jurisdiccionales que conocen de ella. Debiéramos comenzar por explorar el sentido lexical del término discrecional, es decir, aquello que no está sometido a regla sin que necesariamente dependa del criterio de una persona o autoridad dada, sino de aplicar el derecho acorde a las circunstancias de los casos que se ventilan.

Empero, como ya lo ha expresado el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), ha de tenerse presente que el lenguaje jurídico, al igual que el lenguaje común, no escapan de la indeterminación que es propia de ciertos vocablos, cuya definición abstracta adquiere un sentido específico sólo cuando es posible aplicarla en un caso concreto; sirva de ejemplo la cita de numerosos conceptos jurídicos, que algún sector de la doctrina califica como conceptos jurídicos indeterminados, de uso frecuente en los textos legales o inclusive en la jurisprudencia del más alto Tribunal, tales como *orden público*, *interés social*, *extrema necesidad*, *ruinosidad*, *utilidad pública*, *apariencia del buen derecho*, *importancia y trascendencia*, *bien común*, etc., los cuales adquieren un significado preciso y concreto sólo en presencia de las circunstancias específicas de cada caso particular. Cuándo una medida es contraria al *orden público*, cuándo un acto es contrario al *interés general*, cuándo un asunto es de *importancia y trascendencia*, cuándo un

¹ DOF: 28/12/2013, ACUERDO por el que se emiten las Reglas de Operación del Programa para el Desarrollo de Zonas Prioritarias, para el ejercicio fiscal 2014, consultado en http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5328343&fecha=28/12/2013

² DOF: 03/12/2013, DECRETO por el que se emite la Declaratoria de Zonas de Atención Prioritaria para el año 2014. Consultado en http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5324136&fecha=03/12/2013

particular goza de la apariencia del *buen derecho*, cuándo una edificación se halla en estado de *ruinosidad*, cuándo una persona se halla en *extrema necesidad*, son cuestiones que no pueden resolverse a través de una definición formal de los conceptos, sino únicamente mediante el examen de los casos particulares respecto de los cuales se plantea su aplicación.

Ocurre en estos casos que el legislador se ve precisado a emplear estos *conceptos jurídicos indeterminados* porque la solución de un asunto concreto depende justamente de la apreciación particular de las circunstancias que a él concurren, lo cual de ninguna manera significa que se deje en manos de la autoridad administrativa la facultad de dictar libremente o incluso arbitrariamente la resolución que corresponda, pues en todos estos casos, el ejercicio de la función administrativa está sometida al control de las garantías de fundamentación y motivación que presiden el desarrollo no sólo de las facultades regladas o discrecionales, sino también de aquellas en que ha de hacerse uso del arbitrio.³

Puede decirse, sin embargo, que el significado del término *discrecionalidad*, aun cuando connota la cualidad discrecional de un acto administrativo, está relacionado con complejas cuestiones de fondo; por lo que, en cierto modo, su definición exige atender tanto al significado lexical como al contextual; *verbi gratia*, la exposición de motivos de la Ley de Jurisdicción Contencioso- Administrativa de 1956 española, precisa que la discrecionalidad surge cuando el ordenamiento jurídico atribuye a algún órgano competencia para apreciar en un supuesto dado lo que sea de interés público.⁴ En ese contexto se tiene que todo poder discrecional, entendido como potestad, es atribuido por el ordenamiento. Resulta entonces que no hay discrecionalidad al margen de la ley ya que la potestad de optar, la habilitación disyuntiva entre varias opciones, todas igualmente válidas y aceptables, debe estar prevista y, por ende, sometida al orden jurídico.

2. Límites a la discrecionalidad

En este orden, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos que en reiterada jurisprudencia se ha pronunciado a favor de la necesidad de limitar y condicionar la llamada discrecionalidad estatal, como ocurrió en el *caso Baena Ricardo y otros*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha ponderado que:

En cualquier materia, inclusive en la laboral y la administrativa, la discrecionalidad de la administración tiene límites infranqueables, siendo uno de ellos el respeto de los derechos humanos. Es importante que la actuación de la administración se encuentre regulada, y ésta no puede

³ No. Registro: 6668 / Novena Época / Instancia: Pleno / Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta / Tomo: XII, Julio de 2000 / Página: 278, A R 2617/96, fallado en sesión del 15 de mayo de 2000.

⁴ Citado por García de Enterría Eduardo, *Democracia, Jueces y Control de la Administración*, Ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2005, p 155.

invocar el orden público para reducir discrecionalmente las garantías de los administrados...⁵

No lejos de ello, el derecho nacional en Tesis aislada, ha interpretado que:

FACULTADES DISCRECIONALES DE LAS AUTORIDADES. LIMITACIÓN A SU EJERCICIO. El otorgamiento de facultades discrecionales a las autoridades no está prohibido, y ocasionalmente su uso puede ser conveniente o necesario para lograr el fin que la ley les señala; sin embargo, su ejercicio debe limitarse de manera que impida la actuación arbitraria de la autoridad, limitación que puede provenir de la propia disposición normativa, la cual puede establecer determinados parámetros que acoten el ejercicio de la atribución razonablemente, o de la obligación de fundamentar y motivar todo acto de autoridad.⁶

De lo que se colige que la discrecionalidad, bajo todos estos conceptos, debe ser entendida como la libertad electiva de que en ocasiones disponen los poderes públicos para decidir lo que estimen más conveniente de acuerdo con las circunstancias de cada caso, cuando la razón de ser de esa libertad sea distinta de la existencia de límites en el razonamiento jurídico y del legítimo ámbito de las pretensiones de las partes, de modo que cuando la misma existe se dan diversas soluciones jurídicamente válidas. Un aspecto que se debe excluir, es enfáticamente la discrecionalidad de juicio, entendida como la interpretación de las nociones y conceptos que se prevén en las normas. No se trata de una potestad para elegir, una de entre varias opciones, solo hay una conclusión pero no es evidente y, por tanto, esa alternativa es la que debe descubrirse o construirse para el caso particular.

En el ejercicio día a día de los tribunales y la doctrina, el concepto de discrecionalidad se ha tornado polivalente pues se relaciona a veces indistintamente, con algunas de las siguientes acepciones: a) política, b) técnica, c) margen de elección o apreciación para atribuir las consecuencias normativas por razones de oportunidad o conveniencia; d) interpretar y aplicar conceptos jurídicos indeterminados; y e) actos de la administración no sujetos a control jurisdiccional.

Cuando trata de *contenidos políticos*, es importante deslindar la función administrativa de la función política, de los actos administrativos de los actos de gobierno distinguiendo su naturaleza, sus objetivos, instrumentos pertinentes y sujetos que la ejercen. No obstante, en ambas situaciones existe una responsabilidad, sólo que los referentes y las sedes donde se pueden hacer valer son distintas. Empero, la distinción entre gobierno y administración como fundamento de una posible diferenciación, en cuanto al régimen jurídico de los actos administrativos y de gobierno, la distinción suele ser incierta y vaga que en la

⁵ Corte I.D.H., Caso Baena Ricardo y otros. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72

⁶ TESIS AISLADA CLXXXVII/2011, Amparo directo en revisión 894/2011. 15 de junio de 2011. Cinco votos. Ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo. Secretaria: Rosa María Rojas Vértiz Contreras.

práctica no distingue nada. Con carácter didáctico y general, solamente, se permite hoy la doctrina mencionar una posible diferencia entre *gobierno* y *administración*: nadie pretende obtener de allí conclusiones dogmáticas, ni sustraer en base a ella alguna porción de la actividad del Poder Ejecutivo al debido control de la justicia, cuyo fundamento, si es que lo tiene, no es jurídico. Por ello, debe eliminarse del lenguaje y la técnica jurídica el nombre y la teoría del *gobierno* o *los actos de gobierno*, *actos políticos*, *actos no justiciables*, *actos institucionales*, etc., porque no responden a una institución constitucionalmente válida, ni existe en la realidad legislativa y jurisprudencial como un concepto de caracteres propios o régimen jurídico específico.

No obstante esta interpretación, para la SCJN las decisiones adoptadas según criterios políticos son las únicas, auténticas y puras, expresiones de discrecionalidad. Por esa razón, escapan a cualquier tipo de control en sede judicial, en tanto no es jurídico su núcleo esencial. Este criterio es el que informa la tesis siguiente:

CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. LAS CUESTIONES MERAMENTE POLÍTICAS NO SON SUSCEPTIBLES DE ANÁLISIS EN SEDE JUDICIAL.- Con la finalidad de ejercer correctamente el control constitucional, es necesario observar la mayor prudencia en el uso de las facultades propias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y discernir las causas justiciables de las que no lo son. En razón de lo anterior, aquellos casos que involucran el estudio de una cuestión meramente política no son susceptibles de análisis en sede judicial mediante controversia constitucional, cuyo objeto de tutela está claramente delimitado al ámbito de atribuciones que la Constitución Federal confiere a los órganos originarios del Estado, pues, si bien es cierto que a través de este medio de control es posible plantear cuestiones que comporten aspectos de índole política, en atención a la naturaleza de las entidades, poderes u órganos legitimados para intervenir en el proceso, también lo es que, de examinarse asuntos que correspondan en su totalidad a esa esfera de actuación, se caería en la judicialización de cuestiones estrictamente políticas, excediendo con ello los fines y principios que con el aludido medio de control constitucional pretenden salvaguardarse.⁷

Por otra parte, cuando se trata de un margen de elección o apreciación para atribuir las consecuencias normativas por razones de oportunidad o conveniencia; a lo cual también se le denomina *libertad de elección*, concepto que merece distinguir de la arbitrariedad, donde no hay controles, principios ni valores que encaucen a mantener una razonabilidad para satisfacer, de la mejor manera, con la máxima eficiencia y perspectivas, el interés público.

⁷ No. Registro: 169,915 / Tesis aislada / Materia(s): Constitucional / Novena Época / Instancia: Primera Sala / Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta / Tomo: XXVII, Abril de 2008 / Tesis: 1a. XXXV/2008 / Página: 1780.

Asimismo, en los casos de interpretar y aplicar *conceptos jurídicos indeterminados*; y, cuando se refiere a *actos de la Administración no sujetos a control jurisdiccional*. En este aspecto cabría diferenciar actos discrecionales por razones sustanciales esto es, los que admiten dos o más soluciones válidas, cualquiera de ellas; de los no justiciables –no sujetos a control judicial– por razones jurídico-formales. La tendencia en el auténtico y funcional Estado de Derecho es que siempre exista ese control, aunque con matices de intensidad.

3. La discrecionalidad en el Sistema Interamericano

En un caso de relevancia para el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) en materia del derecho a la seguridad social, el *Caso Cinco Pensionistas*,⁸ estaba en juego la reducción del monto de los haberes jubilatorios de cinco pensionistas, que habían trabajado en la Administración pública de Perú, y la falta de acatamiento de las decisiones judiciales que ordenaron su pago conforme a su régimen originario de cálculo.

Las víctimas habían prestado servicios en la Administración pública por más de 20 años. Concretamente, se desempeñaron como funcionarios de la Superintendencia de Banca y Seguros del Perú (conocida como "SBS"). Conforme a la normativa vigente al tiempo de su jubilación, el Estado les reconoció el derecho a una pensión de cesantía nivelable, progresivamente, de conformidad con la remuneración de los servidores públicos en actividad de las respectivas categorías, que ocuparan el mismo puesto o función análoga al que desempeñaban los pensionistas al momento en que cesaron de trabajar. Ahora bien, una vez que estos pensionistas ya gozaban de su jubilación conforme a este régimen de cálculo, la SBS redujo los montos de sus pensiones a la quinta o sexta parte de su valor nominal, según de quien se tratara y luego, desconoció las sentencias de la Corte Suprema de Justicia y del Tribunal Constitucional del Perú "que ordenaron a órganos del Estado peruano pagar a los pensionistas una pensión por un monto calculado de la manera establecida en la legislación vigente para el momento en que éstos comenzaron a disfrutar de un determinado régimen pensionario"

En este marco, la Corte se refirió nuevamente a los límites que cabe atribuirle al actuar de la Administración y a su relación con el debido proceso legal. En su sentencia de 28 de febrero de 2003, destacó el Tribunal:

En vez de actuar arbitrariamente, si el Estado quería dar otra interpretación al Decreto-Ley N°20530 y sus normas conexas, aplicables a los cinco pensionistas, debió: a) realizar un procedimiento administrativo con pleno respeto a las garantías adecuadas, y b) respetar, en todo caso, por sobre las decisiones de la administración, las determinaciones que adoptaron los tribunales de justicia.

En el examen de casos que involucran, entre otros, derechos económicos, sociales y culturales, derechos de los pueblos indígenas, de los migrantes y el ambiente, tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como la Corte Interamericana

⁸ Corte I.D.H., Caso Cinco Pensionistas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98.

de Derechos Humanos han gestado un claro estándar relativo a la plena aplicabilidad de la garantía del debido proceso legal en los procedimientos administrativos.

Ambos órganos han establecido que el debido proceso legal debe ser respetado en todo procedimiento tendiente a la determinación de derechos de las personas. En palabras de la Corte, el artículo 8.1 de la Convención Americana es igualmente aplicable a toda situación en la que alguna autoridad pública, no judicial, dicte resoluciones que diriman obligaciones y derechos.

En este orden de ideas, el SIDH ha subrayado la necesidad de regular y restringir la discrecionalidad estatal. Así, la Corte y la Comisión interamericanas de derechos humanos han establecido que la labor de la Administración posee límites concretos y que entre ellos se encuentra el respeto de los derechos humanos. En este punto, en casos que involucran a sectores especialmente vulnerables, la Corte ha identificado la necesidad de trazar vínculos entre los alcances del debido proceso legal administrativo y la efectiva vigencia de la prohibición de discriminación.

El SIDH ha comenzado a identificar los elementos que componen la garantía en sede administrativa. En este sentido, la Comisión ha considerado que entre los elementos componentes del debido proceso legal administrativo se encuentra la garantía de una audiencia para la determinación de los derechos en juego. De acuerdo con la CIDH, dicha garantía incluye: a) el derecho a ser asistido jurídicamente; b) el derecho a ejercer el derecho de defensa y c) el derecho a disponer de un plazo razonable para preparar los alegatos y formalizarlos, y para promover y evacuar las correspondientes pruebas. La Comisión también ha considerado a la notificación previa sobre la existencia misma del proceso como un componente básico de la garantía.

El derecho a contar con una decisión fundada sobre el fondo del asunto y la necesidad de garantizar la publicidad de la actuación administrativa, también han sido puntualizados tanto por la CIDH como por la Corte como elementos que integran el debido proceso legal.

A su vez, el derecho al plazo razonable del proceso administrativo ha sido enfáticamente resaltado por ambos órganos del SIDH, entre los componentes de la garantía. La Corte IDH ha fijado aquí un estándar claro. Así, ha establecido que un retraso prolongado en un procedimiento administrativo configura, en principio, una vulneración del artículo 8 de la Convención Americana y que a fin de desvirtuar tal desenlace, el Estado debe probar que la demora del proceso se originó en la complejidad del caso o en la conducta de las partes en el mismo.

Por último, otro elemento de la garantía del debido proceso legal en sede administrativa que ha tenido desarrollo en el SIDH, es el derecho a la revisión judicial de decisiones administrativas. En este punto, la CIDH ha determinado que toda norma o medida que obstaculice el acceso a los tribunales, y que no esté debidamente justificada por las razonables necesidades de la propia

administración de justicia, debe entenderse contraria al artículo 8.1 de la Convención Americana.

Conclusión: ¿Actos de gobierno o actos administrativos?

En el sistema jurídico nacional debe operar la exclusión del nombre y la teoría de actos de gobierno, políticos, etc., por ser conceptos más sociológicos que jurídicos y debe procederse a la subsunción de éstos dentro del concepto y régimen jurídico de los actos administrativos. Porque todos los actos del Poder Ejecutivo están sujetos a revisión judicial en virtud de la Constitución, y de hecho los tribunales ejercen su jurisdicción sobre estos actos. Así también, todos los actos del Poder Ejecutivo y la administración pública que lo conforma, en cualquier nivel de gobierno, están sujetos no sólo a la Constitución, sino también a la legislación, de acuerdo a nuestro sistema constitucional, porque de hecho existen variadas leyes que se aplican directa o indirectamente a todos esos actos, y han sido declaradas constitucionales; y porque cuando un acto general no puede ser atacado directamente sino en los casos en que se lo aplica, y un acto particular no puede ser atacado por personas a quienes no afecta derechos subjetivos, no se aplica construcción alguna específica a un sector de actos políticos o similares, sino principios comunes a toda actividad administrativa. En particular, si en algún caso no hay una persona legitimada procesalmente para lograr la anulación de un acto cualquiera, ello no significa que el acto sea inatacable por su propia “naturaleza” o “esencia,” sino que la persona de que se trata no está afectada por él, según el régimen procesal. En cambio, si se presenta una persona que en el caso está efectiva y directamente lesionada por el acto, ella puede no sólo impugnarlo, como cualquiera, sino además obtener su anulación. Todo ello sin perjuicio de que la persona tiene siempre la garantía constitucional de atacar el acto, de acudir al tribunal en procura de la defensa de lo que ella entiende son sus derechos: Podrá resultar en última instancia que no esté legitimada para la anulación, pero sí lo estará para la impugnación, y por tanto esto no quita que el tribunal deba estudiar su demanda o recurso, analizar y revisar el acto para determinar simultáneamente si es válido o inválido y si afecta o no a la persona que lo ataca. El acto en sí, pues, no tiene ningún supuesto carácter irrevisable. Por ello, debe eliminarse del lenguaje y la técnica jurídica el nombre y la teoría del *gobierno* o los *actos de gobierno*, *actos políticos*, *actos no justiciables*, *actos institucionales*, etc., porque no responden a una institución constitucionalmente válida, ni existe en la realidad legislativa y jurisprudencial como un concepto de caracteres propios o régimen jurídico específico. Por otra parte, como se expuso antes, las sentencias, opiniones consultivas e informes aquí reseñados, evidencian la evolución del SIDH en materia de fijación de estándares relativos al establecimiento de normas y pautas para la actuación de las autoridades estatales y la consagración de un debido proceso legal en la esfera administrativa.

Bibliografía

- Comisión Interamericana de los Derechos Humanos, Informe N° 57/05, Petición 12.143, admisibilidad, Eduardo Perales Martínez, Chile, 12 de octubre de 2005.
- Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17
- CORTE I.D.H., Caso Baena Ricardo y otros. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72
- CORTE I.D.H., Caso Cinco Pensionistas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98.
- CORTE I.D.H., Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130.
- CORTE I.D.H., Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados.
- DOF: 28/12/2013, ACUERDO por el que se emiten las Reglas de Operación del Programa para el Desarrollo de Zonas Prioritarias, para el ejercicio fiscal 2014, consultado en http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5328343&fecha=28/12/2013
- DOF: 03/12/2013, DECRETO por el que se emite la Declaratoria de Zonas de Atención Prioritaria para el año 2014. Consultado en http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5324136&fecha=03/12/2013
- GARCÍA DE ENTERRÍA Eduardo, Democracia, Jueces y Control de la Administración, Ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2005.
- No. Registro: 169,915 / Tesis aislada / Materia(s): Constitucional / Novena Época / Instancia: Primera Sala / Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta / Tomo: XXVII, Abril de 2008 / Tesis: 1a. XXXV/2008 / Página: 1780.
- No. Registro: 6668 / Novena Época / Instancia: Pleno / Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta / Tomo: XII, Julio de 2000 / Página: 278, A R 2617/96, fallado en sesión del 15 de mayo de 2000.
- Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18.
- TESIS AISLADA CLXXXVII/2011, Amparo directo en revisión 894/2011. 15 de junio de 2011.

La reforma híbrida. Las transformaciones constitucionales a las instituciones de justicia y al Estado mexicano en la última década*

Arturo Alvarado Mendoza**

RESUMEN: En este artículo se analiza la profundidad de la reforma judicial en curso en México y las consecuencias para la construcción de un Estado democrático de derecho. El autor analiza tres grandes reformas complejas, la reforma de la justicia de menores, la reforma penal que crea el sistema acusatorio oral, y la reciente reforma de derechos humanos que transforma profundamente tanto la Constitución como el sistema normativo general en el país. Las reformas no tienen una dirección única y varios aspectos de las mismas han producido efectos ya negativos en el ejercicio de derechos y el acceso a la justicia para la población. El autor propone una teoría del cambio institucional y

ABSTRACT: This article analyses the depth of the ongoing judicial reform in Mexico and the consequences for the construction of a Democratic Rule of Law. The author analyzes three major complex reforms, the juvenile justice reform, the penal reform that creates the accusatory-oral system, and the recent Human Rights Reform that deeply transforms both the constitution and the overall normative system in the country. Reforms have no a unique direction and several aspects of them have produced already adverse effects in the exercise of rights and access to justice for the population. The author proposes a theory of institutional change and a set of hypothesis related to hybridism and organizational isomorphism to interpret the transformation of both the judicial system and the Mexican State, and

* Artículo recibido el 15 de agosto de 2014 y aceptado para su publicación el 14 de octubre de 2014.

** Profesor Investigador y actual Director del Centro de Estudios Sociológicos (CES) del Colegio de México.

conjunto de hipótesis relacionadas con la hibridez e isomorfismo organizativo para interpretar la transformación tanto del sistema judicial y el Estado de México, y analiza un conjunto específico de cambios legales en los estados mexicanos.

Palabras clave: Reforma judicial, Código Penal, Derechos Humanos, Estado de Derecho, Procesos Penales y Jóvenes.

analyzes a specific set of legal changes in Mexican states.

Keywords: Judicial reform, Penal code, Human rights, Rule of Law, Criminal Proceedings and the Young.

SUMARIO: 1.- Historia de los sistemas penales mexicanos, 2.- El nuevo Estado de derecho y de hecho en México, 3.- Las reformas a los procesos penales en tres entidades. Conclusión. Bibliografía. Anexos.

1.- Historia de los sistemas penales mexicanos

En las décadas recientes varios Estados de América Latina han ido reformando sus sistemas penales para establecer un régimen de protección “integral”, orientado hacia los derechos de las personas así como de las y los niños, acorde con los lineamientos internacionales. Entre los propósitos de estas reformas está adecuar el marco normativo de cada país al derecho internacional vigente, debido a que las normas y las instituciones del sistema penal “tradicional” eran consideradas injustas, ineficaces, poco efectivas e impedían el ejercicio pleno de los derechos, tanto del procesado como de la víctima.¹ Otro de sus propósitos ha sido regular y limitar el poder punitivo del Estado.

Esto ha producido un sistema con múltiples formas de tratamiento y con una diversidad de instituciones de justicia. Además, ha creado una extensa y diversa legislación en materia de derechos de los adultos, así como de los adolescentes y los niños, que incluye normas para tratamientos y penas alternativas, “sistemas” de mediación y resolución alterna de conflictos (y de reparación del daño).

¹ Entre los objetivos estaban establecer con nitidez la presunción de inocencia, crear una defensa adecuada, dar garantías a las víctimas y precisar las del acusado; establecer criterios de oportunidad, etc. La suprema Corte de Justicia de la Nación de México en el 2005 encomendó desarrollar un estudio para contribuir a la adecuada implementación de la reforma penal (Nieves, 2011: 34). A este estudio debemos agregar que hubo propuestas tanto de grupos políticos, profesionales y civiles en México, de nuevas organizaciones profesionales y organismos internacionales que promovieron estos cambios (escuelas de derecho), así como presiones internacionales (por ejemplo del gobierno de los EUA y de la UE).

Formalmente, la legislación en América Latina ha tomado en cuenta las bases sugeridas o acordadas por organismos internacionales para implementar sistemas de protección de los derechos humanos, así como un régimen específico para adolescentes.² También se han creado nuevas figuras e instituciones del derecho indígena (de acuerdo con el art. 420 CNPP). Todo esto ha producido no sólo un sistema dual, sino de múltiples alternativas para resolver ‘conflictos’ con la ley. Sin embargo, este no ha contado con un apoyo político ni social mayoritario y en muchos casos la implementación de las normas se ha encontrado con numerosos obstáculos políticos, así como sociales (véase por ejemplo el debate sobre la reducción de la edad penal en A. L.) y judiciales, incluso policiales y militares. Esto ha resultado en una lenta y sinuosa implementación de las reformas sugeridas o programadas, así como de otras enmiendas que contradicen ciertos principios (como la prisión preventiva), de forma tal que hoy día existe una heterogeneidad aún mayor en las normas y en las instituciones, que no necesariamente resuelve los problemas para los que se hicieron los cambios.

México fue uno de los últimos países del continente que realizó estos cambios, y su proceso de reformas no ha sido lineal; han existido episodios de cambios con retrocesos. Podría argumentarse que la agenda de estas reformas comienza desde la reforma al Poder Judicial de 1994. Pero fue realmente la alternancia presidencial en el año 2000, la que abrió la oportunidad histórica de una serie de cambios políticos y jurídicos, planteando abiertamente una cuestión: la relación entre la democratización del régimen político electoral y la necesidad de ajustar el “régimen” constitucional-jurídico y sus instituciones para enfrentar el reto de crear un Estado democrático de Derecho.

Como resultado, hoy día el “sistema” de justicia es un enorme y complejo aparato sin una lógica uniforme de operación, gobernado por criterios políticos del momento y no por un bien diseñado programa de acción (Alvarado, 2008: 46).³ Si bien pareciera que los Derechos Humanos han sido el eje articulador de los cambios, no ha existido una propuesta integral de las enmiendas y diferentes legisladores han dado interpretaciones distintas a estos principios. Implementar las nuevas iniciativas en el marco de la democratización tampoco ha sido consistente. El primer anuncio importante ocurrió hasta el año 2004 cuando se lanzó un Programa Nacional de Derechos Humanos, pero tardamos siete años más en establecerlos como principios generales.

² Los principios generales bajo los cuales se rigen estos sistemas parten de la Convención sobre los Derechos del Niño de la ONU aprobadas en 1989, así como de las reglas de Beijing.

³ ALVARO, Arturo, Editor. La reforma de la justicia en México. Centro de estudios Sociológicos, El colegio de México, primera edición, México, D. F., pp 46, 2008.

En lo que respecta al sistema penal y a la creación de nuevas garantías, la primera reforma constitucional considerable en la materia ocurrió en diciembre de 2005, con las enmiendas a los artículos 4 y 18 constitucionales, que crearon un nuevo sistema de derechos para niños y adolescentes. El propósito de la legislación y de las nuevas instituciones ha sido establecer y garantizar la protección integral de sus derechos; así, los ciudadanos y los menores de edad se convertirían en sujetos con derechos plenos y quedó definida con mayor claridad la responsabilidad de protección estatal así como los límites a su poder punitivo.

La nueva disposición de los artículos 4 y del 18 constitucionales en materia penal, estableció obligaciones a la Federación, a los Estados y al Distrito Federal, para el establecimiento de un sistema integral de justicia para menores, a quienes se les atribuyera la comisión de conductas tipificadas como delitos; también estableció la obligación para crear instituciones, tribunales y autoridades especializadas en la procuración e impartición de justicia para adolescentes.⁴ A partir de esta reforma se ha producido una nueva era de legislación en torno a las figuras jurídicas todavía vagas de jóvenes y de adolescentes.⁵ A este proceso se adicionó la reforma de 2008 al art. 20 constitucional que establece los juicios acusatorios y que se complementó con la reforma constitucional de 2011 en materia de derechos humanos, que introduce el concepto pro-persona.

Poco después, en 2006 comenzó un proceso de consultas que culminó en 2008 con una reforma constitucional al sistema de justicia penal, por lo cual fue creado un nuevo sistema acusatorio-adversarial, con un horizonte de cambios hasta 2016.⁶

⁴ De acuerdo con Mónica González Contró (2008) el Estado mexicano ratificó la Convención sobre los Derechos del Niño en 1990; sin embargo fue hasta el 7 de abril de 2000 que fue reformado el artículo 4 constitucional, incorporando a los niños y niñas al lenguaje constitucional. En diciembre de 2005 la adecuación constitucional se completó con la reforma al artículo 18 constitucional. González Contró: comentario del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México acción de inconstitucionalidad 37/2008 promovente: Comisión Estatal de Derechos Humanos de San Luis Potosí. La reforma al artículo 18 constitucional reconoció a los adolescentes como sujetos de derecho y no como objetos de tutela y determinó la creación de dos sistemas dirigidos a niños, niñas y adolescentes, independientes entre sí: 1) un sistema de protección, y 2) un sistema de justicia penal. (González, 2008: 2; Vasconcelos, 2009).

⁵ Existen varias convenciones internacionales que proponen establecer las edades de las personas sujetas a esta legislación. En la gran mayoría de los casos, la edad fluye entre los 12 y los 18 años de edad. Un límite común en todos los regímenes son los 18 años (Alvarado, 2012).

⁶ El 18 de junio de 2008 fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el Decreto por el que se reforman los artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22; las fracciones XXI y XXIII del artículo 73; la fracción VII del artículo 115 y la fracción XIII del apartado B del artículo 123, todos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Mediante esas reformas, el sistema transita del procedimiento semi-inquisitorio al acusatorio y oral. Entonces se insertaron dos figuras contrastantes, por un lado la presunción de inocencia y por otro la prisión preventiva (ver art. 18).

La reforma más reciente en materia de derechos humanos data de 2011. Esta ‘armoniza’ la Constitución con el derecho internacional en la materia y establece obligaciones del Estado en su respeto y promoción. Analizar este proceso requiere un estudio más profundo. Para este trabajo baste con mencionar los aspectos nodales y como éstos se articulan o producen modificaciones adicionales a las reformas que hemos venido mencionando. Los nuevos principios complementan o modifican la forma en que venían estableciéndose derechos y garantías para los procesos penales. Entre estos principios están: a) El principio pro persona; b) Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad; las obligaciones de prevención, investigación, sanción y reparación de violaciones a los derechos humanos; c) La prohibición de celebrar tratados que alteren o menoscaben los derechos humanos; d) La regulación de los límites, casos y condiciones para la suspensión y restricción provisional del ejercicio de algunos derechos humanos; e) El requisito de previa audiencia para la expulsión de extranjeros; f) La exigencia de que las autoridades funden, motiven y hagan pública la negativa de aceptar o cumplir las recomendaciones sobre derechos humanos; y g) La ampliación de la competencia de las comisiones de derechos humanos, para conocer asuntos laborales e iniciar controversias.⁷

El marco general de estas reformas concuerda con la suscripción de obligaciones y tratados internacionales en materia de derechos generales, así como de temas penales, laborales, de discriminación, respeto y promoción de los derechos.

No obstante estos avances, seguimos enfrentando una enorme distancia entre las normas y su ejercicio-cumplimiento. Además, existe otra legislación paralela a las reformas que tendrá consecuencias en la implementación y en la ejecución de las nuevas leyes. El 2 de abril de 2013 fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el decreto por el que se expidió la Nueva Ley de Amparo Reglamentaria. Con ello se satisfizo el interés de contar con una legislación que fuera congruente con las reformas a la Constitución Política para llevar a cabo la implementación del Nuevo Sistema Penal. En fecha reciente se creó un nuevo Código Nacional de Procedimientos Penales (publicado el 5 de marzo de 2014) que está propuesto como código único. También fue diseñada la Ley Nacional de

⁷ Entre los cambios más importantes están la ampliación y cambio “De las garantías individuales”, a “Los derechos humanos y sus garantías”(art.1); la libertad de tránsito (art.11), la (cobertura) de los tratados internacionales en materia de derechos (art.15), la facultad de la CNDH de iniciar controversias constitucionales contra leyes que vulneren estos derechos (art. 105), y el art. 133 que establece la elevación a rango constitucional de las normas de derechos humanos previstas en tratados internacionales. Ahora, “Los tratados internacionales se ubican jerárquicamente por encima de las Leyes Federales y en un mismo plano respecto de la Constitución Federal, con lo cual conforman el orden supremo”(Ver artículo 133 constitucional).

Justicia Alternativa (en espera de publicación) y la Ley Nacional de Ejecución de Sanciones (en espera de publicación).⁸

Este proceso legislativo ha transformado radicalmente las instituciones de justicia mexicana en muchas direcciones. En primer lugar, tendrán consecuencias para la transformación del poder judicial, así como para la modificación de las instituciones penales a nivel federal y estatal. En segundo lugar, habrá algunos ajustes al procedimiento de los juicios dentro del sistema adversarial, acusatorio, oral. En tercer lugar requerirá, una nueva lectura de la ley de amparo. En cuarto lugar, la reciente creación de un código único afectará a su vez a los procedimientos penales de las entidades federativas (y requerirá adecuaciones de otras leyes). En quinto lugar, están las leyes nuevas sobre mediación y medidas alternativas a las sanciones penales (tradicionales). En sexto lugar, el nuevo sistema de adolescentes crea al menos un sistema dual. En séptimo lugar, están las disposiciones en materia de derechos indígenas.

Si bien, formalmente, los nuevos regímenes penales son menos “duros”, limitan la capacidad punitiva del Estado y ha incluido sistemas pedagógicos y de justicia alternativa, todavía existen límites a las garantías, violaciones al debido proceso, maltrato, discriminación y erosión de los derechos. Estas vulneraciones en parte, son construidas por las policías y las fuerzas coercitivas del estado. El Ejecutivo Federal como los gobernadores deberían ahora revisar la cascada de reformas penales de corte punitivo que ocurrieron sobre todo entre 2006 y 2012, particularmente contra la delincuencia organizada y el narcotráfico (por ejemplo, la prisión preventiva, el arraigo y las excepciones en las garantías de procesados en este tema, la detención de menores antes de ser procesados, incluso la cadena perpetua en el delito de homicidio o la reducción de la edad penal para adolescentes) porque estas leyes debilitaron la procuración de justicia y vulneraron los derechos humanos. Han existido también tendencias a forjar nuevas modalidades delictivas, como el secuestro exprés, los feminicidios o incluso contra el aborto. Muchas de estas leyes afectan los derechos establecidos en convenciones internacionales, como lo mostraremos más adelante. Este proceso ha creado distintas leyes con el mismo estatus jurídico, que pueden contradecirse o contraponer derechos y obligaciones. Es pertinente considerar que estas leyes fueron el resultado del incremento de la violencia criminal y organizada en México, que ha producido respuestas sub-óptimas del Estado mexicano y ha contribuido a un clima de inseguridad, vulnerabilidad e incertidumbre. Hay un aumento de la mortalidad por armas de fuego entre la población joven⁹ y también

⁸ Sexto Foro Nacional Sobre Seguridad y Justicia. SETEC.

⁹ ALVARADO, Arturo, *Mortalidad juvenil en México*, México, El Colegio de México, 2012.

de jóvenes detenidos sin juicio,¹⁰ procesados sobre todo, por delitos relacionados al tráfico de drogas ilegales. En forma paralela, tenemos un incremento en las detenciones y procesamientos de jóvenes adolescentes entre 14-18 años de edad y más aún entre 18 y 35 años de edad.¹¹

2.- El nuevo Estado de derecho y de hecho en México

Esta normatividad ha creado un nuevo conjunto de instituciones y varios regímenes penales “especiales”. Las instituciones van desde sistemas descentralizados de administración de controversias entre particulares, mecanismos de resolución de controversias (por conflictos o por delitos) hacia sistemas de protección y re-educación de menores, o propuestas de servicios a la comunidad, hasta nuevos complejos carcelarios. Este proceso es similar al ocurrido en otros países de América Latina, que han pasado por transiciones muy diversas, desde instalar centros de reclusión paralelos y anexos a las antiguas prisiones, hasta crear nuevas organizaciones dedicadas al tratamiento de adolescentes y adultos en sistemas de semi-libertad o de encierro. Algunas son “instituciones totales” (como parece ser el caso de la organización de sistemas de administración de infractores adolescentes en Sao Paulo, Brasil con el consorcio para la administración del bienestar de menores, FEBEM)¹². Todos ellos pretenden la reparación del daño y la reinserción de los infractores.

Si bien todos estos cambios aparecen como benéficos y positivos, la pregunta con la que partimos en varias investigaciones es ¿Cuáles son las consecuencias de estas reformas para la creación de un estado democrático de derecho?

El Estado mexicano ha pasado por muchas reformas de esa magnitud, tales como descentralización (municipal), o la descentralización de los servicios de salud y educación. También ha tenido grandes cambios político-electorales. Sin embargo, estos ocurrieron en un contexto de control federal de las entidades, así como de la concertación entre el gobierno (entonces al mando de un partido único) y la oposición. Hoy día la situación política es muy diferente, plural y competitiva. Esto ha conllevado a una politización del proceso de reformas al

¹⁰ PERES, Maria Fernanda, “Homicidios de jóvenes na América Latina: tendência das mortes no Brasil e em São Paulo”, en *Mortalidad juvenil en América Latina*, México, El Colegio de México, 2012.

¹¹ Una proporción importante de las detenciones de la Policía Federal y del ejército, así como de las muertes durante la llamada “guerra de Calderón”, son de jóvenes entre los 15 y los 29 años de edad (ver Alvarado, 2012). También han ocurrido trágicos eventos en distintos recintos carcelarios de jóvenes y de adultos, como masacres contra poblaciones migrantes. Esto también ha ocurrido en otros países como la sucedida en 2012 en el Centro de Detención de Menores de Recife, que produjo la muerte de algunos internos y la destitución del director del centro. En Guatemala han ocurrido varias masacres en las cárceles de adolescentes y de adultos jóvenes.

¹² GOFFMAN, Erving, *Asylums essays on the social situation of mental patients and other inmates*.

aparato de justicia, debido a que ésta ha estado sujeta a proyecciones políticas y normativas heterogéneas, a los ciclos políticos de elecciones presidenciales, de congresos y gobernadores. La reforma judicial ha entrado en la agenda y en los vaivenes de la competencia política. De allí que para entender los cambios es necesario ahora agregar el horizonte de los intereses (e incentivos) políticos con que cuentan los partidos y otros actores políticos para impulsar la reforma. Esto también nos muestra las contradicciones en las reformas estatales.

Los actores protagónicos del proceso son: el ejecutivo federal, que ha sido gobernado por dos distintos partidos en la última década; el congreso, en donde no hay mayorías estables; los gobernadores, entre los cuales no hay una hegemonía partidaria hoy; los partidos políticos; el propio poder Judicial Federal y los de las entidades (que incluye a jueces, secretarios, ministerios, a la procuración de justicia, a los ministerios públicos, policías y hasta otras fuerzas coercitivas del Estado, muchas de las cuales han sido los mayores obstáculos al cambio). No ha sido posible alinear todos los actores políticos clave para ejecutar las reformas con un eje coherente de principios y de resultados.

Esto ha requerido acuerdos políticos, normativos, con los poderes legislativos, con los gobernadores, con varias organizaciones civiles y con los partidos políticos. Es un complejo proyecto organizacional, en medio de un doble proceso de cambio y del incremento de la violencia criminal.

Por lo tanto cabe plantear una hipótesis de estudio sobre la transformación político organizacional del Estado Mexicano, como un modo de transición híbrido, que mezcla formas existentes con nuevas; es un isomorfismo. Lo que se está produciendo con los procesos de implementación de esta amplia reforma es una simbiosis, una hibridación del sistema anterior con un conjunto de prácticas nuevas.

El isomorfismo refiere a dos objetos dentro de una misma estructura (por ejemplo nuestro régimen político) en los cuales uno de ellos puede ser el inverso del otro. Para este trabajo me refiero a la posibilidad de que dentro de las nuevas formas organizacionales sustentadas en derechos humanos puedan existir otras inversas, incluso contradictorias, tales como la presunción de inocencia junto con el arraigo y la prisión preventiva. Así también pueden introducirse medidas pedagógicas y penas alternativas que si bien formalmente reconocen los derechos, por otra parte imponen castigos más severos que la vieja legislación, que era considerada injusta e ineficaz. Postulo la idea de que la forma de las organizaciones creadas traslapa, difiere y contradice otras viejas o nuevas, pero se inserta dentro del mismo órgano estatal. Esta forma estatal no puede ser entendida sólo por un modelo rígido de explicación de Estados basados en régimen democráticos liberales, sino que requiere entender al Estado como un sistema isomorfo. El “nuevo” Estado mexicano y sus instituciones de justicia combinan métodos y prácticas penales vetustos con otros sustentados en derechos humanos

(Con esto difiero de algunas hipótesis sobre la transición democrática en México y en América Latina, que hablan de zonas grises o de estados no liberales. En realidad si han surgido áreas democráticas y de derecho pleno, pero la heterogeneidad política, las relaciones de poder y los ciclos electorales combinados con la violencia emergente, han producido contradicciones en los cambios. En consecuencia, la agenda futura de cambios sería la concertación de fuerzas políticas para *homogeneizar*, equilibrar y unificar los principios en un eje cardinal que podrían ser los derechos humanos. Será un proceso de cambio organizacional nuevo).

En el caso del estado mexicano podemos observar un conjunto de procesos de imitación en las reformas, junto con otros que mantienen viejas formas y las mezclan, las combinan (como veremos en el caso de las leyes penales) resultando en un proceso de imitación, como también de reproducción de viejas reglas en nuevas formas, en este caso normativas y coercitivas.¹³

Un estudio de Alvarado y Zepeda,¹⁴ proponen que hay una simbiosis de prácticas, instituciones y autoridades antiguas con el nuevo régimen. Para exponer estos cambios con algunos ejemplos, partiré con el estado de Chihuahua, que fue una de las primeras entidades que implementó tanto el sistema acusatorio como el nuevo régimen para adolescentes. Tan numerosos han sido los cambios en un clima de intensa violencia, que la legislación para menores de 18 años que cometen delitos graves (tales como homicidio o secuestro) puede implicar recibir medidas “pedagógicas” de hasta 15 años de internamiento. Así también el sistema acusatorio combina ahora tanto el juicio oral como diversos procesos que vienen del anterior sistema inquisitorio.

Por lo que se refiere a la justicia de adolescentes, es un tema sociológico particular que puede explicarse desde esta interpretación. Las ciencias sociales han prestado poca atención a las reformas de los sistemas punitivos y de control-regulación de los actores “criminosos”; menos atención se ha puesto en los jóvenes infractores de las leyes, no obstante que estos están aumentando en todo el continente y son tanto sujetos como víctimas de violaciones a sus derechos humanos, de violencia permanente y de manipulación, control político de los gobernantes o de organizaciones criminales (como son los casos de varias instituciones carcelarias de jóvenes en Ciudad Juárez, en México, o en Recife, Brasil, o Guatemala). Es una realidad que combina viejas y nuevas prácticas institucionales y de castigo; que refleja los retos reales de reinserir a estos jóvenes

¹³ Ver: DiMaggio, P.J., & Powell, W.W. (1983). "The Iron Cage Revisited: Institutional Isomorphism and Collective Rationality in Organizational Fields." *American Sociological Review*, 48(2), 147-160.

¹⁴ ALVARADO, Arturo (coordinador), Zepeda Guillermo, et. al., *Indicadores de Seguridad Publica en México: Una discusión conceptual metodológica*, Secretaria de Seguridad Pública Federal, 2012.

en la sociedad y que muestra también las ventajas y límites de un régimen de garantías plenas frente a lo que está ocurriendo. Es una simbiosis de los sistemas anteriores con el nuevo régimen (una hibridación de las instituciones). La pregunta de fondo consiste en conocer si esos nuevos regímenes resuelven los viejos problemas de reconocimiento de derechos y garantías, y sustituyen los viejos regímenes carcelarios (con todos los cambios, coexisten el castigo con sus alternativas al tratamiento)¹⁵. ¿Podemos esperar un cambio total en estas reformas? O, por el contrario, ¿Observamos inercias políticas y burocráticas gobernando los cambios con resistencias y retrocesos? Propongo entender este proceso de cambios como una forma de hibridación del sistema y las organizaciones. Por ejemplo, en México, hemos experimentado procesos de transformación de las instituciones del Estado, particularmente en aquellos en los que formalmente ocurre un proceso de democratización, lo cual tendría como componente necesario la transformación de su sistema penal y mejorar el acceso a la justicia para los ciudadanos. Entre ellos tenemos las reformas electorales que forjan un órgano federal con grandes avances y otro conjunto de órganos electorales estatales que carecen de la capacidad técnica, organizativa, de la independencia y objetividad y que contradicen muchas reglas democráticas, el complejo proceso de descentralización que vivió el país desde los años ochenta y que ha tenido diversas etapas y muchas consecuencias importantes, tanto esperadas como no esperadas (el incremento de la pluralidad política de los gobiernos, pero también la notoria incapacidad del municipio para afrontar tareas básicas como la seguridad pública). En 1994 tuvo lugar una importante reforma al Poder Judicial de la Federación, con el propósito de convertirlo en un poder independiente, autónomo. Igualmente desde 1979 y en particular en 1997 ocurrieron varias reformas políticas, con consecuencias mayores para la construcción de los poderes públicos. ¿Podríamos equiparar la reforma judicial a estos procesos? El cambio en instituciones-organizaciones complejas cuestiona conductas y rutinas-inercias arraigadas: Poder judicial-jueces, MP, Policías, centros de internamiento. Esto incluye cambios en las prácticas de trabajo. Requiere crear estrategias institucionales, encontrar y ejecutar adecuadamente los recursos involucrados, seguir algunas guías o rutas y prever los resultados probables (los deseables y no esperados). Considero que el telón de fondo de estos procesos debería ser mejorar el acceso a la justicia.

La implementación de este sistema se ha acompasado con la reforma constitucional en materia penal, que pretende también establecer un sistema acusatorio con derechos plenos para víctimas y presuntos responsables de los

¹⁵ TENEMBAUM, Gabriel, 2014. "Qué castigo para nuestros jóvenes". Tesis de doctorado en Ciencia Social, con especialidad en Sociología, México, El Colegio de México (en proceso).

delitos. En este período de cambios varios estados han integrado a sus constituciones y leyes principios muy similares y los han acompasado con otros, como la presunción de inocencia, pero se consolidan otros retrasos, como la prisión preventiva y la excesiva penalización de delitos coyunturales, los delitos contra la salud y los de homicidio calificado así como otros crímenes contemporáneos (como el secuestro) han producido una nueva ola punitiva en donde imponen una privación de la libertad que sobrepasan las normas recomendadas en convenciones internacionales. Todas las entidades han iniciado alguna fase de las reformas, pero hay un atraso legislativo y en la implementación de nuevas instituciones. En otros estados como Q. Roo o Veracruz, el poder judicial adoptó la nueva reforma pero aún no establecen centros de atención a los jóvenes a quienes se les han dictado medidas de libertad asistida, como tampoco ha creado los nuevos centros de internamiento acordes con los principios internacionales y de la constitución.

Adicionalmente es necesario tomar en cuenta que existe otro sistema de administración de justicia y de imposición de penas (equiparables a las de los códigos penales) en los reglamentos administrativos impuestos por municipios y estados (como en los bandos de policía y buen gobierno, o en la Ley de Cultura Cívica para el D.F.) Así, el joven se enfrenta a leyes contradictorias y contrapuestas entre sí, como la ley para los jóvenes del D.F. (ver estadística de adolescentes sujetos a procesos en Alvarado, 2012, y de detenidos puestos a disposición del juez cívico en el D.F.),¹⁶ en un orden administrativo en manos del poder ejecutivo, fuera de la jurisdicción y control judicial. Con base en estas leyes o reglamentos, las autoridades administrativas de los poderes ejecutivos pueden arrestar a los jóvenes e imponerles multas y arresto por cometer actos punibles, sin que exista mediación de un juez independiente. Asimismo, es en este ámbito regulatorio donde las policías incurren en numerosas conductas que violan varios principios establecidos por las convenciones internacionales.

De esta manera, hay que analizar los cambios normativos y organizacionales de acuerdo con esta idea de isomorfismo. En la sección que sigue exponemos algunos casos de entidades que han implementado por completo estos cambios normativos.

3.- Las reformas a los procesos penales en tres entidades

A continuación ofrezco tres ejemplos de las modificaciones ocurridas en entidades que ya terminaron el proceso de “transición” al sistema acusatorio (ver cuadro 1). Con estos ejemplos muestro cómo los cambios normativos han producido normas,

¹⁶ ALVARADO, Arturo, *Mortalidad juvenil en México*, México, El Colegio de México, 2012.

instituciones y figuras nuevas, algunas que mejoran los procesos judiciales, otras contradictorias. El primer caso son las reformas penales del estado de Chihuahua (el cuadro 3 en donde apunto artículos clave de la nueva legislación penal y de la de adolescentes). El código penal establece hoy la pena de cadena perpetua (ver art. 29 de éste código). Esta pena supera cualquier proporcionalidad de una medida punitiva en México. Fue impuesta después de un intento del gobernador por imponer la pena de muerte, que tuvo que ser litigada y motivó una controversia constitucional que la desechó. Pero una consecuencia negativa de este intento ha sido que los menores de 18 años pueden llegar a purgar una pena de hasta 15 años por el delito (equiparado) de homicidio, aun cuando las convenciones y reglas internacionales indican lo contrario (Art. 109 et.al. de la Ley de Justicia especial para Adolescentes Infractores del Estado de Chihuahua). Asimismo, quedó establecida la prisión preventiva, que para los adolescentes significa mantenerlos en internamiento sin que hayan sido procesados. A esta tendencia se suman las nuevas medidas sobre los delitos contra la salud, que también implican privación de la libertad (art. 101). Así, mientras que en el art. 81 del Código Penal permite a los adultos sustituir la prisión por multa o trabajo en comunidad, en el caso de los adolescentes las reglas son distintas (ver artículo 89).¹⁷

Los agentes políticos del estado iniciaron un proceso de cambios que parecía apuntar a establecer derechos y garantías acordes con nuevos principios de derechos humanos, el aumento de la violencia criminal, las presiones políticas, un clima de la opinión pública favorable a medidas punitivas y un ciclo electoral que favorecía propuestas de campaña acordes con el incremento de las penas, llevaron a profundas contradicciones normativas. Otro caso que muestra la respuesta parcial y punitiva está definido en el art. 136, sobre el homicidio calificado de periodistas. Es una respuesta a la crisis que el estado ha tenido por los homicidios a representantes de los medios, que en realidad no ha resuelto la desprotección de estos profesionistas.

En estos casos la privación de la libertad no es utilizada como medida extrema y por el tiempo más breve que proceda sino como patrón de castigo. El poder punitivo del estado y la discrecionalidad en la aplicación de medidas aumentaron. Pero la aplicación de las medidas no depende del resultado de los estudios practicados a los adolescentes por el equipo técnico, si no de la conducta realizada,

¹⁷ Un adolescente que es juzgado por homicidio puede cumplir una pena de entre 5 y 15 años, dependiendo del estado en donde sea juzgado. En una entrevista al juez titular de la sala de adolescentes de Chihuahua, nos mencionaba que era posible que un adulto joven detenido y procesado por delitos graves tipificados en el código penal federal, ya sea por portar armas o pertenecer al “crimen organizado”, podría tener una pena menor que la de un joven procesado por delitos similar en el fuero común.

por lo que la duración de la medida está vinculada a la gravedad de la conducta tipificada como delito para los adultos. La reforma ordena que el internamiento debe ser utilizado sólo en mayores de 14 años y en caso de delito tipificado como grave.

El segundo ejemplo es el caso del estado de Morelos, en donde el tratamiento de adolescentes en acusados de cometer el delito de homicidio implica hasta nueve años de prisión. Y en el tercer caso que ya ha terminado de implementar los cambios tenemos al Estado de México. En el art. 24 de su Ley Justicia para Adolescentes, establece la prisión preventiva para menores de 18 años y una pena de cárcel hasta nueve años (art. 11). Si bien la medida es 6 años más “corta” que la de Chihuahua, está muy por encima de estándares internacionales y de los principios sugeridos por la normatividad. Los adolescentes son juzgados en cada entidad con base en la legislación de los estados, con grandes diferencias en los procesos penales, así como en las medidas que le son aplicadas. La suerte que un adolescente puede correr por cometer un delito “grave” entre un estado y otro puede llevarlo a castigos extremos en ciertas entidades. No hay proporcionalidad en las penas y esto vulnera sus derechos. Hoy día hay cerca de 8 mil jóvenes adolescentes han sido procesados bajo el nuevo régimen penal.

Conclusión

El proceso de transformación profunda del poder judicial y de las instituciones de justicia mexicana ha tomado caminos diversos y divergentes. Ha sido capturado dentro del proceso político de cambio, en medio de la heterogeneidad de los actores, de sus intereses y de ciclos electorales que han llevado a vaivenes improductivos del proceso de cambio.

La ejecución del sistema muestra algunos resultados ambivalentes; por una parte un proceso formalmente acorde con el nuevo derecho penal, pero la procuración de justicia sigue siendo el principal eslabón de violaciones a derechos de los adolescentes y de los adultos jóvenes.

Además, la lucha contra la corrupción y la impunidad en esta arena no ha rendido resultados efectivos y contundentes. Sobre todo esto permanece en una práctica político jurídico discrecional y punitiva.

En consecuencia, en el proceso de transformaciones del sistema de justicia existen retos nuevos y permanecen varios rezagos. Los actores políticos y las coaliciones políticas tendrán una tarea importante de homogeneizar ciertos principios y ofrecer un marco normativo en donde el poder judicial pueda actuar de mejor forma para permitir el acceso igualitario de todos los ciudadanos a la justicia. Esto permitiría imaginar en un futuro, el respeto irrestricto por las leyes y un estado democrático de derecho.

Referencias

Legislación

- CNPP. Código Nacional de Procedimientos Penales.2014.México: Cámara de Diputados del Congreso de la Unión.
- DOF. Diario Oficial de la Federación (miércoles 18 de junio de 2008).
- CPEC. Código Penal del Estado de Chihuahua.2014.México: H. Congreso del Estado de Chihuahua.
- CPEM. Código Penal del Estado de México.2000.México: Gobierno del Estado de México.
- CPEM. Código Penal para el Estado de Morelos.2013.México: H. Congreso del Estado de Morelos.
- <http://www2.scjn.gob.mx/asuntosrelevantes/> (Consultado el 26/08/2014).
- Ley de Justicia para Adolescentes para el Estado de Mexico.2013.Mexico: Gobierno del Estado de México.
- Ley de Justicia Especial para Adolescentes Infractores del Estado de Chihuahua.2013.Mexico: H. Congreso del Estado de Chihuahua.
- Ley de Justicia para Adolescentes del Estado de Morelos.2008.Mexico: Consejería Jurídica Gobierno del Estado de Morelos.

Bibliografía

- ALVARADO, Arturo (ed.), *La reforma de la justicia en México*, El Colegio de México, México, p. 46, 2008.
- ALVARADO, Arturo (coordinador), Zepeda Guillermo, et. al., *Indicadores de Seguridad Publica en México: Una discusión conceptual metodológica*, Secretaria de Seguridad Pública Federal, México, 2012.
- ALVARADO, Arturo, *El tamaño del infierno. Un estudio sobre la criminalidad en la zona metropolitana de la Ciudad de México*, El Colegio de México, México, 2012.
- ALVARADO, Arturo, *Mortalidad juvenil en México*, El Colegio de México, México, 2012.
- CARMONA TINOCO, Jorge, *La Reforma y las normas de derechos humanos previstas en los tratados internacionales*, UNAM-IIIJ, México, 2011.
- DIMAGGIO, P.J., & Powell, W.W., "The Iron Cage Revisited: Institutional Isomorphism and Collective Rationality in Organizational Fields." *American Sociological Review*, 48(2), 1983, pp. 147-160.
- GONZÁLEZ CONTRÓ, Mónica, *Derechos humanos de los niños: una propuesta de refundación*, UNAM, México, 2008.
- GOFFMAN, Erving, *Asylums essays on the social situation of mental patients and other inmates*. Double Day, New York, 1990, p. 321.

- GONZÁLEZ CONTRÓ, Mónica, *La reforma constitucional pendiente en materia de derechos de niños, niñas y adolescentes*, UNAM, México, 2008.
- INEGI, *Censo Nacional de Gobierno, Seguridad Pública y Sistema Penitenciario Estatales* 2013.
- NIEVES, José “Introducción y Características Generales del Nuevo Sistema de Justicia Penal”, *El nuevo sistema de Justicia Penal Acusatorio, desde la perspectiva constitucional*, Consejo de la Judicatura Federal, México, 2011, pp. 25-50.
- Periódico Oficial *Tierra y Libertad* del Estado de Morelos No. 5075, del 13 de marzo de 2013 en la página www.periodico.morelos.gob.mx
- PERES, Maria Fernanda, “Homicidios de juvenes na América Latina: tendência das mortes no Brasil e em São Paulo”, en *Mortalidad juvenil en América Latina*, El Colegio de México, México, 2012.
- Poder Judicial de la Federación, Consejo de la Judicatura. *Reformas Constitucionales en Materia Penal de Juicio de Amparo y Derechos Humanos*.
- TENEMBAUM, Gabriel, “Qué castigo para nuestros jóvenes”. Tesis de doctorado en Ciencia Social, con especialidad en Sociología, México, El Colegio de México (en proceso), 2014.
- VASCONCELOS MÉNDEZ, Rubén, *La justicia para adolescentes en México. Análisis de las leyes estatales*, UNICEF/UNAM-IIJ, México, 2009.

ANEXOS

CUADRO 1. ESTADO DE LA REFORMA E IMPLEMENTACIÓN DEL NUEVO SISTEMA DE JUSTICIA PENAL EN LAS ENTIDADES FEDERATIVAS (2014).

Entidades con implementación en la totalidad de su territorio	Entidades con implementación parcial en su territorio	Entidades que implementarán antes del tercer trimestre de 2014	Entidades que implementarán en el último trimestre de 2014	Entidades que implementarán en el 2015
Estado de México	Oaxaca	Jalisco	Colima	Distrito Federal
Chihuahua	Zacatecas	San Luis Potosí	Guerrero	Michoacán

Morelos	Durango	Querétaro	Hidalgo	Campeche
	Baja California	Quintana Roo	Nayarit	
	Guanajuato	Sinaloa		
	Yucatán	Aguascalientes		
	Nuevo León	Baja California Sur		
	Chiapas	Tlaxcala		
	Tabasco			
	Puebla			
	Veracruz			
	Coahuila			
	Tamaulipas			

*El estado de Sonora implementará el nuevo sistema de justicia penal en 2016. El 18 de junio de 2016 es la fecha límite para que el Nuevo Sistema Penal opere totalmente en el país. *En 2011 había* 23 entidades con gobierno de mayoría del PRI; 17 del PAN (7 Estados) y uno del PRD, junto con la Ciudad de México. Fuente: Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia.

CUADRO 2. CONVENCIONES, ACUERDOS Y NORMAS INTERNACIONALES QUE SUSTENTAN LAS REFORMAS

Acuerdos o normas internacionales	Año	Principio
Declaración y Programa de Acción de Viena	1994	México se comprometió para llevar a cabo políticas públicas con enfoque de derechos humanos.
Reformas constitucionales en materia de derechos indígenas	1995	Establecen principios parciales y limitados de reconocimiento los derechos indígenas.
Acuerdo de Cooperación Técnica	2000	Firmado por Vicente Fox para fortalecer las

		capacidades del Estado en derechos humanos.
Diagnóstico sobre los Derechos humanos en colaboración con la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas	2003	Evaluar el cumplimiento de los derechos humanos y ajustar las leyes nacionales a las normas y compromisos internacionales.
Programa Nacional de los Derechos humanos	2004	Proponía que los derechos humanos fueran el eje rector de la política nacional.
Carta Compromiso	2007	Crear el Comité coordinador que elabora el Diagnóstico y el Programa de Derechos humanos del Distrito Federal.
Programa de Derechos humanos	2008	Una Unidad de Promoción y Defensa de los Derechos Humanos será la responsable de verificar el avance del Programa.
Programa de Derechos Humanos del Distrito Federal	2009	Reconocer que los derechos humanos están presentes en todas las actividades del Estado.
Publicación de la Ley del Programa de Derechos Humanos del Distrito Federal	2011	Los derechos humanos son el fundamento para el diseño, la ejecución, el seguimiento y la evaluación de las políticas públicas en la Cd. De México.
Reforma Constitucional	2011	Integra los principios de

		Derechos Humanos en la Constitución.
--	--	--------------------------------------

Fuente: Elaboración del autor con base en investigación documental.

CUADRO 3. REFORMAS AL CÓDIGO PENAL Y A LA LEY DE JUSTICIA DE ADOLESCENTES DEL ESTADO DE CHIHUAHUA. CONTRASTE ENTRE LAS DISTINTAS NORMAS APLICABLES.

Código Penal		Ley de Justicia especial para adolescentes infractores	
Artículo 136	Se tipifica el homicidio calificado cometido contra empleados de medios de comunicación, con motivo y en ejercicio de su actividad.	Artículo 37	Comprende la alternancia de periodos de privación de la libertad y tratamiento de la misma que conduzcan a la reinserción social.
Artículo 29	Instituye la prisión vitalicia o cadena perpetua. Rechaza la pena de muerte.	Artículo 89	Se agrega la estancia domiciliaria sin custodia a los tipos de medidas sancionadoras.
Artículo 32	Se tipifica el delito de secuestro exprés.	Artículo 46	Procederán las formas alternativas de justicia con excepción de los delitos de homicidio doloso, secuestro, secuestro exprés, extorsión, robo de vehículo cometido con violencia en las personas, violación cuando se realice por medio de la violencia física o moral, tortura, trata de personas, desaparición forzada de personas y tráfico de menores, tanto si quedaran consumados como si sólo se manifiestan en

			grado de tentativa en aquellos que la permitan.
Artículo 105	Se tipifica el delito de secuestro y extorsión.	Artículo 63	La detención cautelar como medida de carácter excepcional, aplicable en caso de no poder utilizar otra menos grave y no podrá exceder de un año.
Artículo 212	Tipifica el delito de robo de vehículos automotores con violencia... se aumenta la gravedad de delitos en contra de instituciones educativas y centros culturales.	Artículo 101	Se agregan los delitos contra la salud en su modalidad de narcomenudeo al catálogo de delitos que ameritan privación de la libertad.
Artículo 81	Se podrá sustituir la pena de prisión: a) por multa o trabajo a favor de la comunidad cuando no exceda de tres años y b) por tratamiento en libertad o semilibertad cuando no exceda de cinco años.	Artículo 102	El tiempo de privación de la libertad para adolescentes infractores será de: I. De seis meses a diez años, cuando tengan entre catorce años cumplidos y menos de dieciséis años. II. De seis meses a quince años, cuando tengan entre dieciséis años cumplidos y menos de dieciocho años. En caso de que se haya cometido varios delitos, se impondrá la sanción que corresponda al delito de mayor penalidad. Esta sanción podrá aumentar hasta por el mínimo de la sanción que corresponda a cada una de las conductas ejecutadas, sin que el tiempo exceda los 15 años.

		Artículo 89	Con excepción de los delitos tipificados como graves, el Ministerio Público determinará la pena alternativa correspondiente. Siempre y cuando no exista oposición fundada de la víctima u ofendido o su representante legal.
--	--	-------------	--

Fuente: LXIV Legislatura del H. Congreso del Estado de Chihuahua 2013-2016.

CUADRO 4. REFORMAS AL CÓDIGO PENAL Y A LA LEY DE JUSTICIA PARA ADOLESCENTES EN EL ESTADO DE MORELOS

Código Penal		Ley de Justicia para adolescentes	
Artículo 8	Son aplicables en lo conducente, las disposiciones de este Código, por los delitos contra la salud en su modalidad de la Ley General de Salud.	Artículo 60	El Ministerio Público o en su caso, el Juez de Control, exhortará a los interesados a utilizar las formas alternativas de justicia en los casos en que procedan.
Artículo 30	El tratamiento en libertad de imputables consiste en la aplicación de medidas laborales, educativas y curativas autorizadas por la ley y conducentes a la reinserción social del sentenciado.	Capítulo III (art. 109)	En los casos de la pena privativa de la libertad <u>no podrá ser la pena menor de un año ni exceder de siete años, excepto en los casos de homicidios doloso violación y secuestro en que podrá imponerse una sanción privativa de la libertad de hasta nueve años</u> . No aplica el aumento de condena por reincidencia.

Artículo 69	En caso de que el inculpado por un delito doloso legalmente calificado como grave, sea reincidente por dos ocasiones en delitos graves, la sanción que corresponda por el último delito cometido se incrementará en dos terceras partes y hasta en un tanto más de la prevista para éste, sin que exceda del máximo señalado por este ordenamiento para la sanción respectiva.		
-------------	--	--	--

Fuente: Consejería Jurídica del Gobierno del Estado de Morelos.

CUADRO 5. REFORMAS AL CÓDIGO PENAL Y A LA LEY DE JUSTICIA DE ADOLESCENTES DEL ESTADO DE MÉXICO.

Código Penal		Ley de Justicia para adolescentes	
		Artículo 5	Tipifica como conducta antisocial grave el homicidio, violación y robo.
		Artículo 4	...la conducta antisocial cometida por los adolescentes no puede ser tipificada como delito sino como un hecho.
		Artículo 11	Se prevé que los adolescentes que tengan

		Artículo 219 Artículo 287	entre 14 y 18 años cumplidos, en caso de ser encontrados 'responsables por alguna conducta antisocial, como última alternativa, por la gravedad de la conducta y <u>por no ser posible la imposición de una medida de tratamiento externo, se les aplicará una medida de tratamiento en internamiento, que podrá ser de uno a cinco años.</u>
Artículo 9	También se califican como <u>delitos graves</u> para todos los efectos legales los que consideren las <u>Leyes Generales</u> .	Artículo 24	... que la <u>prisión preventiva</u> se desarrolle durante el plazo más breve posible teniendo en cuenta las necesidades propias del adolescente y su desarrollo.
		Artículo 11	Los adolescentes que tengan entre 12 años de edad y menos de 14 podrán ser sujetos a procedimiento con externamiento y solo se les podrán imponer las medidas de externamiento con arreglo a la presente ley. Los adolescentes que tengan ente 14 años y menos de 18, serán aplicables a una medida de tratamiento en internamiento la cual <u>no podrá exceder de 10 años.</u>

Fuente: LII Legislatura del Estado de México. Reformas

Cuadro 6. Bases del nuevo régimen de Adolescentes

Principios del Nuevo Código Penal	Principios del nuevo sistema de justicia para adolescentes en México (Reformas constitucionales)
Presunción de inocencia como norma, es decir, primero se investiga para poder detener.	Se ordena a la Federación, los Estados y al Distrito Federal, el establecimiento de un sistema integral de justicia que garantice el respeto irrestricto de los derechos fundamentales que reconoce la Constitución para todo individuo, y limita su aplicación a los adolescentes a quienes se les atribuya la comisión de conductas tipificadas como delitos, cuyas edades fluctúen entre 12 años cumplidos y menos de 18 años de edad.
El sistema de audiencias debe ser en presencia del juez y con equidad entre la partes.	Se termina con la facultad que anteriormente ejercían algunas entidades federativas para conceder mayoría de edad a efecto de su enjuiciamiento penal a personas que no habían cumplido 18 años.
El imputado es un sujeto de derechos a quien se le escucha para ser juzgado por un sistema humanista.	La reforma contiene el reconocimiento expreso de diversos derechos fundamentales para niños y adolescentes que por su condición de personas en desarrollo les han sido reconocidos en los instrumentos internacionales.
Los procesos garantizan la participación activa del acusado y la víctima.	Para la aplicación de sanciones, imponer medidas de orientación, protección y tratamiento, atendiendo a la protección integral y el interés superior del adolescente. <u>El internamiento será utilizado sólo como medida extrema y por el tiempo más breve que proceda.</u>
<u>Racionalizar el uso de la prisión preventiva,</u> aplicándose con sus debidas excepciones.	La aplicación de medidas no dependerá del resultado de los estudios que se practican en los adolescentes, sino en la conducta realizada, y en función de esta deberá imponerse una medida determinada.

Incluye salidas alternas a juicio.	El interés superior del adolescente no puede estar en conflicto con la protección de los derechos de la víctima.
Los juicios son regidos por los principios de oralidad, publicidad, inmediación, contradicción, concentración y continuidad.	

Fuente: Elaboración del autor con base en investigación documental.

Cuadro 7. Legislación de justicia para adolescentes en México			
Estado	Nombre de la ley	Aprobación	Inicio de vigencia
Distrito Federal	Ley de Justicia para Adolescentes para el distrito Federal	16 de octubre de 2007	6 de octubre de 2008
Estado de México	Ley de Justicia para Adolescentes del Estado de México	21 de diciembre de 2006	25 de enero de 2007
Guanajuato	Ley de Justicia para Adolescentes del Estado de Guanajuato	27 de julio de 2006	12 de septiembre de 2006
Quintana Roo	Ley de Justicia para Adolescentes del Estado de Quintana Roo	12 de septiembre de 2006	13 de septiembre de 2006

Fuente: Elaboración del autor con base en investigación documental.

CUADRO 8. ARTÍCULOS REFORMADOS EN 2011 EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

Artículo	Reforma
Nueva denominación del Título	El apartado "De las garantías

Primero, Capítulo I	individuales” pasa a nombrarse como “Los derechos humanos y sus garantías”, y reconoce constitucionalmente los derechos básicos de las personas.
Artículo 1°	Establece que el género único son los derechos humanos, los cuales se encuentran en el texto constitucional y en los tratados internacionales de los que el Estado sea parte.
Artículo 11°	Establece la libertad de tránsito ... sometida a las atribuciones de autoridades judiciales y administrativas. Se modificó la frase “todo hombre tiene derecho a...” por la de “Toda persona tiene derecho a”.
Artículo 15°	Prohíbe la celebración de tratados para la extradición de reos políticos y aquellos delincuentes del orden común que hayan tenido en el país donde cometieron el delito la condición de esclavos.
Artículo 89°	El presidente de la República conduce las relaciones exteriores, incluyendo la celebración de tratados internacionales sometiéndolos a la aprobación del Senado.
Artículo 105°	Establece que la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, puede imputar leyes de carácter federal, estatal y del Distrito Federal, así como de tratados internacionales, que vulneren los derechos humanos consagrados en la Constitución y en los tratados internacionales de los que México sea parte.
Artículo 133°	Los tratados internacionales se ubican

	jerárquicamente por encima de las Leyes Federales y en un segundo plano respecto de la Constitución Federal, con la cual conforman el orden supremo. Las normas de derechos humanos, independientemente de su fuente, no se relacionan en términos jerárquicos, entendiendo que cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá atender a lo que indica la norma constitucional. No obstante, la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos es vinculante para las y los jueces mexicanos, siempre que dicho precedente favorezca en mayor medida a la persona. A lo que indica la Constitución Federal “favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia” (Art. 1, 2).¹⁸
--	---

Fuente: Poder judicial de la Federación, Consejo de la Judicatura. Reformas Constitucionales en Materia Penal de Juicio de Amparo y Derechos Humanos.

¹⁸ <http://www2.scjn.gob.mx/asuntosrelevantes/> (Consultado el 26/08/2014).

La prevención de la violencia y el delito en México*

Rebeca E. Contreras López**

(Con la colaboración de Ivan Jair Valdés Guzmán)***

RESUMEN. El objetivo de este trabajo es establecer un marco referencial para la indagación de lo que significa la violencia y el delito, considerando las dificultades de la definición de cada una de estas figuras. En el ámbito del delito vinculado a la violencia se acude a las fórmulas legalmente establecidas, donde queda en evidencia que los legisladores ni definen ni utilizan congruentemente el concepto de violencia en la legislación. Asimismo, se procura plantear algunos fundamentos teóricos y legales para establecer y operar mecanismos de prevención en México a partir de un modelo complejo e integral.

Palabras clave. Violencia, delito, prevención.

ABSTRACT. The aim of this paper is to establish a reference frame to inquiry into the meaning of violence and crime, taking into account the difficulties to define each one of these terms. In relation to violent crimes, there is a legally established method in which is evident that legislators neither define nor use the legal concept of violence in a suitable way. At the same time, the author states some theoretical and legal grounds to establish and to operate preventive mechanisms in Mexico, starting from a complex and integral model.

Keywords. Violence, crime, prevention.

SUMARIO. 1. Delimitación contextual. 2. Los costos de la inseguridad. 2.1 Costo humano. 2.2 Costo político. 2.3 Costo social. 2.4 Costo económico. 3. Necesidad de la prevención. Reflexión final. Fuentes consultadas.

* Artículo recibido el 22 de agosto de 2014 y aceptado para su publicación el 7 de octubre de 2014.

** Investigadora de tiempo completo del Centro de Estudios sobre derecho, globalización y seguridad de la Universidad Veracruzana. Investigadora nacional, nivel 1. Profesora de derecho penal, política criminal y metodología de la investigación.

*** Tutorado en el proyecto de investigación, La prevención social de la violencia y el delito. No. Registro SIREI, 154672013154, Universidad Veracruzana.

1. Delimitación contextual.

Es importante partir de dos conceptos claves para esta indagación: violencia y delincuencia.

La OMS (2002), define a la violencia como,

...el uso deliberado de la fuerza física o el poder, ya sea en grado de amenaza o efectivo, contra uno mismo, otra persona o un grupo o comunidad, que cause o tenga muchas probabilidades de causar lesiones, muerte, daños psicológicos, trastornos del desarrollo o privaciones¹.

Esta organización entiende que la violencia es un problema de salud pública por las graves implicaciones para los seres humanos, tanto en lo individual como en lo social, aunque tal vez no sea la manera idónea de tratar esta problemática. Es necesario, sin embargo, enfatizar que no toda manifestación de la violencia² constituye un comportamiento delictivo, con implicaciones jurídico penales y que, por tanto, en muchas ocasiones los actos violentos no son atendidos en forma eficiente por las autoridades, en estos casos es necesario, recurrir a mecanismos particulares para enfrentarlos, tales como asesorías médicas, psicológicas, educativas, jurídicas, religiosas, entre otras.

En este contexto,

Una de las razones por las que apenas se ha considerado a la violencia como una cuestión de salud pública es la falta de una definición clara del problema. La violencia es un fenómeno sumamente difuso y complejo cuya definición no puede tener exactitud científica, ya que es una cuestión de apreciación. La noción de lo que son comportamientos aceptables e inaceptables, o de lo que constituye un daño, está influida por la cultura y sometida a una continua revisión a medida que los valores y las normas sociales evolucionan³.

Por su parte, la delincuencia, para su atención y registro, se define sobre todo en función de su tipificación en las leyes penales de cada estado. Así, se considera que una conducta es delictiva cuando se encuentra tipificada en los códigos penales o en leyes especiales, además de que es merecedora de sanciones específicas para cada una de ellas. Así, se afirma que el delito es la conducta típica, antijurídica y culpable⁴. En el manejo del fenómeno delictivo, un problema importante ha sido suponer que con una política penal represiva y, en ocasiones, autoritaria se puede reducir o por lo menos combatir su incidencia en la sociedad.

¹ Informe OMS, 2002, p. 5

² Como por ejemplo los insultos verbales que constituían el delito de injurias y que hoy está despenalizado en Veracruz o como la violencia escolar en donde intervienen menores de edad totalmente inimputables.

³ Informe OMS, 2002, p. 4

⁴ Contreras López, Rebeca Elizabeth (2014). Lecciones de Derecho Penal (parte general), 2ª. Edición corregida y aumentada, Xalapa, Veracruz: CEDEGS-UV, Códice.

Actualmente, en México, se transita hacia una visión más integral y compleja del problema delictivo; fundamentalmente a partir de las reformas del 2008 a la Constitución federal con la introducción del sistema penal acusatorio, pero sobre todo la justicia restaurativa como un paradigma diferente de resolución de conflictos. Posteriormente, con la legislación y programas de prevención que tienden a la seguridad ciudadana, a partir de ello se pone énfasis en la necesidad de prevención, no sólo de la delincuencia sino de la violencia, en sus manifestaciones específicas: sexual, familiar, escolar, laboral, social, por mencionar algunas.

Para distinguir algunos tipos de violencia utilizaré la regulación del Código penal de Veracruz (CP), que incluye un título específico de figuras típicas de violencia de género⁵. En este título encontramos:

A). Violencia física o psicológica. En el artículo 361, se establece:

A quien de manera pública o privada ejerza violencia física o psicológica en contra de una mujer, se le impondrán de seis meses a dos años de prisión y multa hasta de cuatrocientos días de salario, independientemente de las sanciones por la comisión de otro delito, con excepción del de violencia familiar.

Para efectos jurídicos es importante precisar que se admite el concurso de delitos con la violencia familiar (al menos en el texto de la ley). Además el propio artículo señala una agravante cuando “la víctima estuviere embarazada o en período de puerperio”.

B). Violencia económica o patrimonial. El artículo 362 del CP de Veracruz indica que:

A quien realice actos que afecten los bienes comunes de la pareja o el patrimonio propio de una mujer, se le impondrán de seis meses a tres años de prisión y multa hasta de doscientos días de salario, siempre que esos actos no configuren otro delito sancionado con una pena mayor.

También se indica la posibilidad de dichos actos configuren otro delito y se descarta que pueda existir concurso entre ellos.

Cuando el propio numeral establece una agravante se señala que si los actos están “dirigidos a privar a la mujer de los medios económicos indispensables para su subsistencia, o a impedirle satisfacer sus necesidades básicas o las de su familia”, la sanción se incrementará en un tercio. Lo importante aquí es tratar de entender el concepto de violencia que se está utilizando, porque cuando se indica que una persona realice “actos que afecten los bienes”, no queda claro si se trata sólo de una conducta dolosa que tiene la intención de perjudicar a la mujer en su patrimonio,

⁵ Desde mi punto de vista es un problema importante que estas conductas sólo sean punibles cuando la víctima es mujer, ya que ello vulnera la igualdad de los justiciables; además de que algunas de ellas ya se encuentran tipificadas en tipos más genéricos por lo que, en mi opinión, era innecesaria su tipificación en este título, además de que en algunas de ellas el hombre puede ser igualmente vulnerable.

porque también puede ser una mala decisión sin dicha intención que afecta el patrimonio tanto de hombres como mujeres. Ahora bien, al referirse a la agravante queda claro que se trata de una situación de subsistencia que vulnera los aspectos básicos de la dignidad humana, ya que se alude a la “subsistencia” y a las “necesidades básicas” de la mujer o su familia y en este supuesto es evidente que se configura la violencia de género.

En este contexto es importante considerar que la violencia tendría que considerarse como “una conducta intencional que cause o pueda causar un daño”⁶. Es decir, la primera hipótesis del artículo 362 en comento podría no ser violencia, en tanto que la segunda (la agravante) sin duda lo sería. Lo cual nos lleva a comprender que no existe claridad, para el legislador veracruzano, sobre lo que la violencia significa.

C). Violencia obstétrica. Artículo 363 del CP de Veracruz. Se señalan distintas acciones que el personal de salud puede realizar en agravio de las mujeres en el “embarazo, parto, puerperio o en emergencias obstétricas”, fundamentalmente por afectar el libre ejercicio de su maternidad, que es el bien jurídico tutelado y que, por obvias razones, aquí sí, sólo la mujer puede ser sujeto pasivo de esta conducta. En esta figura típica es importante identificar como sujeto activo, exclusivamente al personal de salud.

D). Violencia en el ámbito familiar. Artículo 364 del CP veracruzano, el cual transcribo íntegramente porque nos permite observar algunas hipótesis concretas de violencia.

Se impondrán de seis meses a dos años de prisión y multa de hasta doscientos días de salario, a quien al interior de una familia y en contra de una persona del sexo femenino integrante de la misma:

I. Ejercer una selección nutricional;

II. Prohíba injustificadamente iniciar o continuar actividades escolares o laborales lícitas;

III. Asigne trabajo doméstico que la subordine en favor de los integrantes del sexo masculino de la familia;

IV. Imponga profesión u oficio;

IV. Obligue a establecer relación de noviazgo, concubinato o matrimonio con persona ajena a su voluntad; y

V. Limite, prohíba o condicione el acceso y uso de métodos de salud sexual y reproductiva.

Aquí debo indicar que me resulta difícil explicar que esta tipificación legal sólo proceda en agravio de una mujer, ya que en algunos casos también el hombre puede ser sometido a esta forma de violencia. Asimismo, cuando se indica (fracción III) que la mujer pueda ser subordinada a los integrantes del sexo masculino, podría haber casos en que sea subordinada a otro integrante del sexo femenino y de acuerdo a la ley ¿ello no constituiría violencia de género?

⁶ Sanmartín Esplugues, José (2010). “Concepto y tipos de violencia” en Reflexiones sobre la violencia, México: Centro Reina Sofía, siglo XXI, p. 11. (p.p. 11 a 33).

Me parece importante recordar aquí la regulación que el propio CP realiza de la violencia familiar, actualmente incluida en el título I de delitos contra la vida y la salud personal, lo que implica que se considera un delito de resultado ya que se cambió de los delitos de peligro a este título inicial. Así, el artículo 154 Bis, establece que este tipo penal se actualiza cuando se “ejerza cualquier tipo de violencia física, psicológica, patrimonial, económica o sexual, dentro o fuera del domicilio familiar, comparta éste o no, en contra de...” y allí se incluyen diversas relaciones personales consideradas familiares para tipificar este ilícito.

Lo importante es analizar que, en el texto legal citado, en ningún momento se define la violencia y se deja a criterio de la autoridad considerar o no, una conducta como violenta para efectos de la ley penal.

VIOLENCIA FAMILIAR. LOS ACTOS TENDENTES A CORREGIR EL ACTUAR DE LOS HIJOS MENORES DE EDAD POR PARTE DE SU MADRE NO ENCUADRAN EN ESE SUPUESTO.

En términos de la , existe la presunción legal de que los hijos menores de doce años deben quedar al cuidado de la madre, salvo que se acredite que sea la causante de violencia familiar o que con ella el desarrollo normal de dichos menores se encuentre en grave peligro. En esta tesitura, a efecto de establecer qué actos deben considerarse dentro del concepto violencia familiar, resulta necesario acudir a lo establecido en los artículos , en relación con los diversos , todos del Código Civil para el Distrito Federal, de los cuales se aprecia que la violencia familiar es un acto u omisión con la intención de dominar, someter, controlar, agredir física, verbal, psicoemocional o sexualmente a cualquier integrante de la familia con el propósito de causar un daño, esto es, una pérdida o menoscabo físico o mental a cualquiera de los integrantes de una familia como en el caso lo son los hijos menores de edad; de tal manera que no toda medida física o psicológica adoptada por una madre respecto de sus hijos menores de edad puede ser considerada como violencia familiar, si es que tanto de la intención de las mismas como de la manera en que se manifiestan materialmente, se puede apreciar que son con el objeto de corregir, mas no de dañar a sus hijos.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO⁷. Amparo en revisión 79/2010. 8 de abril de 2010. Unanimidad de votos. Ponente: Víctor Francisco Mota Cienfuegos. Secretario: Salvador Andrés González Bárcena. (El subrayado es mío).

Es decir, la violencia se puede considerar como “un acto u omisión con la intención de dominar, someter, controlar, agredir física, verbal, psicoemocional o sexualmente”. En ese sentido **sólo las conductas dolosas con esa finalidad**, constituirían los tipos penales en comento. El que sea una conducta dolosa

⁷ Tesis: I.3o.C.804 C. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXXII, Julio de 2010. Tribunales Colegiados de Circuito. Novena época, p. 2104. Consultado el 4 de agosto de 2014.

significa que tiene un elemento volitivo de querer causar un daño y un elemento cognoscitivo de saber que con dicha conducta se causa esa afectación⁸.

E). Violencia institucional. Artículo 365 del citado CP de Veracruz.

A quien en el ejercicio de la función pública dilate, obstaculice, niegue la debida atención o impida el goce y ejercicio de los derechos humanos de las mujeres, así como su acceso a programas, acciones, recursos públicos y al disfrute de políticas públicas, se le impondrán de seis meses a dos años de prisión, multa de hasta trescientos días de salario y destitución e inhabilitación para ejercer otro empleo, cargo o comisión públicos hasta por dos años.

No se hace alusión a la posibilidad de que dicha conducta integre otros tipos penales específicos de servidores públicos tales como abuso de autoridad o ejercicio indebido de funciones públicas, por ejemplo.

F). Violencia laboral. Al respecto el artículo 366, establece que:

A quien obstaculice o condicione el acceso de una mujer a un empleo, mediante el establecimiento de requisitos referidos a su sexo, edad, apariencia física, estado civil, condición de madre o no, sometimiento a exámenes de laboratorio o de otra índole para descartar estado de embarazo, se le impondrán de seis meses a dos años de prisión y multa de hasta trescientos días de salario.

En este tipo penal existen múltiples observaciones referidas tanto a su tipificación como a su efectividad. Respecto de lo primero ¿qué sucede con personas enfermas? ¿Con personas con preferencias sexuales diversas a las tradicionales? ¿Con personas con capacidades diferentes? Todas las cuales también pueden ser sujetas a este tipo de violencia ¿Por qué sólo proteger a las mujeres cuando el hecho puede afectar a todos?

G). Violencia en el ámbito educativo. Nuevamente se debe tomar en cuenta que la regulación del artículo 367 del CP de Veracruz puede actualizarse también en agravio del varón y que, además, sería conveniente precisar a qué se refiere el legislador cuando habla de violencia, tal como quedo indicado en la tesis jurisprudencial antes transcrita. El referido numeral 367 indica que,

Se impondrán de seis meses a tres años de prisión y multa de hasta trescientos días de salario, a quien:

- I. Obstaculice, condicione o excluya a las mujeres o a las niñas el acceso o permanencia en la escuela o centro educativo, por cualquier circunstancia que resulte discriminatoria;
- II. Dañe la autoestima de las alumnas o su integridad física o psicológica; y
- III. Utilice lenguajes, imágenes, materiales educativos de todo tipo o prácticas discriminatorias en cualquiera de las etapas del proceso educativo.

Es importante resaltar que el origen de la violencia y la delincuencia ha generado una enorme discusión entre los estudiosos de las ciencias sociales, por lo que no es fácil aventurarse a su definición, aunque en términos jurídicos si es importante delimitarla para no incurrir en excesos a la hora de aplicar la ley. Así

⁸ Contreras, ob cit.

tenemos que:

En las ciencias sociales existen dos teorías básicas para el estudio de la violencia y de la conducta delictiva, las que se presentan en diversas combinaciones: la teoría de la ruptura o de la anomia y la teoría de las formas de socialización. En el primer caso, se privilegian como factores explicativos las dimensiones estructurales y sociales. Así, en este enfoque, la violencia surgiría de la ruptura o desajuste del orden social, es decir, de cambios sociales acelerados como efecto de la industrialización o la urbanización (...). En el segundo caso, el énfasis se coloca en la socialización, es decir la violencia comprendería dimensiones organizativas, institucionales y culturales que pueden conducir a la selección de estrategias violentas por parte de ciertos actores sociales⁹.

La violencia obedece a múltiples factores de carácter psicológico, social y cultural. Ello ha originado que a lo largo de la historia se establezcan medidas de índole tan diversa que es difícil precisar su dirección o trasfondo general. Algunas medidas son punitivas, las que han perdurado por siglos, otras correctivas o educativas¹⁰. Más recientemente (siglo XX y XXI), se ha manifestado la necesidad de medidas de prevención con una visión integral y multifactorial que es la que ahora nos ocupa.

2. Costos de la inseguridad

Además de las dificultades conceptuales señaladas que es necesario aclarar para trabajar en pro de la prevención de la violencia y la delincuencia, es importante precisar que la inseguridad ciudadana, derivada de las conductas delictivas, genera costos importantes en ámbitos diferenciados. Ello no presenta una visión compleja del problema que debe ser analizado desde diversas perspectivas, considerando dicha complejidad. Los costos de la inseguridad ciudadana en las Américas, en la visión de la OEA (2009), se agrupan en cuatro grandes categorías:

2.1 El costo humano

- Vidas perdidas como resultado directo e indirecto de la inseguridad.
- Víctimas directas no-letales que sufren perjuicios serios y duraderos que afectan significativamente sus vidas.
- Personas privadas de libertad, condenadas, procesadas o cumpliendo condenas en sistemas penales deficientes y corruptos.
- Víctimas indirectas que ven perturbada su existencia cotidiana por actos violentos o delictivos.

2.2 El costo político

- Crisis de legitimidad y confianza en la aún reciente y frágil

⁹ Arriagada, Irma y Godoy, Lorena. Seguridad ciudadana y violencia en América Latina: diagnóstico y políticas en los años noventa, CEPAL-ECLAC, División de Desarrollo Social, Santiago de Chile, agosto de 1999. Serie políticas sociales, núm. 32, publicación de Naciones Unidas, p.p. 7 y 8.

¹⁰ Foucault, Michael (1991), Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión, tr. Aurelio Garzón, 1ª edición en francés: 1975, 19ª edición, México: siglo XXI.

institucionalidad democrática hemisférica intensificada por la preocupación por la delincuencia y la percepción generalizada de que el Estado es incapaz de enfrentar el problema de manera eficaz.

- La inseguridad ciudadana pone de manifiesto los retrocesos y lentos avances de las democracias aún en proceso de consolidación.
- Se pone en riesgo la cultura de derechos y libertades y se generan nuevas amenazas a los derechos humanos con la posibilidad siempre latente de mantener o recurrir a medias autoritarias para enfrentar la violencia y la delincuencia.
- Combate a las libertades y derechos sustantivos y procesales por parte de los ciudadanos, ya que se perciben como benéficos para los que violan el orden social.
- Las regulaciones a la actuación de los cuerpos de seguridad se perciben como frenos que limitan su efectividad.
- Se asume el ejercicio de la sanción por mano propia, alejándose de los fundamentos de la convivencia civilizada a que toda sociedad debe aspirar.

2.3 El costo social

- En la forma en que las personas se relacionan entre sí y se organizan como sociedad.
- Se acentúa la segregación social y espacial de la población.
- Prejuicios e incluso estigmatización de amplios sectores de la población por razones de edad, raza y situación económica.
- Privatización de lo público por la necesidad de acudir a medios privados de seguridad.
- Ampliación indiscriminada de servicios de seguridad privada lo que consolida y acentúa la desigualdad.

2.4 El costo económico

- El delito afecta directamente la economía de las personas que tienen que reemplazar los bienes perdidos. Y, en ocasiones, las pérdidas son irreparables.
- Incremento en el gasto fiscal para fortalecer el sistema judicial lo que compete, a nivel presupuestario, con la atención que se le puede dar a otras necesidades fundamentales como la educación o la salud.
- Gasto estatal para proveer seguridad, lo que conlleva enormes costos adicionales para las empresas y los individuos.
- Altos costos en que incurre el sistema de salud, el cual debe atender a las víctimas del delito y la violencia.
- Costo económico asociado a homicidios y lesiones que incide directamente en los costos de producción.
- Existen indicios de que el costo económico de la inseguridad está vinculado

a decisiones financieras y a oportunidades de inversión que se ven afectadas por cuestiones de seguridad, lo que perjudica seriamente el desarrollo de la región.

Todo ello implica que cada nivel de análisis tiene elementos diversos que deberán considerarse ya que el tema que nos ocupa: prevención de la violencia y el delito, tiene implicaciones complejas y multifactoriales. Es, además, un tema directamente relacionado con la inseguridad y la percepción social de la misma por lo que no es fácil su abordaje. Ahora bien, debemos considerar que:

El debate académico sobre seguridad pública y ciudadana en América Latina se ha centrado en torno a tres ejes principales: los determinantes institucionales que obstaculizan o favorecen determinadas reformas; las causas de la violencia y la evaluación de los instrumentos para medirla; y la relación entre percepciones de inseguridad y la política pública¹¹.

Cuando entramos al ámbito de la prevención, todos estos aspectos deben estar definidos aunque sea provisionalmente, para que a partir de ellos se elaboren las políticas públicas pertinentes al contexto social, político, económico en que dichas medidas serán utilizadas.

3. La necesidad de prevención

Existen datos que afirman que, “Cada año en el continente americano mueren alrededor de 150,000 personas como resultado de los enfrentamientos violentos que ocurren entre organizaciones criminales, calcularon este martes los ministros de Defensa de Estados Unidos, México y Canadá”. (CNN, 28 de marzo 2012). Sin embargo, es difícil realizar un diagnóstico completo, ya que INEGI afirma que:

Entre las demandas más urgentes de la sociedad civil se encuentran las referidas a la seguridad pública, las cuales hacen alusión a las actividades de prevención de la delincuencia y de procuración de justicia. Para su atención es fundamental disponer de información estadística que permita conocer y explicar los patrones del comportamiento delictivo. Lamentablemente en México es difícil evaluar a fondo el comportamiento de la criminalidad, ya que las estadísticas que existen son insuficientes para observarlo en todos sus niveles y alcance (ocurrencia, denuncia, persecución, juicio y sanción del delito, entre otros aspectos), debido en parte al subregistro que se origina en la cultura de la no denuncia y que en nuestro país alcanza una importancia significativa¹².

¹¹ Fuentes Saavedra, Claudio, Reflexiones sobre los determinantes políticos de la seguridad ciudadana, en Seguridad Ciudadana en América Latina: miradas críticas a procesos institucionales, Área Prevención del Delito a Nivel Local Centro de Estudios en Seguridad Ciudadana Instituto de Asuntos Públicos Universidad de Chile, mayo 2011, p. 7.

¹² www.inegi.gob.mx

Lo que implica un problema importante para desarrollar una planeación y operación de políticas públicas, enfocadas a la prevención tanto del fenómeno delictivo, como de la violencia social.

Porque además, existen:

...cuestiones asociadas a la pobreza y su relación con el delito, las segmentaciones urbano/rural, la preponderancia de conflictos armados en una sociedad, y más recientemente la vinculación entre droga y delito. Las interpretaciones más estructurales que intentan explicar la violencia aluden a la existencia de una cultura de la trasgresión en nuestras sociedades; la histórica desigualdad de clases que ha generado un sistema legalista-formalista pero que cotidianamente se vulnera provocando frustración; y la existencia de instituciones burocráticas que han consolidado estructuras de poder que abusan de los derechos¹³.

De ahí que, cualquier referencia a la seguridad (sea pública o ciudadana) debe partir, en primera instancia, de la reflexión acerca de la seguridad humana¹⁴. Lo que significa estar dispuestos a modificar estructuras institucionales y culturales que ignoran las graves desigualdades sociales, económicas y de derechos humanos que se viven en el país.

Por tanto, el primer paso es establecer esquemas confiables de registros estadísticos de estos temas, por regiones y ámbitos específicos. Es el esfuerzo que inició el sexenio pasado con la llamada "Plataforma México" que, gestiona la Comisión Nacional de Seguridad de la Secretaría de Gobernación, la cual sin embargo, ha tenido problemas diversos en su operación y efectividad¹⁵. Pero es también el esfuerzo que realiza INEGI y que ha quedado en evidencia en la 2ª. Conferencia internacional sobre estadísticas de gobernanza, seguridad y justicia realizada en la ciudad de México, del 18 al 21 de junio de 2014¹⁶.

Recordemos que, México participó por primera vez en la encuesta internacional sobre criminalidad y victimización (ENICRIV) que, en México, estuvo a cargo del Instituto ciudadano de estudios sobre la inseguridad (ICESI) en el levantamiento 2004-2005, ahí se establece que, en ese período, México ocupó "...el primer lugar en agresiones y robo con violencia perpetrados con arma de fuego, y está entre los primeros lugares en sobornos y en porcentaje de delitos no denunciados y no registrados oficialmente"¹⁷, de entre los 30 países participantes.

¹³ Fuentes, ob cit, p. 9.

¹⁴ En otro momento haré referencia a las implicaciones teóricas y prácticas de hablar de seguridad pública o seguridad ciudadana, además de la importancia de partir de la seguridad humana como eje de reflexión.

¹⁵ . Se establece la posibilidad de abrir el acceso a las dependencias ocupadas en el tema de la seguridad. Aunque actualmente la página (<http://plataformamexico.com.mx>) más bien parece propaganda de la Presidencia y el PRI.

¹⁶ Coordinada por el Centro de Excelencia para información estadística de gobierno, seguridad pública, victimización y justicia.

¹⁷ Este País, junio 2008, p. 63.

En tanto que,

México presenta el porcentaje más alto de agresiones con arma de fuego (16%), seguido por Estados Unidos e Irlanda del Norte (6%). Entre las ciudades despuntan Río de Janeiro (39%) y Sao Paulo (35%). La posesión de armas de fuego es más común en Estados Unidos -29% de los hogares- que en Europa occidental, 4%. En Japón es de cero por ciento¹⁸.

Respecto de la corrupción, se encontró que:

El número de solicitudes o aceptaciones de soborno por servidores públicos continúa siendo muy baja (1% o menos) en los países industrializados. Pero en Grecia y los países de la región oriental de Europa central resulta común la corrupción, que también tiene niveles altos en las ciudades fuera del mundo occidental. Grecia y México sobresalieron con porcentajes de 13.5% y 13.3 por ciento¹⁹.

Actualmente ya se ha realizado la séptima encuesta sobre la inseguridad en México (Ensi-7, 2010), aunque sin la participación de organismos ciudadanos²⁰. En donde a mayor o menor escala es evidente que la seguridad sigue siendo un tema de interés y preocupación en México.

Todo ello, nos muestra un panorama general de lo que sucede en México, con subidas y bajadas en las tasas de criminalidad y victimización, así como en la percepción de inseguridad, que son normales de acuerdo a las tendencias generales y que reflejan un ambiente de violencia, altas cifras negras y criminalidad que, a la fecha, se vive en el país.

De ahí que es indispensable trabajar en la prevención. Es interesante recordar que, en el ámbito penal, la idea de prevención se ligó a la imposición de la pena de forma tal que la prevención surge de la visión punitiva del derecho penal, en este contexto, más que de una visión social como la que ahora nos ocupa. En este ámbito, a fines del siglo XVIII, los juristas hablan de:

...la distinción entre prevención especial y prevención general, según sea la finalidad preventiva escogida como fin único o, en último caso, especial. En este sentido, hablaríamos de prevención general cuando el fin preventivo se refiere a la generalidad de los ciudadanos, buscando el impedir que surjan nuevos delincuentes en la sociedad, y de prevención especial cuando se dirige a la persona de quien cometió el hecho delictivo, con objeto de que éste, en especial, no vuelva a hacerlo²¹.

Actualmente la visión preventiva se advierte desde una óptica diferente, es decir, como posibilidad previa de evitar la incidencia delictiva. Ya que, afirma Carrión refiriéndose a Latinoamérica.

La prevención ha estado presente desde hace mucho tiempo en el debate de la violencia; primero, como parte de la pena, por considerarla disuasiva, y posteriormente, como una propuesta externa y anterior a la pena (Selmini). Y es esta última versión la que viene desde

¹⁸ Este País, junio 2008, p. 64.

¹⁹ Este País, junio 2008, p. 65.

²⁰ Por la exclusión de organismos ciudadanos y los datos arrojados, existen acusaciones de que dicha encuesta fue "manipulada".

²¹ Sanz Mulas, Nieves (2000). Alternativas a la pena privativa de libertad (Análisis crítico y perspectivas de futuro en las realidades española y centroamericana), Madrid: Colex, p. 51.

el exterior a la región y de manera reciente²².

En 2011 aparecen los Lineamientos de la Política de Prevención Social de la Violencia, la Delincuencia y la Participación Ciudadana de 22 de enero de 2011. Y, al año siguiente, la Ley General para la Prevención de la Violencia Social y el Delito, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 24 de enero de 2012. En dicha ley (artículo 2) se plantea que:

La prevención social de la violencia y la delincuencia es el conjunto de políticas públicas, programas y acciones orientadas a reducir factores de riesgo que favorezcan la generación de violencia y delincuencia, así como a combatir las distintas causas y factores que la generan.

En el artículo 4, fracción XI, se indica que la violencia es:

El uso deliberado del poder o de la fuerza física, ya sea en grado de amenaza o efectivo, contra uno mismo, otra persona o un grupo o comunidad, que cause o tenga muchas probabilidades de causar lesiones, muerte, daños psicológicos, trastornos del desarrollo o privaciones. Quedan incluidas las diversas manifestaciones que tiene la violencia como la de género, la juvenil, la delictiva, la institucional y la social, entre otras.

Por tanto, tal como se ha sostenido, la violencia requiere la existencia del dolo para actualizarse, que es lo que significa “uso deliberado”. En dicha ley también se indican los ámbitos de prevención que se utilizarán (artículo 6): Social, comunitario, situacional, y psicosocial. Se señalan, en términos generales, los distintos programas que se incluirán en cada uno de dichos ámbitos.

En la ley general para la prevención se indican que la “prevención en el ámbito comunitario pretende atender los factores que generan violencia y delincuencia mediante la participación ciudadana y comunitaria” (artículo 8). Asimismo, cuando hablamos de la prevención situacional estamos en presencia de acciones que pretenden “modificar el entorno para propiciar la convivencia y la cohesión social, así como disminuir los factores de riesgo que facilitan fenómenos de violencia y de incidencia delictiva” (artículo 9); razón por la cual se insiste en la importancia y necesidad de diagnósticos confiables y pertinentes, tanto de la criminalidad como de la violencia social.

Hay que tener en cuenta que la prevención actual se ha separado de la visión penal y se amplía no sólo a la prevención del delito, sino de la violencia; sin embargo, desde cualquier perspectiva, dicha prevención está asociada a una concepción teórica de la criminalidad, en donde sabemos las innumerables teorías existentes, de bases epistemológicas diversas, por ellos es importante entender que el trasfondo teórico es indispensable para visualizar el contexto y alcance de la prevención. Por desgracia, hoy en día, impera una suerte de pragmatismo que

²² Carrión Mena, Fernando. "PREVENCIÓN: ¿una propuesta “ex ante” al delito?" *URVIO* 6. Prevención (2009): 7-14.

Available at: <http://works.bepress.com/fernando-carrión-mena/>

implica atender los resultados (y a veces ni eso, sino sólo el gasto realizado) sin ocuparse por el sustento. De ahí que Selmini afirma:

...es importante recordar que esta estricta conexión entre teorías de la criminalidad y técnicas de la prevención se traduce, en la realidad cotidiana, en una especie de vicio metodológico en el plano conceptual y operativo. Entre los operadores del sector y en el ámbito de las nuevas políticas de seguridad, en efecto, se concentra aún más la atención sobre la solución y la intervención, hasta el punto en que la práctica guía a la teoría y el análisis de la complejidad del fenómeno se pierde y desvanece en la eficacia de la medida²³.

Por tanto, lo que esta autora define como “nueva” prevención es un conjunto de estrategias que están,

...dirigidas a disminuir la frecuencia de ciertos comportamientos, sean estos considerados punibles o no por la ley penal, a través del uso de instrumentos diversos de aquellos penales. La diferencia respecto al sistema penal consiste en que, al modelo conceptual pasivo e indirecto de la prevención penal, se contraponen una forma de prevención directa y proactiva. En segundo lugar, esto significa que los sujetos responsables de la prevención cambian de manera radical: no ya —o por lo menos no sólo— los órganos penales del Estado, sino nuevos actores como, por ejemplo, los entes locales, los servicios sociales, el voluntariado, las empresas privadas, los ciudadanos comunes²⁴.

Lo que significa un cambio radical en los modelos obsoletos de prevención penal centralizada por el gobierno en turno, un cambio que se refleja en la ley mexicana, ya señalada, de prevención; aunque no necesariamente en la operación de las políticas y programas de prevención. Así tenemos que, de acuerdo a la opinión de Peñaloza (citado por Cevallos), es necesario rescatar,

...la necesidad de tratar el tema de la prevención social del delito de forma transversal, multidisciplinaria e integral, por lo cual, debería a la vez, ser tomado en cuenta en una planificación de desarrollo. Esta nueva concepción y tratamiento del delito requiere de acciones coordinadas interinstitucionalmente en el que se distribuyan las funciones como la planificación, programación, regulación y control de la prevención social del delito, que incluya la participación directa de la sociedad civil y otros actores tanto públicos como privados en todas las instancias de Gobierno²⁵.

En febrero 2013 se dan a conocer las Bases del Programa Nacional para la

²³ Selmini, Rosella, “La prevención: estrategias, modelos y definiciones en el contexto europeo”, *Urvio, Revista Latinoamericana de Seguridad Ciudadana*. No. 6, Quito, Enero 2009, pp. 41-57 © FLACSO Sede Ecuador • ISSN: 1390-369, p. 44

²⁴ *Ibidem*, p. 45.

²⁵ Cevallos, Cristina reseña de Peñaloza, Pedro José (2007). ¿Castigo sin prevención? La crisis del modelo de seguridad pública en México. Editorial Porrúa: México D.F en Urvio, *Revista Latinoamericana de Seguridad Ciudadana*. No. 6, Quito, Enero 2009, pp. 149-150 © FLACSO Sede Ecuador • ISSN: 1390-3691

Prevención Social de la Violencia y la Delincuencia, en donde se establecen las bases conceptuales de dicho programa, que son:

- *El paradigma de la convivencia y seguridad ciudadana.*
- *La perspectiva de prevención social de las violencias y la delincuencia.*
- *El modelo de seguridad ciudadana.*
- *Ciudades Seguras.*
- *Perspectiva de Derechos Humanos.*
- *Inclusión social.*
- *Cohesión comunitaria.*

Posteriormente, ya en el sexenio actual, se publica el Programa Nacional para la Prevención Social de la Violencia y la Delincuencia (2014-2018), el 30 de abril de 2014 en el DOF. En dicho programa explícitamente se plantea que:

Su fundamento descansa en el enfoque de seguridad ciudadana, el cual privilegia la participación ciudadana en la construcción de ambientes seguros a través de la prevención, además de entender la seguridad como un derecho humano que debe ser garantizado por el Estado pero que a su vez, debe ser coproducido por todos los actores sociales. El enfoque preventivo asumido por el presente Programa plantea tres niveles de intervención: primario, secundario y terciario; y, cinco tipos de prevención, social, situacional, comunitaria, psicosocial y prevención policial orientada a la comunidad.

Se indica, asimismo, el origen de los recursos que se destinan a la prevención y que se articulan en distintos programas de prevención con recursos federales, tales son:

...otorgamiento de apoyos en el marco del Programa Nacional de Prevención del Delito (PRONAPRED), Fondo de Aportaciones para la Seguridad Pública de los estados y municipios (FASP) y el Subsidio para la Seguridad en los Municipios (SUBSEMUN) y, en su caso, con recursos de las propias entidades federativas, de las delegaciones y municipios.

En 2014 los recursos presupuestarios federales del subsidio para prevención asciende a la cantidad de dos mil quinientos noventa y cinco millones de pesos, para ser otorgados a las entidades federativas bajo los criterios del acuerdo por el que se establecen los Lineamientos para el otorgamiento de apoyos a las entidades federativas en el marco del Programa Nacional de Prevención del Delito (artículo 5), publicado en el Diario Oficial de la Federación el 14 febrero 2014.

Como en todos los temas, en México, existen serios cuestionamientos de la aplicación de dichos recursos, al respecto la organización civil “México Evalúa” opina:

El programa de prevención del delito del gobierno federal —uno de los pilares de la estrategia contra la violencia del presidente Enrique Peña Nieto— se aplica sin una metodología clara sobre cómo elegir a las demarcaciones beneficiadas, con diagnósticos de crimen “frágiles y sin evidencia” y sin indicadores para poder medir su efectividad, concluyó la organización civil México Evalúa²⁶.

²⁶ Animal político, enero 15, de 2014, Tania Montalvo,

Una opinión que deberá ser atendida por las autoridades encargadas de la prevención en el país para que esos recursos no se “desvíen” en acciones sin sustento y sin sentido.

Reflexión final

En este texto se realiza un primer acercamiento a los aspectos conceptuales y empíricos que serán analizados en el curso de futuras indagaciones, sin embargo, quedan en evidencia los siguientes aspectos:

- Las políticas de prevención en México plantean una transición hacia la seguridad ciudadana que implica considerar a la seguridad desde la perspectiva de los derechos humanos con la corresponsabilidad de los ciudadanos en su búsqueda.
- Las acciones del gobierno mexicano ponen de manifiesto el interés por trabajar en la prevención de la violencia y el delito.
- La conceptualización de los elementos básicos para trabajar en esta visión preventiva no están suficientemente delimitados o, en ocasiones, son nulos en el lenguaje legal, lo que lleva a aplicaciones vagas de la ley.
- Tal es el caso de la violencia en el Código penal de Veracruz que no queda claramente definida.
- La violencia debe entenderse como “una conducta intencional que cause o pueda causar un daño” a sí mismo o a otro. Es decir, se trata de una conducta dolosa que tiene un elemento volitivo de querer causar un daño y un elemento cognoscitivo de saber que con dicha conducta se causa ese daño.

Fuentes consultadas

- Animal político, enero 15, 2014, Tania Montalvo
<http://www.animalpolitico.com/2014/01/el-programa-federal-de-prevencion-del-delito-solo-buenas-intenciones-mexico-evalua/#ixzz3B8j12Pqg> Consultado marzo 2014.
- ARRIAGADA, Irma y Godoy, Lorena. *Seguridad ciudadana y violencia en América Latina: diagnóstico y políticas en los años noventa*, CEPAL-ECLAC, División de Desarrollo Social, Serie políticas sociales, núm. 32, publicación de Naciones Unidas, Santiago de Chile, agosto de 1999.
- CARRIÓN MENA, Fernando. "PREVENCIÓN: ¿una propuesta "ex ante" al delito?" *URVIO* 6. Prevención (2009): 7-14. A v a i l a b l e
at: http://works.bepress.com/fernando_carrion/299, consultado 4 de octubre 2014.

- CEVALLOS, Cristina, reseña de Peñaloza, Pedro José (2007). *¿Castigo sin prevención? La crisis del modelo de seguridad pública en México*. Editorial Porrúa: México D.F en Urvio, Revista Latinoamericana de Seguridad Ciudadana. No. 6, © FLACSO Sede Ecuador ISSN: 1390-3691, Quito, Enero 2009, pp. 149-150.
- CONTRERAS LÓPEZ, Rebeca Elizabeth, *Lecciones de Derecho Penal (parte general)*, 2ª. Edición corregida y aumentada, Edit. Códice, CEDEGS-UV, Xalapa, Veracruz, 2014.
- Este País número 207, “Encuesta internacional sobre criminalidad y victimización”, ICESI, junio 2008, p.p. 62 a 66.
- FOUCAULT, Michael, *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión*, tr. Aurelio Garzón, 1ª edición en francés: 1975, 19ª edición, México: siglo XXI, 1991.
- FUENTES SAAVEDRA, Claudio, *Reflexiones sobre los determinantes políticos de la seguridad ciudadana*, en Seguridad Ciudadana en América Latina: miradas críticas a procesos institucionales, Área Prevención del Delito a Nivel Local Centro de Estudios en Seguridad Ciudadana Instituto de Asuntos Públicos Universidad de Chile, mayo 2011, p.p. 7 a 14.
- INEGI, consultado 10 diciembre 2013.
- Informe mundial sobre la violencia y la salud: resumen, (2002), OMS, Publicado en español por la Organización Panamericana de la Salud para la Organización Mundial de la Salud, Washington, D.C. consultado marzo 2013,
- Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 57, 31 diciembre, 2009.
- SANZ MULAS, Nieves. *Alternativas a la pena privativa de libertad (Análisis crítico y perspectivas de futuro en las realidades española y centroamericana)*, Colex. Madrid, 2000
- SELMINI, Rosella, “La prevención: estrategias, modelos y definiciones en el contexto europeo”, Urvio, Revista Latinoamericana de Seguridad Ciudadana. No. 6, Quito, Enero 2009, pp. 41-57 © FLACSO Sede Ecuador • ISSN: 1390-369, p. 44, consultado diciembre 2013.
- <http://eleconomista.com.mx/sociedad/2010/12/10/manipulada-encuesta-ensi-7>

Legislación

- Acuerdo por el que se establecen los Lineamientos para el otorgamiento de apoyos a las entidades federativas en el marco del Programa Nacional de Prevención del Delito. DOF 14 febrero 2014.
- Bases del Programa Nacional para la Prevención Social de la Violencia y la Delincuencia, febrero 2013.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
- Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública publicada en el DOF 2 de

enero de 2009.
Ley General para la Prevención Social de la Violencia y la Delincuencia, publicada
en el Diario Oficial de la Federación el 24 de enero de 2012.
Lineamientos de la Política de Prevención Social de la Violencia, la Delincuencia y
la Participación Ciudadana de 22 de enero de 2011.

Axel Honneth. Una aproximación desde el Derecho*

Arnaldo Platas Martínez**

RESUMEN: El presente ensayo lleva a cabo el estudio de la propuesta de Honneth en las esferas del amor, del derecho y de la solidaridad y sus consecuencias relevantes en el área del Derecho.

Palabras clave: Filosofía, Sociología, Ética, Argumentación, Derecho, Epistemología.

ABSTRACT: This essay is a study of Honneth's proposal in the spheres of love, Law and solidarity, as well as its relevant consequences for Law.

Keywords: Philosophy, Sociology, Ethics, Argumentation, Law, Epistemology.

SUMARIO: Introducción, I. La Escuela de Fráncfort, II. El reconocimiento, III. La Esfera de lo Jurídico, Conclusión. Bibliografía.

Introducción

En la última década se han producido una serie de cambios en la perspectiva del Derecho, que han provocado la transformación directa de todas las disciplinas colaterales al fenómeno jurídico. Se puede afirmar que es una auténtica revolución, que afecta integralmente al sistema normativo, como no se le había visto en décadas pasadas.¹ Y además, la metodología tiene un elemento de eclosión vital, ya que juega un papel importante tanto en la incorporación de la interpretación y la argumentación de las normas para dar cabida a la incorporación de los Derechos Humanos como centro gravitacional del Estado Constitucional.

Varias han sido las causas de dicha transformación. Desde la ruptura de la gran dicotomía entre socialismo y capitalismo de finales de los ochenta, hasta la entrada en vigencia de una cultura de los Derechos Humanos que no se queda solamente en declaraciones, sino que ha transformado de manera eficiente y directa las instituciones procesales de lo jurídico. Asistimos sin lugar a dudas a una transformación muy enérgica del Derecho, quizá tanto o más cuando se provocó la codificación de lo jurídico a finales del siglo XVIII. Y este cambio obedece, sin duda

* Artículo recibido el 28 de agosto de 2014 y aceptado para su publicación el 19 de septiembre de 2014.

** Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana.

¹ FERRER BELTRÁN, Jordi et al. Neutralidad y Filosofía del Derecho. Marcial Pons eds. Madrid, 2012, p. 49 y ss.

a la dinámica en la que ha entrado lo jurídico debido a los planteamientos de lo que se llama el neoconstitucionalismo.²

En el sentido anterior se deben de analizar algunas cuestiones que son de llamar la atención en todo el contexto general en que se mueve el Derecho de corte occidental y sus consecuencias en la misma sociedad en que se desarrolla a la par que otras instituciones.

Durante muchos años prevaleció el modelo mediante el cual el Derecho, al asumirse únicamente a través de la norma, dejó de lado muchos aspectos relevantes de la sociedad, que fueron reclamos diarios, donde la norma contenía tanto el universo del presente, sino adicionalmente el universo del futuro, no permitiendo cambio alguno en la aplicación. La justificación estaba, también en un modelo cientificista a través del cual se ponía como elemento fundamental a la objetividad del método positivista, y con ello se deducía que estábamos frente a un mundo por medio del cual todo lo posible tenía explicación. Con el Derecho emergió un fenómeno en paralelo. La norma jurídica no solamente explicaba al mundo, como el sentido de la ciencia, sino que además obligaba a un comportamiento a través del cual, la conducta de los hombres tenía que asumirse obligatoriamente, y en caso de no hacerlo estaba la fuerza del Estado. Se colocaba el deber ser únicamente por medio de la coacción.

Es necesario enfatizar que hay un conjunto de relaciones jurídicas que tienen como punto de referencia al positivismo³ en sentido general, pero debido al esquema kelseaniano se hace un énfasis muy profundo en la voluntad del legislador convertida en norma, y que a este fenómeno se le ha llamado positivismo formalista. El modelo descrito con anterioridad estaba fundado en la escuela de Kelsen, y particularmente en el kantismo de la escuela de Baden, que no es precisamente lo mejor del pensamiento kantiano.

La idea de ese Derecho, desde la perspectiva normativa, perdió su legitimidad frente a las atrocidades de la Segunda Guerra Mundial. Una de las voces que se levantó fue la de Gustav Radbruch, este autor planteó la necesidad de incorporar otra clase de valores insertos en la comunidad, y no necesariamente los valores que estaban, o se derivaban de la interpretación de la norma. La crisis de la axiología normativa vino a sepultar de llano al positivismo en su sentido más fuerte, es decir el positivismo de corte formalista. En síntesis lo que inspiraba al pensador alemán era impulsar la justicia y dejar en segundo lugar la certeza y seguridad jurídica.

Así, el Derecho ha cambiado, de forma muy importante en los años recientes, como se ha dicho con anterioridad, y fue tal que en la actualidad hay una recomposición no solamente de las teorías o de las explicaciones del Derecho, sino

² FERRAJOLI, Luigi. Principia Iuris. Teoría del Derecho y de la Democracia. T. teoría del Derecho. Trotta ed. Madrid, 2011, p. 5 y ss.

³ Es menester acotar que el positivismo jurídico es una variación del positivismo que prevaleció a principios del siglo XX, pero el llamado positivismo jurídico dejó de lado el modelo cientificista para efecto de reducirse al esquema de las normas emitidas por el legislador.

que se libra una auténtica batalla por tratar de explicar lo jurídico desde una perspectiva mucho más amplia.

En ese contexto generalizador aparecen muchas de las explicaciones de lo jurídico desde ópticas que en los años cincuenta hubiera sido una aberración traerlas a colación. Una de ellas es la que dimensiona lo social como uno de los ejes centrales de lo jurídico.

I. La Escuela de Fráncfort⁴.

Sobre la Escuela de Fráncfort hay mucho que decir⁵. Sin embargo, solamente habré de citar los rasgos más importantes de dicha escuela para que sirvan de marco dentro a explicación del autor a que nos habremos de referir. Los cuales tienen una profunda referencia a los temas de las ciencias sociales en nuestros tiempos, y además, permite explicar las contracorrientes que se han alzado en los tiempos actuales contra lo jurídico, en sentido formal.

Quizá el tema central de la escuela que nos ocupa es que se trata de un estándar que establece un campo de estudios con dos grandes premisas: la postura de apertura en todos los sentidos y la interdisciplinariedad de las ramas de la ciencia con las que trabaja. Dichas premisas son fundamentales para encontrar un objeto de estudio eminentemente social.

Horkheimer es el fundador de la Escuela y tiene como punto de partida a dos grandes ejes. El cuestionamiento de las ciencias sociales en un momento en el cual el clima intelectual estaba nutrido de un pensamiento kantiano⁶ y era indispensable rescatar la dimensión de la izquierda hegeliana que se había nutrido de las experiencias revolucionarias del siglo XIX. Y en segundo lugar, darle a las ciencias sociales un estatus de sensatez en un mundo poblado por el cientificismo académico.

De esta manera se pueden vislumbrar tres grandes generaciones que habremos de analizar brevemente.

La primera corresponde al propio Horkheimer. Generación que establece como campo de estudio la vinculación de tres grandes disciplinas. La economía, la sociología y el psicoanálisis. Las tres tienen como fundamento la explicación del mundo en lo racional a través de un complejo entramado de la fórmula de racionalidad que en ese momento se daba. El Derecho desde la perspectiva de la generación no era sino producto de la economía, debido a la explicación marxista

⁴ Para muchos de los analistas la Escuela de Fráncfort solamente ha tenido dos generaciones, sin embargo, para los fines del presente trabajo hablo de tres porque el salto que implica de Habermas a Honneth es crucial en la perspectiva de lo jurídico, dado que se abandona el modelo de Kant para revitalizarse en las ideas de Hegel.

⁵ WIGGERHAUS, Rolf. La Escuela de Fráncfort. Fondo de Cultura Económica, México, 2011, p. 45 y ss.

⁶ La crítica a Immanuel Kant no significó un abandono completo sino la relectura de las propuestas. Una de las pruebas del aserto se haya en las bases de las propuestas Habermas en la construcción del discurso moral.

del mundo, y en consecuencia el Derecho a partir de este momento quedaba excluido del mundo.⁷

La segunda generación, en los años de los setenta hasta finales de los noventa encabezada por Habermas en lo que toca a lo jurídico hace un replanteamiento en obras importantes y finalmente en "Facticidad y Validez"⁸ da un giro en relación con lo normativo jurídico. El Derecho ya no es solamente la derivación del ejercicio del poder, sino que constituye un centro importante de legitimidad del Estado, haciendo una rotación hacia el posicionamiento de Max Weber. El Estado ya no es producto necesario de las relaciones de poder que asume la economía, sino una fórmula de negociación y comunicación entre los diversos actores de la sociedad. Así, el Derecho se asume como resultado de esa negociación, y en consecuencia debe responder a la facticidad, es decir a las expresiones de la sociedad en que se mueven los actores. Una de las consecuencias inmediatas habrá de ser la incorporación de lo jurídico a las ciencias sociales con todas sus consecuencias.

La tercera generación de la Escuela de Fráncfort aparece a finales de los años noventa y continúa su desarrollo con autores como Honneth Menke, Seel, Früchtel, Brunkhorst, Forst, Lutz-Bachmann, Maus, especialmente los profesores de jurisprudencia Günther, Fink-Eitel, y Koch.⁹

En consecuencia esta tercera generación tiene como objeto de estudio tres grandes cuestiones que son vitales para el mundo de la llamada posmodernidad. El primero de ellos la dinámica de la historia y la sociedad en búsqueda del reconocimiento; el segundo, una contextualización de los fundamentos normativos en las estructuras profundas de la experiencia subjetiva, y en tercer lugar, una insondable y mayor atención a lo que se ha llamado la otra razón, que tiene implicaciones con el segundo de los puntos.

Las tres dimensiones tienen como consecuencia una revisión de los postulados de la escuela a que pertenecen y la renovación del rol que juega la dinámica social en el contexto del desarrollo actual en el mundo del Derecho y su aplicación a los diversos actores.

II. El reconocimiento

Explicado de forma general el marco donde se desenvuelve Honneth es preciso establecer algunos de los puntos de importancia en este autor en relación con el campo de lo jurídico. El planteamiento de Honneth puede ser analizado desde tres grandes bloques que son los que constituyen los ejes principales de su obra¹⁰. En primer lugar el bloque que determina la asunción del fundamento teórico. Es una

⁷ ENZEL, Alicia, at al. Escuela de Frankfurt. Razón, Arte y Libertad. Edueba, Buenos Aires, 1999. p. 77 y ss.

⁸ HABERMAS, Jurgen, Facticidad y Validez. Ed. Trotta, Madrid, 2000.

⁹ ANDERSON, Joel. Situating Axel Honneth in the Frankfurt School Tradition en Petherbridge, Danielle. Axel Honneth. Critical Essays. Brill, Leiden, New York, 2013, p. 52.

¹⁰ Op.cit 45 y ss.

teoría social y no precisamente jurídica, pero como se dijo en la introducción del presente ensayo, el Derecho dejó a un lado los resquemores sobre el monismo metodológico para sumarse a la idea de que las normas son parte de un discurso que se crea al interior de la sociedad. En segundo lugar, Se trata de una teoría de las luchas sociales y este elemento resulta trascendental porque hay varias conexiones con los derechos humanos que se asumen desde una perspectiva de la lucha, y que engarza con las ideas al respecto de Ronald Dworkin, que ve a los derechos como triunfos frente al Estado. Y el tercer bloque, es una teoría crítica de la sociedad lo que lleva de lleno a las raíces de la Escuela de Fráncfort, y además permite actualizar una dinámica de construcción de derechos hacia el establecimiento de un reconocimiento de los mismos el interior del discurso de poder, y no solamente en el discurso de la sociedad como meros reclamos.

Para los efectos del presente trabajo solamente me habré de enfocar al tercero de los bloques de la teoría de Honneth para los efectos de establecer una línea de seguimiento de las ideas de este autor. De esta manera la teoría crítica la desdobra en tres grandes áreas. La primera de ellas se halla en que se trata de una teoría crítica de las injusticias, asumidas éstas desde perspectivas de la no alienación de derechos. En segundo lugar, la teoría crítica de las patologías sociales. En tanto que la tercera se trata de una reflexión que hace alusión a la conformación de un Derecho como proceso libertario.

De esta forma, el planteamiento de Honneth, a que hago referencia, se encuentra fundado en la obra temprana de Hegel. Para el cual la dimensión del hombre es una interrelación con los otros seres humanos, y de esta forma la intersubjetividad se construye a partir de la fundamentación de lo social. Una de las consecuencias que se alcanzan de la anterior afirmación es que el reconocimiento es el fundamento de lo social. En cuanto al individuo esa falta de reconocimiento lo lleva a desarrollar una serie de patologías, o daños en la subjetividad de los seres humanos, pues atentan de forma definitiva a la libertad. En consecuencia, solamente es posible buscar el reconocimiento en aquellos casos donde la personalidad o la subjetividad se encuentre dañada.¹ De inmediato hace un énfasis muy importante en la idea de tipologías con el fin de determinar los diversos niveles de daño que se puede ocasionar con las lesiones a esa intersubjetividad, y que tenga en cuenta el grado de menoscabo en los diversos grados en que se mueve el sujeto en la sociedad.

El esquema general a través del cual parte el autor alemán es tripartito, muy semejante a los cortes que hizo en su momento Habermas. La división obedece a las formas tradicionales de dividir a los esquemas societarios a partir de las propuestas de Hegel.

De esta manera, el autor habla de tres grandes esferas en las que se mueve el ser humano que son la familia, el Estado y la sociedad civil. No es importante determinar el orden de prevalencia, más adelante habremos de darnos cuenta que la dinámica entre estas tres esferas es tan fuerte, que el orden se va reconstruyendo de acuerdo a la percepción de los derechos.

Esos tres bloques se combinan con lo que el propio Honneth ha llamado las esferas del reconocimiento. Dichas esferas son amor, ésta esfera debe entenderse en el sentido más amplio del vocablo. La segunda de las esferas se trata del Derecho, entendido éste desde la dimensión de lo social y no sólo desde la perspectiva positivista. Y por último la esfera de lo social, el reconocimiento, o en su caso, también utilizando la palabra en su sentido más amplio, la llamada esfera de la solidaridad. A cada una corresponde un tipo de daño en particular y afecta al sujeto de forma determinante, el siguiente cuadro podrá ayudarnos a analizar adecuadamente la esfera con los daños que puede sufrir el sujeto que se encuentra en algunas de las situaciones dadas.

Esferas	Violación a la esfera	Efectos
Esfera del amor	Violación, tortura, muerte	Confianza
Esfera del Derecho	Marginación, estafa, lesiones, daños a la propiedad	Auto-respeto
Esfera de solidaridad	Discriminación, injurias.	Autoestima

Para el efecto habremos de profundizar en las tres esferas, con la finalidad de una mayor comprensión de la tesis en la que estamos involucrados. Para Honneth el amor es la más elemental esfera del ser humano, y tiene como base, la dinámica tanto psíquica como social del ente llamado hombre o mujer, según sea el caso. En esta situación hay una marcada influencia en nuestro autor de la teoría del psicoanálisis en las tendencias modernas del mismo. Esta esfera es importante por dos razones esenciales. La primera de ellas es la base de las relaciones sociales, y se fundamenta en relaciones muy cercanas al sujeto. Es importante destacar un elemento esencial que constituye el eje central y es la base afectiva de las relaciones en que se mueven los sujetos. Lo anterior tiene varias consecuencias que es necesario anotar. En primer lugar se encuentra la base afectiva de los sujetos, en esta esfera lo que constituye el lazo de unión entre los mimos es una serie de emociones que hacen que haya lazos entre ellos. En segundo lugar, que ese mismo afecto permite un reconocimiento entre las partes que constituyen el centro de la dinámica en que se mueven. Las personas, en esta esfera se permiten el reconocimiento a través de las relaciones afectivas que son el pilar fundamental en las tesis del autor que se analiza en el presente ensayo.

Y en tercer lugar hay una clasificación de esas relaciones; las que se llaman simétricas y las que se dan como asimétricas. La parte de un principio de igualdad, que no se postula de esa manera, pero que crea relaciones de diverso valor igualitario. En las simétricas el principio de igualdad se da entre los sujetos de la misma manera, por ejemplo el matrimonio. En el caso de las simetrías hay un esquema de igualdad a partir que los sujetos interactúan en el mismo plano de seguimiento. En el caso de las asimetrías, existe una jerarquía que obedece a una

serie de criterios a partir de la idea de afecto. Así, encontramos las relaciones con los propios hijos.

La segunda esfera corresponde al Derecho. Tanto para Hegel como para el autor en comento, es la esfera principal y tiene la característica de universalidad, en contraste a la esfera anterior. En esta esfera se expresan todos los derechos y a su vez los seres humanos reconocen los deberes, en la doble visión kantiana. En el sentido en el cual se desarrollan los derechos tiene una dimensión de mayor interés y presenta algunas dificultades. Así, lo que tenemos frente a nosotros es una fundamentación de un principio de universalidad que se encuentra presente en todos los hombres, y que han abandonado las tradiciones morales, que solamente particularizan la visión de los derechos.

La universalidad¹¹ del sujeto en su autonomía presenta algunos rasgos que son importantes en el desarrollo del presente artículo. En primer lugar, se construye un sujeto dotado de una autonomía plena tanto en sus derechos como en sus obligaciones. De esta forma una de las características que se asumen desde esta perspectiva es el concepto de plena libertad en todas las acciones del hombre. El daño que se puede establecer al respecto es la limitación de las libertades que afectan la dignidad humana.

Por tanto, en la esfera que analizamos del Derecho, se construye como una limitación de la primera de las esferas en aras de alcanzar mayor libertad en todas las dimensiones en que se mueve el sujeto.

La tercera de las esferas corresponde como se dijo, la solidaridad. Hay que pensar en que si bien las esferas tienen el mismo peso, las tres esferas corresponden a la idea de evolución que se encuentra muy de la mano de las tesis Hegelianas que fueron muy influyentes en su momento, y que también el propio autor que hoy analizamos toma en cuenta. Por tanto la solidaridad es el siguiente paso en que nos movemos. Esta esfera es producto de una lucha de los sujetos que buscan ser reconocidos en su expresión epistémica. Esta solidaridad, en consecuencia debe ser entendida en un grado más de la lucha por ese reconocimiento a que hacemos alusión, que constituye una pretensión de ser reconocido en su plena dignidad. Por ende, cualquier ofensa que implique desprecio, repercute en las anteriores esferas del sujeto que afecta su estructura psíquica, lo que lleva de la mano a entender que hay una violación de esos derechos.

Una de las características que llaman la atención al respecto, es que hay una especie de contradicción en las dos esferas que mencionamos con anterioridad. Y se trata de las esferas de la valoración social y la esfera del derecho. Existen dos razones para que estas esferas se encuentren en contradicción. La primera de ellas es que, en tanto que la esfera del derecho es Universal (desde la perspectiva

¹¹ Lo que hace Honneth es colocar una plataforma del pensamiento kantiano y sobre ella levanta las tesis de Hegel, para crear la esfera correspondiente

kantiana de universalidad y autonomía)¹², pues tiene un valor que se expande a toda la sociedad, la esfera de la valoración se encuentra reducida a una visión particularista, que se desarrolla dentro de un contexto determinado. En el presente caso, se trata de una esfera que toma en cuenta las características de los sujetos en sus propios elementos personales.

Una de las conclusiones que se pueden obtener de la afirmación establecida líneas arriba consiste en que, mientras que el Derecho sostiene como valor central a la dignidad, esta debe ser universalizable, en tanto que cubre todo la gama de seres humanos. Mientras que el reconocimiento social lleva a entender las dimensiones del ser humano no en su generalización, sino en la dimensión concreta de los seres humanos, con las diferencias sociales y humanas, y que las mismas deben ser tomadas en cuenta para colocarse en el nivel de igualdad que exige la abstracción del derecho. En el fondo, no se trata de una contradicción como sostienen algunos de los autores que han trabajado el tema, sino de una complementación de las esferas. Tal vez, la diferenciación se trataría en los niveles de culturas y que las mismas aceptan otras condiciones del ser humano. Quizá en este caso se trataría de alguna aporía que puede resolverse recurriendo a una de las manifestaciones de la dignidad humana, que se trata de la tolerancia. En este caso particular se deben tomar en cuenta que las dimensiones culturales deben ser tomadas en cuenta para establecer diferencias, pero esas diferencias que se aceptan no deben dañar a la dignidad humana de lo contrario estaríamos en posibilidad de menoscabar la esfera de lo jurídico, y sobre todo de la dignidad del hombre que es el valor que debe ser de mayor importancia sin importar en la esfera en que se encuentren los sujetos.¹³

Aunado a lo anterior se puede, y debe pensar, en la relatividad de la esfera social, la cual responde a un plano de contextualización en que se desarrollan las relaciones sociales ceñidas a determinados patrones, pero que de ninguna manera se trata de elementos absolutos y determinantes en la dimensión de los seres humanos y que correspondan a una única naturaleza.

Una de las críticas que le han hecho a Honneth es su falta de profundización en las esferas que recién hemos mencionado y adicionalmente a la dinámica en las mismas entre sí. Contesta a tal crítica haciendo un análisis pormenorizado de la esfera del derecho en relación con la libertad en que se mueven todos los sujetos.

También es necesario explicar la dimensión en que se mueven las esferas, las cuales tienen como finalidad tres dimensiones de los sujetos en una constante movilidad de los mismos. Aunado a lo anterior se debe pensar que las mencionadas esferas responden a tres posicionamientos del sujeto en la sociedad, y de acuerdo a ámbitos de vida diversos. Es decir, las esferas no tienen por qué estar en constante relación por sí mismas, sino que es el sujeto quien las pone en

¹² SCRUTON, Rogger. Kant a Very Short Introduction. Oxford University Press. Oxford, 2011, p. 78.

¹³ Los sociólogos no han podido resolver la mencionada aporía debido sobre todo a pensar en términos absolutos de la esfera de contenido social.

relación. Por ejemplo, para hacer ejercicio de la esfera del amor, es indispensable que al sujeto le reconozcan un mínimo de dignidad y de acción de lo social, de lo contrario podrían afectar de forma directa a la dimensión que mencionamos en primer lugar.

Adicionalmente, el planteamiento de Honneth se encuentra ubicado en el mapa de los autores que intentan resolver el gran conflicto entre igualdad y libertad. Para el caso del autor en análisis su postura está ubicada en la libertad. La libertad se localiza como el eje central de cualquier principio de sociabilidad, y es el principio que debe orientar a cualquier base de sociabilidad. En este sentido, sigue parcialmente la tradición de la autonomía de los sujetos, por encima de todos los elementos de la vida en común. Entonces, cualquier conflicto que ponga en tela de juicio a la libertad, no puede prevalecer por encima de ésta.

III. La Esfera de lo Jurídico

En muchas ocasiones existen circunstancias en las cuales colocan a los sujetos en condiciones de conflicto con las esferas a que hemos aludido líneas atrás.

Pero la pregunta importante se centra, en qué momento pueden entrar en conflicto las esferas a que hacemos alusión. De forma general no se puede establecer ninguna premisa, porque los conflictos son en los casos individuales. Un primer cuestionamiento que debemos tener cuidado es el respectivo a las esferas de referencia.

Un primer punto que debe analizarse, desde la perspectiva general del Derecho, es la relativa cuando puede privilegiarse la esfera de lo jurídico. Una primera respuesta se encuentra en la dimensión de los positivistas, la cual sería cuando las esferas violen la estructura normativa que da atención a la dignidad humana.

Pero en esta situación estaríamos pensando de acuerdo al esquema de los positivistas.¹⁴ Invirtamos la secuencia de las cosas, pensemos que la esfera del derecho no pone atención en la dignidad del hombre, sino no toca ni a la libertad ni a la dignidad, entonces la aplicación de la esfera de lo social deberá aplicarse ya sea la esfera del amor o la esfera de lo social, dejando de lado lo jurídico porque no afecta a lo jurídico, o porque el conflicto no lástima la esfera de lo jurídico.

Una de las soluciones al respecto deviene de la posición moderna de lo jurídico que se haya en la dimensión del juez, quién debe valorar las tres esferas y dar el énfasis adecuado a cualquiera de las que se hayan en conflicto y dar la justificabilidad a la que pueda privilegiarse de mejor manera en cuanto corresponde a las soluciones desde las dos perspectivas de lo jurídico lo social y lo normativo. Las cuales permiten darle legitimidad al sistema.

Quizá, una de las consecuencias que es necesario determinar en la relación de las tres esferas, es la que consiste en que el tipo de relación no se puede establecer a

¹⁴ JIMÉNEZ CARO, Roberto. Una metateoría del Positivismo Jurídico. Marcial Pons. Madrid, 2008, p. 33 y ss.

priori, sino que es consecuencia de casos particulares o facticos a que en su momento se refirió Habermas. La confluencia de los bloques obedece sobre todo a dos grandes aspectos relevantes de la situación en particular, y no se haya predeterminada en el universo de las relaciones. Y los criterios de resolución se hayan en los consensos estructurados por la sociedad en la dinámica del reconocimiento de derechos. En consecuencia, el derecho se convierte en una especie de mediador de las relaciones entre los seres humanos donde se ponen de manifiesto las experiencias de vulneración a las otras esferas.

Pensar solamente en la esfera de lo jurídico como la única fuente de los derechos es afectar a los sujetos en lo particular, puesto que dichos derechos pueden ser afectados en lo particular por las consecuencias tácticas de la realidad en la que se mueven los individuos. El trato igualitario, por ejemplo, en la realidad puede provocar muchos desajustes que las otras esferas no pueden permitir que se aglutinen en el mundo de lo jurídico. Por ello, la igualdad táctica y la jurídica deben recurrir no solamente a la interpretación normativa, sino también a una argumentación que mida todos los contextos en que se mueve esa libertad fáctica. Es por lo mismo, que también la esfera de lo jurídico se encuentra determinada por las otras esferas que interactúan sobre el derecho de forma continua.

Conclusión

Una de las primeras consecuencias que se pueden derivar de lo anterior se encuentra en la dimensión y a su vez, definición de lo jurídico, lo cual no se haya determinado por las normas de forma exclusiva, sino que además se centra en las decisiones judiciales que deben atender a todas las esferas y su interrelación recíproca.

Dichas esferas permiten explicar el fenómeno del Derecho a partir del reconocimiento como un hecho fundado en la sociedad y que debe tener profundas raíces en la misma. Las esferas explican la situación de lo jurídico en un ambiente donde se cuidan los elementos de los espacios del sujeto, esferas del amor y social, y no permite una invasión de lo normativo en todas las circunstancias de decisión del sujeto.

Bibliografía

- Axel, Honnet. *Reificación: un estudio sobre la teoría del reconocimiento*. Katz, Buenos Aires, 2007.
- Axel, Honneth. *Crítica del agravio moral. Patologías de las Sociedad Contemporánea*. Fondo de Cultura Económica y UAM, México, 2009.
- . *El derecho a la Libertad. Esbozo de una eticidad democrática*. Katz, Madrid, 2014.
- . *La Lucha por el Reconocimiento*. Crítica, Barcelona, 1997.

- . *Patologías de la Razón. Historia y Actualidad de la Teoría Crítica*. Katz, Madrid, 2009.
 - . *Reconocimiento y menosprecio. Sobre la fundamentación normativa de una teoría social*. Katz, Barcelona, 2010.
 - . *The critique of Power: reflective stages in a critical social theory (studies en contemporary German Thought)*. University of Massachusetss, Massachusetts, 1993.
- ENZEL, Alicia at al. *La Escuela de Frankfurt. Razón, Arte y Libertad*. Eudeba, Buenos Aires, 1999.
- FERRER BELTRÁN, Jordi et al. *Neutralidad y Filosofía del Derecho*. Marcial Pons, Madrid, 2012.
- HABERMAS, Jurgen. *Facticidad y Validez*. Trotta, Madrid, 2000.
- JIMÉNEZ CARO, Roberto. *Una metateoría del Positivismo Jurídico*. Marcial Pons, Madrid, 2008.
- PETHERBRIDGE, Danielle. *The Critical Theory of Axel Honneth*. Lexington Books, New York, 2013.
- ROLF, Wiggerhaus. *La Escuela de Fráncfort*. Fondo de Cultura Económica, México, 2011.
- SCRUTON, Roger. *Kant a very short Introduction*. Oxford University Press, Oxford, 2001.

Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren la orientación sexual o la identidad de género de la SCJN

Jaqueline Jongitud Zamora*

1. Advertencias en torno al protocolo

Respecto al protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren la orientación sexual y la identidad de género (en adelante protocolo) cabe destacar tres aspectos: primero, es una guía para todos los jueces del país a fin de que sus decisiones protejan los derechos humanos (DDHH) de la comunidad LGBTI;¹ segundo, no es de aplicación obligatoria, pero su contenido refiere normas y resoluciones claramente obligatorias; y, tercero, está abierto (al 30 de noviembre de 2014) a sugerencias para su mejora.

El protocolo consta de cuatro partes, la **primera** referida a sí mismo, es decir: su presentación, justificación y los marcos conceptual y jurídico de los que parte; la **segunda**, se refiere a herramientas básicas para los jueces; la **tercera**, desarrolla recomendaciones para quienes imparten justicia en el país, y, la **cuarta**, plantea sus expectativas de aplicación.

2. Contenido

La emisión del protocolo se justifica a partir de dos razones fundamentales: la obligación de todas las autoridades del país, en el ámbito de su competencia, de combatir la discriminación por orientación sexual (OS) e identidad de género (IG) y la urgencia de tomar medidas para evitarla.

El protocolo desarrolla y delimita² los términos sexo, género, IG, persona trans (mujer y hombre), expresión de género y OS (heterosexualidad, homosexualidad, bisexualidad) con el fin de proveer de claridad conceptual a sus lectores. Asimismo

* Investigadora del Centro de Estudios sobre Derecho, Globalización y Seguridad de la Universidad Veracruzana, miembro del Sistema Nacional de Investigadores del CONACyT y docente de la Facultad de Derecho de la Universidad Veracruzana.

¹ Personas lesbianas, gays, bisexuales, transgénero, transexuales, travesti e intersexuales.

² A partir del conocimiento científico y criterios de órganos internacionales de DDHH.

expone algunos de los principales estereotipos que afectan a la comunidad LGBTI y les recuerda a todos los jueces de este país su obligación de cuestionar los hechos y valorar las pruebas *desechando cualquier estereotipo o prejuicio de género, de IG u OS*.

Sentadas las bases del protocolo, la Corte expone consideraciones generales para todas las y los juzgadores del fuero común y federal, entre ellas que, en la solución de cualquier caso que involucre la IG y la OS, deben llevar de oficio el *control de constitucionalidad y convencionalidad*, juzgar con *perspectiva de género y de diversidad sexual*,³ apegarse a los principios *pro persona* y *pro libertatis*, dispensar un *trato digno* a las personas y *respetar la privacidad* de las mismas, así como documentarse sobre la OS y la IG a través de documentos científicos y de instrumentos de DDHH.

Posterior a lo anterior, la SCJN sostiene que las expresiones de la OS y de la IG son protegidas por el *derecho al libre desarrollo de la personalidad*, el cual se fundamenta en la dignidad humana e implica el derecho de toda persona de elegir, en forma libre y autónoma, cómo vivir su vida. Y, dado que una dimensión básica protegida por este derecho es el de las relaciones sexuales y afectivas de las personas, así como pueden decidir sobre su profesión, también pueden hacerlo sobre su vida sexual y amorosa. En tal sentido, la Corte concluye que todas las OS e IG son protegidas por el libre desarrollo de la personalidad y que la *restricción de los derechos de las personas LGBTI en virtud de su OS e IG son inconstitucionales*, además de ser categorías protegidas por el *derecho a la no discriminación*.

En el anterior orden de ideas, la Corte reafirma que *la igualdad y la no discriminación* son principios fundantes del régimen democrático y de aplicación transversal en el sistema jurídico mexicano. Precisa además en nueve puntos: que *la igualdad* exige un trato igual en supuestos de hecho equivalentes y un trato desigual en supuestos de hecho distintos; que el *derecho a la igualdad* implica que las autoridades tomen acciones positivas; que los *derechos a la igualdad y la no discriminación* gozan de eficacia aun en relaciones entre particulares y prohíben a las autoridades restringir un derecho haciendo una distinción con base en la OS o la IG; que el *derecho a la no discriminación* prohíbe a las autoridades hacer distinciones que no cuenten con sustento constitucional sólido, les obliga a atender la discriminación múltiple que sufren las personas (por distintas causas) y otorga a las personas un interés legítimo para impugnar a través del juicio de amparo toda norma que genere discriminación o estigmatización; y, que la OS y la IG son categorías sospechosas para efectos de realizar una distinción en el trato de una

³ Lo cual implica la aplicación de los siguientes pasos: 1) identificar si existe desequilibrio entre las partes por cuestiones de género u OS, 2) cuestionar los hechos y valorar las pruebas deseando estereotipos, 3) ordenar las pruebas necesarias para visibilizar dichas situaciones, 4) ordenar las pruebas necesarias para aclarar la situación de violencia, vulnerabilidad o discriminación por razones de género u OS, 5) cuestionar la neutralidad del derecho aplicable, evaluando el impacto diferenciado de la solución propuesta, y, 6) evitar el uso del lenguaje basado en estereotipos o prejuicios, por lo que debe usarse un lenguaje incluyente.

persona y por lo tanto cuentan con una protección adicional y que las autoridades deben atender a la discriminación indirecta⁴ que pueda darse a causa de ellas.

Posteriormente, la Corte revisa las violaciones más comunes a los DDHH de la comunidad LGBTI y provee recomendaciones a quienes imparten justicia en el país. Por la relevancia del tema, y por el escaso espacio con el que se cuenta en esta contribución para darlos a conocer, se sintetizan en la siguiente tabla.

Derechos	Recomendaciones y consideraciones para jueces y juezas
El sexo registral y la identidad de género	Vigilar que la expresión de la IG sea respetada en cualquier situación. Resolver casos de cambios de identidad y que este cambio no sea público. La solicitud de cambio de nombre y sexo, con base en la IG, debe ser procedente. No se debe condicionar el ejercicio del derecho a la IG a violentar el derecho a la integridad física o el derecho a decidir. Vigilar el no condicionamiento en las leyes al cambio de nombre y sexo a que las personas trans no se puedan casar. Vigilar que no se alteren las relaciones filiales de las personas que se cambien de nombre y sexo. No es válido que el cambio de nombre y sexo aparezca en anotación marginal del acta de nacimiento. Vigilar que el cambio de nombre y sexo se realice en toda la documentación oficial y no sólo en el acta de nacimiento. Asegurar que en las prisiones las trans femeninas estén con las mujeres y no con los hombres. Vigilar que no se apliquen sanciones administrativas a las personas trans que ocupen baños correspondientes a su identidad. Los niños y las niñas tienen derecho a elegir su propia identidad. Los padres no tienen la prerrogativa de corregir la identidad de género de los hijos.
A la protección de la familia y a la vida privada	La intervención en la relación de padres y madres con sus hijos en virtud de la OS o IG de los primeros es una injerencia arbitraria y discriminatoria. No se puede separar a un niño o niña de padres LGBTI argumentando el interés superior del niño, sin probar un daño concreto. La OS o la IG no debe formar parte de la argumentación o del material probatorio en los juicios. No es válido sostener (directa o indirectamente) que la OS o la IG de los padres, en sí, genera un daño a los hijos, les genera “confusión sexual” o les hará objeto de discriminación social. Deben proteger el derecho de las parejas del mismo sexo a acceder al matrimonio, concubinato o cualquier otra forma de regulación de la vida en pareja, lo cual incluye a las personas trans que decidan casarse. No debe aceptarse el argumento de nombrar de otra forma la unión de entre parejas del mismo sexo. No se debe preguntar en los juicios de alimentos sobre quién es el hombre y quién la mujer, sino acerca de los roles desempeñados. Debe garantizarse a las personas LGBTI el acceso a la reproducción asistida, su exclusión de la adopción es inconstitucional. El orden de los apellidos de los hijos puede ser decidido por padres y madres.
Al trabajo	Evitar la discriminación en la oferta, contratación, promoción y despido.

⁴ El tipo de discriminación que se sufre por los efectos de una medida que, si bien neutral por cuanto a los criterios que incorpora, no lo es en cuanto a su impacto.

	La carga de la prueba por discriminación laboral por OS e IG está a cargo del patrón. Existe discriminación por OS o IG cuando se sanciona a la persona por creer pertenecer a la comunidad LGBTI, cuando se sabe que lo es o cuando se sancionan actos relacionados con ser LGBTI. No debe proceder el despido por someterse a cirugía de reasignación de sexo. En casos de acoso laboral, debe tenerse en cuenta los insultos dirigidos a las personas LGBTI en general y no sólo al demandante.
Detenciones arbitrarias	Han de realizar control de constitucionalidad y convencionalidad para cuidar que se demuestre que en el caso de una detención: la persona LGBTI estaba realizando un comportamiento no relacionado con su condición y que, en efecto, provocó un daño; que la detención estaba encaminada a que se continuara el daño y que no se violentaba otro derecho, como el libre desarrollo de la personalidad. Deben atender a la necesidad y proporcionalidad de la medida. Las manifestaciones afectivas de la OS y la IG no son atentados a la moral pública, lo cual incluye que una persona trans vaya al baño público de acuerdo a su IG.
Violencia y acceso a la justicia	Las personas LGBTI deben ser tratadas como cualquier otra cuando acceda a la justicia, con respeto. Las expresiones en las que se refiere a la homosexualidad no como una OS sino como una condición de inferioridad o exclusión constituye discriminación. Poner especial atención a cómo los crímenes, en contra de personas LGBTI, son denunciados y procesados. Vigilar que en las investigaciones por homicidios no se consideren como crímenes pasionales <i>per se</i>. No es válido aceptar la agresión de un hombre a su pareja mujer trans porque no le dijo que lo era.
Salud	Negar servicio médico (público o privado) a una persona LGTBI es discriminatorio, y atenta contra el derecho a la salud. Deben dictarse medidas cautelares cuando esté en riesgo la salud de personas LGBTI. Se debe proteger a la persona LGBTI frente al internamiento en contra de su voluntad a efectos de tratar su OS o IG, especialmente en niñas y niños. Deben conocerse los casos de negación de tratamientos hormonales o quirúrgicos a personas trans. Deben conocerse los casos en que compañías de seguros rehúsen sus servicios a personas LGBTI o les cobren extra prima.
Libertad de expresión y asociación	Se viola cuando se impute delito relacionada con ultrajes a la moral a personas LGBTI por el sólo hecho de expresarse como son o cuando se les impide la realización de actos o eventos. Vigilar que no se les exija a las asociaciones LGBTI requisitos adicionales para su constitución o funcionamiento.
Educación	Conocer los casos en los que se niegue el acceso o se expulse de la escuela (pública, privada o religiosa) a menores por su OS o IG o la de sus padres, lo cual constituye discriminación y viola el derecho a la educación. Conocer cualquier caso de exclusión de actividades escolares por OS o IG. Los niños y niñas deben recibir información acerca de la OS y la IG. En el caso de niñas y niños trans es discriminatorio no permitirles usar el baño de su elección.

3. Comentario final

Suele reconocerse que el derecho va a la zaga del cambio social, la emisión del protocolo que se comenta es una notable excepción a tal experiencia, pues se trata de un texto que recoge los más importantes avances en el mundo respecto al tema de los DDHH de la comunidad LGBTI y porque hace frente a un contexto adverso, como lo prueban los estudios de la discriminación en México del CONAPRED.⁵

El retraso social respecto a la discriminación y violencia de la que son víctimas las personas de la comunidad LGBTI conecta con diversos factores como el prejuicio, la ignorancia, el fanatismo o la intolerancia religiosa. En todo caso, lo rescatable es que el protocolo constituirá un importante referente en la materia y será de gran ayuda para el tratamiento de casos concretos. Lo lamentable del protocolo es que éste se presente en forma de recomendaciones o sugerencias a las y los jueces, cuando, en buena lid, todas ellas constituyen obligaciones específicas del Estado mexicano en materia del derecho a la igualdad y la no discriminación y respecto a las cuales no cabe la idea de “arbitrio judicial”, sino la de obligaciones plenamente exigibles en materia de DDHH.

⁵ Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación.

Las telecomunicaciones en México: un nuevo orden normativo

Ma. Teresa Montalvo Romero*

En nuestro país durante el año 2013 y 2014 se realizaron una serie de reformas estructurales en diversas materias y una de ellas es la reforma al marco jurídico de las telecomunicaciones el cual pretende dar mayor certidumbre y beneficios a los usuarios de los diversos servicios en esta rama.

El decreto de reforma constitucional en materia de telecomunicaciones se publica en el diario oficial de la federación el 11 de junio del 2013 y el cual establece

ARTÍCULO ÚNICO. Se **REFORMAN** el párrafo primero del artículo 6o.; el artículo 7o.; el párrafo sexto del artículo 27; el párrafo segundo del artículo 28; la fracción XVII del artículo 73; la fracción VII del artículo 78 y el párrafo sexto del artículo 94; y se **ADICIONAN** los párrafos segundo, tercero y cuarto, pasando el actual párrafo segundo a ser apartado A del párrafo cuarto, y un apartado B al artículo 6o.; los párrafos decimotercero al trigésimo del artículo 28, y un inciso l) a la fracción I del artículo 105, todos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para quedar como sigue¹

Dentro de las leyes secundarias que se reforman están la Ley federal de telecomunicaciones y radiodifusión y la Ley del Sistema público de radiodifusión del Estado Mexicano; se crean a su vez el Instituto Federal de Telecomunicaciones y la Comisión Federal de Competencia Económica, como órganos constitucionales autónomos.

* Dra. en Derecho Público, Docente de tiempo completo en FCAS de la Universidad Veracruzana, Miembro del Sistema Nacional de Investigadores nivel II.

¹Presidencia de la Republica México:
<http://cdn.presidencia.gob.mx/reformatelecomunicaciones/Decreto-en-el-Diario-Oficial-de-la-Federacion.pdf>. Julio 2014

Artículo 28: El Estado contará con una Comisión Federal de Competencia Económica, que será un órgano autónomo, con personalidad jurídica y patrimonio propio, que tendrá por objeto garantizar la libre competencia y concurrencia, así como prevenir, investigar y combatir los monopolios, las prácticas monopólicas, las concentraciones y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados, en los términos que establecen esta Constitución y las leyes. La Comisión contará con las facultades necesarias para cumplir eficazmente con su objeto, entre ellas las de ordenar medidas para eliminar las barreras a la competencia y la libre concurrencia; regular el acceso a insumos esenciales, y ordenar la desincorporación de activos, derechos, partes sociales o acciones de los agentes económicos, en las proporciones necesarias para eliminar efectos anticompetitivos.

El Instituto Federal de Telecomunicaciones es un órgano autónomo, con personalidad jurídica y patrimonio propio, que tiene por objeto el desarrollo eficiente de la radiodifusión y las telecomunicaciones, conforme a lo dispuesto en esta Constitución y en los términos que fijen las leyes. Para tal efecto, tendrá a su cargo la regulación, promoción y supervisión del uso, aprovechamiento y explotación del espectro radioeléctrico, las redes y la prestación de los servicios de radiodifusión y telecomunicaciones, así como del acceso a infraestructura activa, pasiva y otros insumos esenciales, garantizando lo establecido en los artículos 6o. y 7o. de esta Constitución.

Desde la presentación de la iniciativa de reforma, algunas figuras jurídicas han sido duramente cuestionadas sobre todo en lo relativo a la certidumbre jurídica que tendrían los ciudadanos al momento de la aplicación de la norma.

Algunas de estas figuras son las siguientes:

Principio de neutralidad de la red:

Art. 145, 146: violatorio de art. 7 constitucional y 13 de la convención americana sobre derechos humanos. La violación a este principio debe entenderse como la restricción del contenido, sitios y plataformas, en las redes de banda ancha residencial.

Bloqueo de señales y vigilancia de comunicaciones:

Art. 197: Violatorio al derecho de la libertad de expresión- Declaración conjunta sobre Libertad de expresión e internet de 2011

Se establece el bloqueo de señales en momentos críticos para la seguridad nacional, limitado a centros penitenciarios y sus cercanías, sin embargo queda sin definir qué autoridades serán competentes, ni qué debemos entender 'por momentos críticos para la seguridad nacional ni el procedimiento para efectuar el

bloqueo

de

señales.

Derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas

De la colaboración con la justicia: Arts. 192-194 se amplían las obligaciones de retención de datos por parte de las empresas de telecomunicaciones y dicha información se encuentra ahora a disposición no solo de las Procuradurías para la investigación de delitos, sino también a disposición de la Policía Federal, el Ejército, La Marina y el CISEN. Esto significa que los concesionarios deberán guardar por dos años el nombre, domicilio del suscriptor, tipo de comunicación, destino, fecha y duración de la comunicación y estos podrán ser consultados por la autoridad en tiempo real.

Facultades de Geolocalización en tiempo real

Art. 189 a 191 se amplían las facultades de localización geográfica en tiempo real de equipos de comunicación móvil de individuos determinados si este se vincula con delitos contra la salud, secuestro o extorsión con riesgo para la vida de la víctima, sin la necesidad de autorización judicial. Dicha facultad la tendrán el CISEN y la marina.

Actualmente existen organismos nacionales e internacionales que tienen como objetivo la defensa del desarrollo de las comunicaciones y del respeto a los derechos que se dan dentro de ellas, así tenemos a la Asociación para el Progreso de las Comunicaciones² la cual tiene como misión: “empoderar y apoyar a las organizaciones, movimientos sociales e individuos en el uso de las tecnologías de la información y la comunicación para crear comunidades e iniciativas estratégicas con el propósito de realizar una contribución significativa al desarrollo humano, la justicia social, los procesos de participación política y la sustentabilidad ambiental”³.

A su vez la ONU a través de la Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la información (CMSI) ha discutido sobre todo lo relativo a la gobernanza en internet y cómo debe llevarse a cabo, para determinar cuáles son las entidades o instituciones que deben involucrarse en ella y hasta donde actuar de acuerdo a sus facultades, sin violentar el ámbito privado de los internautas protegido por el derecho a la intimidad en beneficio de la protección del bien público temporal.

Cabe hacer alusión que el concepto de gobernanza se utiliza para hablar de la intervención del Estado, de su eficacia y de su calidad, mismos que le van a proporcionar la legitimidad frente a los ciudadanos; este término se comienza a

² La Asociación para el Progreso de las Comunicaciones (APC) es una red internacional de organizaciones de la sociedad civil cuyo fin es empoderar y asistir a grupos y particulares que trabajan por la paz, los derechos humanos, el desarrollo y la protección del medio ambiente, a través del uso estratégico de tecnologías de información y comunicación (TIC), incluida internet.

³ Asociación para el progreso de las comunicaciones, <http://www.apc.org/es/node/93>, mayo 2012.

esgrimir a partir del inicio del fenómeno de la globalización con la caída del muro de Berlín

La Organización de los Estados Americanos⁴ a través de su Relatoría Especial para la libertad de expresión desde 1999, ha generado una serie de declaraciones conjuntas sobre este tema, donde participan el Relator Especial de las Naciones Unidas (ONU) para la Libertad de Opinión y de Expresión, la Representante para la Libertad de los Medios de Comunicación de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), la Relatora Especial de la Organización de Estados Americanos (OEA) para la Libertad de Expresión y la Relatora Especial sobre Libertad de Expresión y Acceso a la Información de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP).

Comentario Final:

Las comunicaciones son hoy en día la mejor herramienta pública y privada de empoderamiento y de gestión para obtener resultados en las diversas áreas de desarrollo de los Estados, por lo cual, contar con un marco jurídico pertinente y acorde a las necesidades de los sujetos activos en las mismas (Estado, particulares e iniciativa privada) será primordial, sobre todo para lograr los objetivos planteados para la atracción de la inversión extranjera. Aunado a lo anterior, habrá que esperar a los reglamentos y las disposiciones administrativas relativas para poder analizar, la posible efectividad y eficacia de la modificación constitucional.

Bibliografía

Asociación para el progreso de la comunicaciones,
<http://www.apc.org/es/node/93>
Organización de los Estados Americanos
[http://www.oas.org/es/cidh/expresion/documentos_basicos/declaracion
es.asp](http://www.oas.org/es/cidh/expresion/documentos_basicos/declaracion_es.asp).
Presidencia de la Republica México:
[http://cdn.presidencia.gob.mx/reformatelecomunicaciones/Decreto-en-el-
Diario-Oficial-de-la-Fedeacion.pdf](http://cdn.presidencia.gob.mx/reformatelecomunicaciones/Decreto-en-el-Diario-Oficial-de-la-Fedeacion.pdf).

⁴Organización de los Estados Americanos
http://www.oas.org/es/cidh/expresion/documentos_basicos/declaraciones.asp.
Mayo 2014

Derecho de petición en lengua indígena

Caso César Cruz Benítez (Amparo en revisión 78/2014, sesionado por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 18/06/2013, México)

Manuel Francisco Cruz Florencia*

El 10 de Octubre de 2012 César Cruz Benítez, indígena Hñähñu del Estado de Hidalgo, presentó una queja ante la Comisión de Derechos Humanos del Estado de Hidalgo por violación a sus derechos humanos, acto perpetrado en un retén de la policía local. El quejoso realiza una petición de información a dicha institución (Comisión de Derechos Humanos del Estado de Hidalgo) en idioma Hñähñu. No recibe respuesta, ni información del status jurídico de la queja.

El 31 de octubre de 2012 recibe contestación, la recibe en español, y sin la información solicitada. Por ello, el 16 de noviembre de 2012 decide interponer un amparo –también en idioma Hñähñu- ante el Juzgado Segundo de Distrito en el Estado de Hidalgo, reclamando la omisión de responder de manera congruente y en su idioma indígena. Al ser admitida, después de los trámites necesarios para la traducción, la demanda se convirtió en el primer amparo presentado en idioma Hñähñu. En la que el quejoso, César Cruz Benítez, solicitó que se reconozca el derecho de las personas indígenas a ser notificadas y procesadas en su lengua materna.

Para la designación de un intérprete de lengua Hñähñu, el juzgado de distrito, que carecía de intérpretes de esa lengua, solicitó a la Dirección General de Atención a Indígenas de la Secretaría de Desarrollo Social del estado de Hidalgo, a la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas del estado de Hidalgo y a las Secretarías de Educación Públicas del estado de Hidalgo y la federal, la designación de un perito que tradujera dicho escrito; todas respondieron negativamente, argumentando que el traductor se encontraba de vacaciones, falta de atribuciones para designar intérpretes y falta de presupuesto para contar con un traductor en lengua Hñähñu. Para el mes de marzo de 2013 aún no se tenía designado intérprete para Cesar Cruz Benítez y fue 5 meses después, el 23 de abril de 2013, cuando se designó intérprete.

* Estudiante de la Facultad de Derecho de la Universidad Veracruzana, tutorado de investigación en el Proyecto, “La prevención social de la violencia y el delito”. No. Registro DGI, 154672013154. Actualmente realiza estancia de intercambio en la Universidad de Caldas, en Colombia.

El 21 de mayo de 2013, el juez del conocimiento sobreseyó el juicio de amparo, considerando que el quejoso también habla español y determinando que no es necesaria la asignación de un traductor porque es un derecho que sólo corresponde a personas indígenas monolingües. Inconforme con la determinación, el 5 de junio de 2013, en lengua Hñãñhu, el quejoso interpuso recurso de revisión, del cual correspondió conocer al Segundo Tribunal Colegiado del Vigésimo Noveno Circuito. Después del trámite necesario para la traducción, fue admitido dicho medio de impugnación.

El 11 de julio de 2013, César Cruz Benítez solicitó a la Suprema Corte de Justicia de la Nación el ejercicio de la facultad de atracción para conocer del recurso de revisión. En sesión celebrada el 4 de diciembre de 2013 la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó ejercer la facultad de atracción solicitada.

Finalmente, durante la sesión del 18 de junio de 2014, la Segunda Sala de la Suprema Corte revocó el auto de sobreseimiento emitido por el Juzgado Segundo de Distrito del Estado de Hidalgo y, ordenó reponer el procedimiento de juicio de amparo de origen. Reconociendo así el derecho de petición en lengua indígena y el derecho a ser notificado en su lengua originaria en cualquier diligencia dentro de un juicio, con independencia de que, además, la persona de que se trate hable español.

El caso del indígena Cesar Cruz Benítez ofrece, como todo hecho social que busca solución en el derecho, una gran complejidad por las reflexiones que provoca e incluso por las múltiples formas de resolverlo judicialmente. El derecho invariablemente llamado a resolver conflictos ajustando las normas y principios a las exigencias vitales, alcanza su máximo carácter de utilidad y vitalidad en la sentencia judicial.

Ahora bien, desde nuestra óptica, el asunto que analizamos nos permite tres reflexiones; la primera tocante, a las falencias que sufren las instituciones mexicanas en materia de interpretación y protección de los derechos fundamentales. Durante la odisea del indígena de origen otomí, la policía municipal, la Comisión de Derechos Humanos del Estado de Hidalgo y el juez que conoció primero la causa, en sus actuaciones revelaron su desacato al artículo primero constitucional cuando reza: "Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos..."¹.

Aquella "sociedad abierta de los intérpretes constitucionales" propuesta por Peter Haberle, que "en los procesos relacionados con la interpretación constitucional toman parte potencialmente todos los órganos estatales, todos los ciudadanos y todos los grupos."², es un lema consagrada en el primer artículo de ley fundamental mexicana más que una realidad.

Las constantes violaciones a los derechos fundamentales perpetrados por los cuerpos policiales y, la notable desidia de la mayoría de los órganos

¹ Artículo 1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

² HABERLE, Peter. (2002) *La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales*. En "Constitución como cultura". Bogotá: Ediciones del Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita. P.112.

desjudicializados encargados de velar por los prerrogativas inherentes al hombre, llámense comisiones de derechos humanos; ocasiona que toda la responsabilidad de garantizar estos derechos sea imputada al más alto tribunal y último intérprete constitucional, es decir, la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

La segunda reflexión atingente al carácter contramayoritario del poder judicial, y específicamente, el de la Suprema Corte de Justicia, que adquiere capital importancia, por el rol especial que posee al intervenir frente a los otros dos poderes, legislativo y ejecutivo, para proteger los derechos de las minorías que hayan sido vulnerados. Y, aunque al poder judicial se le asigna la función de controlar lo demás poderes del estado y la defensa de derechos fundamentales, garantizando el estado de derecho; existen vehementes críticas respecto a este carácter contra-mayoritario. Para muchos parece inadmisibles que un grupo de jueces, que no son elegidos directamente por la ciudadanía puedan, en última instancia, interpretar la voluntad popular.

En este sentido, el jurista argentino Roberto Gargarella advierte:

...se acusa al poder judicial de adentrarse en campos que deberían corresponder a los ciudadanos, o a sus representantes, ello se debe a que ahora se advierte algo que antes, por alguna razón, no se advertía claramente: a través de su inevitable tarea interpretativa, los jueces terminan, silenciosamente, tomando el lugar que debería ocupar la voluntad popular.³

Lo que no puede ponerse en entredicho son los avances en materia de derechos fundamentales que se han logrado vía este poder contramayoritario, que ante las falencias del legislativo y el ejecutivo, ha determinado en México a través de la Suprema Corte de Justicia, que los militares sean juzgados por autoridades civiles cuando comentan delitos contra de civiles, los matrimonios gays en Oaxaca; en Colombia con la Corte Constitucional, la adopción homoparental, la dosis personal, por mencionar algunas.

Debe admitirse que los jueces son importantes en la interpretación y protección de los derechos fundamentales, pero igualmente ha de reconocerse que estos no deben de ser los únicos que garanticen tales derechos. Las labores protectoras e interpretativas no debe continuar siendo excluyentes, reservadas para el sector judicial. De ser así estaríamos, a decir de Haberle, en una 'sociedad cerrada', olvidando que "no existe interpretación alguna de la constitución sin la mencionada participación del ciudadano activo y de las potencialidades públicas."⁴

Finalmente, la tercera reflexión encuentra sentido en las siguientes interrogantes ¿Cuán abierto está el círculo de quiénes participan en la interpretación y protección de los derechos fundamentales en México? Si la reforma constitucional en 2011 en materia de derechos humanos es un intento por abrir dicho círculo ¿Cuál es el grado de efectividad de la reforma? ¿Qué rol están desempeñando los órganos estatales, incluidas las comisiones de derechos

³ GARGARELLA, Roberto. (1996) *La justicia frente al gobierno, sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Barcelona. Editorial Ariel. p.59.

⁴ HABERLE, Op.cit., p.113

humanos, en materia de promoción, respeto y protección de los derechos humanos?.

Por último, señalaremos que el rol desempeñado por el indígena Cesar Cruz Benítez durante todo el procedimiento, presenta una lección que atisba un claro empoderamiento ciudadano y además muestra cómo la interpretación constitucional también incumbe a la sociedad civil.

Bibliografía

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

HABERLE, Peter. *La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales*. En “Constitución como cultura”. Bogotá: Ediciones del Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita. P.112. 2002.

GARGARELLA, Roberto. *La justicia frente al gobierno, sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Barcelona. Editorial Ariel. p.59. 1996.

Lineamientos para los autores

El objetivo de la revista *Letras Jurídicas* es constituirse en un órgano especializado de divulgación científica que presente los resultados de investigaciones relevantes sobre líneas de generación y aplicación del conocimiento, en áreas afines a la ciencia jurídica y con una visión multidisciplinaria, que contribuya a la discusión de problemáticas actuales, tanto locales como globales.

Los textos que se recibirán son: artículos, reseñas y comentarios que pueden ser: legislativos, jurisprudenciales o de casos relevantes. Los artículos se turnarán a dos árbitros especializados, quienes dictaminan acerca de la relevancia y pertinencia del texto aportando, en su caso, observaciones o comentarios al autor. El arbitraje se realiza con el criterio de doble ciego que garantice la confidencialidad de las identidades tanto del árbitro como del autor. El resultado del arbitraje puede ser: a). Publicable en su versión actual, b). Publicable con sugerencias, c). Publicable condicionado a cambios y d). No publicable. En caso de haber diferencia de opiniones entre los árbitros se nombrará un tercer árbitro, cuya decisión será definitiva. En todo momento se informará a los autores del estado y resultado de su colaboración.

En el caso de haber sido aceptado el artículo o reseña, pero con observaciones o comentarios por parte de los lectores especializados, éstos se remitirán al autor, para que sean incorporados al texto en el término que al efecto se le señalará vía electrónica. El comité editorial se reserva el derecho de realizar ajustes menores al texto, que no modifiquen su contenido, como resultado de la revisión de estilo en el proceso editorial para su publicación. Las colaboraciones deberán ser inéditas y en su defecto el autor deberá hacer del conocimiento del comité editorial del lugar donde fue publicado su trabajo previamente, quedando a reserva de éste la autorización de su publicación.

Una vez aceptada la colaboración, el autor deberá remitir dos cartas una de originalidad y una de cesión de los derechos de edición, reproducción, publicación, comunicación y transmisión en los medios impresos, electrónicos, y plataformas de base de datos, para que *Letras Jurídicas*. Revista multidisciplinar del CEDEGS, disponga de este material.

El comité editorial incorporará las colaboraciones en estricto orden de recepción definitiva y considerando siempre los límites físicos y presupuestales de cada número, quedando en reserva las colaboraciones que no se hubieren incluido para los números subsiguientes, previa aceptación del autor.

Las colaboraciones y las cartas de originalidad y de cesión de derechos, deberán enviarse únicamente al correo electrónico: letrasjuridicas@hotmail.com

El autor entregará la versión electrónica al correo indicado, sirviéndose para ello del procesador de textos *word*. Se utilizará letra *Book antiqua* en 12 puntos, con hojas numeradas en la parte central, a un centímetro del margen inferior, el cuerpo del texto a interlineado sencillo, con márgenes (superior, izquierdo, derecho e inferior) de 3 cm, una sangría izquierda de .5 cm en la primer línea de cada párrafo, sin dar un espaciado posterior al siguiente párrafo, sólo se separan los títulos o apartados, y con un total aproximado de 30 a 32 líneas.

Los artículos tendrán una extensión de 8 a 15 cuartillas, evitando las transcripciones textuales excesivas o demasiado largas. En la página inicial se dejará un margen superior de 6 espacios. El título del artículo se anotará al centro. Éste deberá escribirse con altas y bajas, en 14 puntos y negritas. A continuación se escribirá el nombre del autor en 12 puntos, sin negritas. Se indicará con un asterisco y nota de pie de página la identificación del autor. En el caso de los autores que participen por primera vez deberán anexar un *curriculum vitae* resumido.

Las reseñas bibliográficas se referirán a libros científicos de reciente publicación que sean relevantes para la investigación o el aprendizaje del Derecho, el autor le otorgará un título conveniente, seguido de su nombre y debajo de este, la ficha bibliográfica del texto que reseña; aportará reflexiones críticas sobre el tema, de ser necesario indicará las fuentes de consulta, no deberá exceder de 4 cuartillas, y los comentarios legislativos o jurisprudenciales de 5. Incluirán un título, abajo nombre del autor y enseguida los datos de identificación del documento que se comenta (libro, artículo, sentencia, reforma de ley, etc.) Se evitará la transcripción excesiva e incluirá un comentario final del autor, para los demás aspectos seguirán los lineamientos de los artículos.

En el caso de los artículos, deberán comenzar con un **resumen** en español y un ***abstract*** en inglés de no más de 200 palabras, que sintetice el contenido del artículo, y deberá incluir además las palabras clave o *keys words* que permitan la clasificación del contenido de la colaboración.

El artículo incluirá un sumario de contenido con numeración decimal. Los encabezados de cada apartado se escribirán en altas y bajas, en negritas y 14 puntos. El resumen, la introducción, conclusiones y bibliografía no se enumeran.

Respecto a las citas, notas a pie de página, referencias bibliográficas y bibliografía,

1. Las citas, deberá tener presente las indicaciones cuando sean de una extensión de hasta 40 palabras, en cuyo caso deberán ir dentro de cuerpo del texto, entrecomilladas o, si rebasan esta extensión, deberán ir separadas del texto, con margen de 1 cm en la sangría izquierda, sin comillas, con letra 10 puntos, interlineado sencillo y un espaciado posterior de 10 puntos.
2. Las notas a pie de página deberán presentarse de la siguiente manera: Las llamadas de nota deberán indicarse con números volados o en superíndices, con un carácter de 10 puntos y sin paréntesis.
3. No deben confundirse las notas a pie de página con las referencias bibliográficas. Dichas referencias deberán comenzar con el apellido del autor en mayúsculas o versales, seguido por su nombre en minúsculas, el título del libro o el nombre de la revista en cursivas, "título del artículo", editorial, colección, lugar y año de publicación, así como el número de la página de donde se extrae la cita o el número de páginas totales del libro en caso de que sólo se cite una idea general.
4. La bibliografía general se incluirá al final del artículo, sin omitirse en ningún caso, con la leyenda Bibliografía al centro y en la parte superior de la cuartilla en 14 puntos, y con un colgado de 3 cm. aproximadamente del resto del texto, sangría francesa y espaciado sencillo.
5. El apellido o los apellidos del autor se ordenan alfabéticamente (en mayúsculas) y el nombre (minúsculas), en altas y bajas. Después de una coma (,) aparece el *título* (y el *subtítulo* en caso de que lo haya) en cursivas, o el nombre del artículo entrecomillado. Luego de una coma (,) se incluye la editorial, colección, lugar, año de edición y número total de páginas del libro.

En caso de ser aceptado el artículo, cada autor recibirá un ejemplar si son extranjeros, dos para nacionales y tres para locales.

La dirección del Centro de Estudios sobre Derechos, Globalización y Seguridad es Galeana y 7 de Noviembre, Zona Centro, Xalapa, Veracruz, México, C.P. 91000. Para mayor información dirigirse al correo letrasjuridicas@hotmail.com

2ª. Conferencia Internacional sobre Estadísticas de Gobernanza, Seguridad y Justicia (jsg2014) Ciudad de México, 18 al 21 de junio 2014

En junio 2014 se celebró, en la ciudad de México, la 2ª. Conferencia Internacional sobre Estadísticas de Gobernanza, Seguridad y Justicia que cuyo objetivo fue propiciar espacios para la discusión de experiencias y la creación de metodologías que contribuyan al fortalecimiento de los sistemas estadísticos de delincuencia y justicia penal. Esta conferencia se realiza cada dos años.

Este proyecto realizado por el Centro de Excelencia para la información estadística de gobierno, seguridad pública, victimización y justicia (CdE) deriva de un proyecto conjunto entre INEGI de México y UNODC de Naciones Unidas. La 2ª Conferencia contó con representaciones de más de 40 países que expusieron experiencias, metodologías y casos relacionados con once ejes temáticos:

1. Conceptualización y medición de la gobernanza.
2. La gobernanza, la participación política y la confianza en el gobierno.
3. Experiencias internacionales en la medición de la gobernanza y los conceptos relacionados.
4. Desafíos y oportunidades en el desarrollo de estadísticas de delincuencia organizada y de justicia penal.
5. Innovación en las estadísticas de delincuencia, encuestas de victimización y de justicia penal.
6. Medición del acceso a la justicia (incluyendo la prevención del delito, aplicación de la ley, sanciones y rehabilitación).
7. Valoración de la delincuencia organizada.
8. Tendencias en estadísticas de homicidios.
9. Normalización y clasificación de las medidas de criminalidad.
10. Métodos alternativos para medir la delincuencia.
11. Uso de las estadísticas de gobernanza, delincuencia y justicia para la formulación de políticas públicas.

En esta Conferencia se puso en evidencia la importancia de contar con estadísticas pertinentes y confiables para los diagnósticos de seguridad y justicia que, posteriormente, son la base del diseño de las políticas públicas. Se hizo hincapié en que, en el mundo, uno de los problemas prioritarios es la brecha

existente entre las normas jurídicas y los hechos; lo que se manifiesta en formas diversas: no existe una legislación adecuada, la que existe no se aplica o, por la corrupción aunque exista la normatividad ésta se omite, lo que genera impunidad. Por ello, se insiste en que hay que considerar la gobernanza como un sistema en el que interactúan actores diversos en contextos particulares que requiere un estudio concreto en cada región, en el que se mida la gobernanza junto al desarrollo humano; lo que significa evaluar los límites al poder gubernamental a través de mecanismos anticorrupción, situación de los derechos humanos y el índice de desarrollo humano.

Respecto de las estadísticas de criminalidad se puso en evidencia la gran dificultad de obtener conceptos comunes de delito que permitan medir los hechos y luego realizar comparaciones, además la posibilidad de diversas metodologías, no sólo cuantitativas, que se utilizan para ello; incluidos todos los temas objeto de la 2ª. Conferencia.

En las distintas participaciones se visualizó que, en México, aún no se están cubriendo los estándares mínimos de pertinencia y confiabilidad en la toma de datos que alimentan las estadísticas y que, las organizaciones de la sociedad civil, realizan esfuerzos considerables para ello sobre todo respecto al delito y la victimización pero que sus metodologías son tan disímiles que difícilmente admiten la comparación.

Fue interesante, asimismo, escuchar experiencias diversas de todo el mundo que visibilizan los problemas comunes no sólo en el manejo estadístico y metodológico de la información, sino en la especial sensibilidad que se requiere para abordar los temas de delincuencia, seguridad y victimización.

Seminario diversidad sexo-genérica y familias: paradigmas y retos. Una mirada de derechos humanos a la luz de la Legislación de Veracruz

Con el propósito de discutir sobre los temas relevantes en nuestros días, se llevó a cabo el “Seminario diversidad sexo-genérica y familias: paradigmas y retos”, los días 28 y 29 del mes de agosto, organizado por el Centro de estudios sobre derecho, globalización y seguridad, coordinado por la Dra. Jaqueline del C. Jongitud Zamora.

La inauguración fue realizada por el director de la Facultad de Derecho, Dr. José Luis Cuevas Gayosso, la Directora del Centro de estudios sobre derecho, globalización y seguridad, Dra. Josefa Montalvo Romero, y el Mtro. Miguel Ángel Alba Canales representante del Colectivo Xalapeño por la diversidad sexual.

La primera mesa de trabajo, moderada por la Lic. Adriana Sánchez Gómez, y nos presentó a la Mtra. Silvia Susana Jácome García, activista social, quien de manera amena y apropiada habló del tema “Diversidad sexo-genérica, una aproximación científica”. Ella, desde su propia experiencia, a través de los años de investigación que le ha dedicado, expuso el concepto puntual de cada una de las implicaciones de la diversidad sexo-genérica.

La segunda intervención estuvo a cargo del Mtro. Arturo Hernández Abascal, quien dirige el despacho Hernández Abascal y Asociados, presentó el Análisis del Protocolo de Actuación para quienes actúen en casos que involucren la orientación sexual o la identidad de género de la SCJN, publicado el día 18 de Agosto del presente año.

La segunda mesa de trabajo, fue moderada por la Dra. Esmeralda Lecxiur Ferreira, quien cedió el uso de la voz al primer ponente: Dr. José Luis Cuevas Gayosso, su intervención fue relativo al análisis técnico-jurídico de las propuestas de modificación al Código Civil del Estado de Veracruz, hechas por el Colectivo Xalapeño por la Diversidad Sexual.

Por último, la participación de la segunda ponente de esta mesa, fue de la Dra. Alejandra Verónica Zúñiga Ortega, quien también abordó el análisis técnico-jurídico de las propuestas de modificación al Código Civil del Estado de Veracruz, hechas por el Colectivo Xalapeño por la Diversidad Sexual. Cinco asociaciones integran este colectivo y han propuesto modificaciones al Código Civil en materia de matrimonio, adopción, concubinato, emisión de actas de nacimiento, etc.

Las exposiciones presentaron un carácter científico-legislativo, en un lenguaje apropiado, sin embargo las discusiones mostraron que hay diversidad de paradigmas y un solo reto: desbloquear las miradas y los pensamientos discriminatorios.

Coloquio “Reflexión jurídica y realidad social en México”

La revista *Letras Jurídicas* cumple 15 años de edición ininterrumpida (2000-2014), su finalidad ha sido difundir los trabajos de investigación en el área jurídica; sin embargo, en el curso de sus actividades se ha consolidado como una publicación multidisciplinar, incluyendo también temas relacionados con la investigación jurídica y la docencia. Hoy en día, es una publicación del Centro de estudios sobre derecho, globalización y seguridad (CEDEGS) de la Universidad Veracruzana, dicha revista es dirigida por la Dra. Rebeca Elizabeth Contreras López y cuenta con la colaboración de la antropóloga Rita María León López para el proceso de edición.

Con motivo de este aniversario el Centro de estudios CEDEGS realizó el Coloquio “Reflexión jurídica y realidad social en México” coordinado por las doctoras Rebeca Contreras y Josefa Montalvo que se celebró en la USBI-Xalapa los días 25 y 26 de septiembre del presente año, las líneas temáticas se discutieron en los trabajos de las 3 mesas de dicho evento:

1. La seguridad en México y las alternativas ciudadanas.
2. La educación superior en México: ¿calidad e innovación?
3. Los derechos humanos en México: Vías para su efectividad.

En el evento se presentaron tres conferencias magistrales relacionadas con cada uno de los temas anteriores. La primera estuvo a cargo de la Mtra. Leticia Rodríguez Audirac, Secretaria Académica de la Universidad Veracruzana. En el tema de seguridad participó el Dr. Arturo Alvarado Mendoza, director del Centro de Investigaciones Sociológicas del Colegio de México y, finalmente, el Mtro. Arturo Guillermo Larios Díaz habló sobre los antecedentes de las Comisiones de Derechos Humanos, él es investigador del Centro de nacional de los derechos humanos de la Comisión Nacional de Derechos Humanos.

En el marco de dicho Coloquio se realizó la presentación de aniversario de la Revista *Letras Jurídicas*. En breve se dará a conocer el libro “Reflexión jurídica y realidad social en México” en el que se incluyen los trabajos discutidos en este evento académico.

Entrevista con Sergio Tamayo, Profesor-Investigador de la Universidad Autónoma Metropolitana

Rita María León López

Es arquitecto por la Universidad Autónoma Metropolitana, unidad Azcapotzalco. Maestro en Urbanismo por la Facultad de Arquitectura de la Universidad Autónoma de México y Doctor en Sociología por la *University of Texas at Austin*. Se desempeña como Profesor-Investigador de la Universidad Autónoma Metropolitana, desde el año de 1992, es miembro del Sistema Nacional de Investigadores. Con una decena de obras publicadas, sobre las investigaciones de; movimientos sociales, identidades urbanas, cultura política y apropiación política del espacio, entre otras. Participó en el Seminario de “Acción colectiva y política” del Instituto de

Investigaciones Histórico Sociales de la Universidad Veracruzana, que se llevó a cabo los días 17 y 18 de junio del 2014, en el ciclo de conferencias Los movimientos sociales en Bolivia y en México.

En la conferencia “Ciclos de protesta y repertorios de la movilización en México” plantea que estos movimientos están sucediendo cada vez más con mayor regularidad, y también se han magnificado, su formación académica y el reconocimiento que lo distingue como experto de los temas de movimientos sociales nos motivó a realizar la siguiente entrevista:

P: Cómo se vincula la Arquitectura a los movimientos sociales.

R: Es una especie de tendencia, en los setentas muchos arquitectos realizaron sus estudios, primero urbanos y luego de sociología urbana, a través de su vinculación con el movimiento urbano popular, y yo fui uno de ellos. Cuando comencé con mis estudios en arquitectura me sensibilice con la perspectiva de una arquitectura para el pueblo, y viví la experiencia con los Grupos campesinos del Estado de Chiapas, y después con el movimiento urbano popular en el Distrito federal, y en algunos otros lugares de la república. Trabaje aquí en la ciudad de Xalapa, en la colonia Carolino Anaya, entre los años de 1982 a 1983, cuando estaba en formación con un grupo de estudiantes de arquitectura, venimos a trabajar con ellos en un “Plan de regularización de la tenencia de la tierra”. Y así otros grupos, en colonias en Taxco, Gro., Colima, Jalisco, y después en el D. F., con los damnificados del sismo de 1985. Todo esto de alguna manera vinculó: arquitectura con procesos de organización y de reivindicación de organizaciones sociales.

P: ¿Qué implicaciones tienen los movimientos sociales con el espacio geográfico?

R: Un aspecto importante, tiene que ver precisamente con el espacio y el movimiento urbano popular, es fundamental porque los movimientos urbanos tienen que ver con territorios, hay un proceso de apropiación, sin embargo, durante mucho tiempo la perspectiva de analizar los movimientos urbano populares, no ubicaban realmente el espacio como una categoría de análisis, sino más bien, como resultado de un proceso de apropiación de ciertas áreas urbanas, etc., desde el momento que fui adentrándome en la sociología, sociología-política, con la perspectiva de sociología política, analizó el movimiento urbano popular enfocado desde una perspectiva política, es una línea de investigación y de trabajo, que parte de McAdam, Charles Tilly, Sidney Tarrow, todos estos autores, de alguna manera tienen una perspectiva política de los movimientos sociales. Pero un elemento importante, tenía que ver con esta concepción del espacio que ya venía trabajando, quizás precisamente por mis deformaciones desde la arquitectura de la ciudad, de los estudios de la ciudad, que trataba de vincular; ciudad y movimientos sociales, ciudad y luchas por la ciudadanía, etc., me he dado cuenta que el espacio se convierte en un elemento muy importante de estrategia política, por ejemplo toda la movilización del ejército zapatista de liberación nacional en 2001, (...) a la ciudad de México en la marcha por el color de la tierra, (...) uno de los aspectos importantes que, tenemos que tomar en cuenta para analizar este momento, pues es el espacio. Por un lado es, cuál es la estrategia política de un espacio geográfico que se plantea el EZLN, desde la salida de las Cañadas en Chiapas hasta llegar a la ciudad de México. Hace un recorrido 3000 km, (...), en varias localidades, (...), están identificadas con organizaciones sociales (...), tiene que ver con una concepción de las alianzas y de la confianza política que el EZNL, le va a tener a estos lugares porque está saliendo de su territorio, (...) y esto tiene que ver con la relación de organización social, una perspectiva política y el lugar, el lugar es muy importante, (...) pero no son cualquier lugar, son lugares que tienen una significación, una interpretación política, que tienen un sentido que va construyendo un carácter simbólico de ese espacio geográfico, tiene que ver con la escala, es la gran escala, en el trayecto, (...) se detiene en Nurío, Michoacán donde se desarrolla el tercer congreso nacional indígena, y a partir de Nurío, empieza a hacer un recorrido en forma de caracol, (...), el concepto de caracol; de movimiento, dinámica, dialéctica, etc., (...), hace una vuelta de caracol para poder llegar a la ciudad de México, (...). En cada uno de estos lugares viene la escala urbana, de la apropiación de la marcha de los zapatistas en cada uno de los lugares, (...). Entonces, (...), “el lugar”, tiene un sentido también político, por un lado son los “lugares” como Nurío en Michoacán, donde reciben al congreso nacional indígena, y por otro lado, el recorrido va pasando por adversarios y antagonistas, es muy importante. (...). Cuando llegan a la ciudad de México, el EZLN, va construyendo otra ciudad, a partir de “los lugares” que se va apropiando, es una ciudad distinta, a la ciudad que nosotros conocemos generalmente. Si nosotros le preguntamos a cualquiera, (...) ¿Cuáles son los cinco lugares principales de la ciudad de México? Casi, todos coinciden en el Centro

histórico de la ciudad de México, el ángel de la independencia, Reforma, Chapultepec y Xochimilco; esa es la ciudad visible, es la ciudad del imaginario nacional, y sin embargo, llega Marcos y va ubicándose en otros “lugares” (...), es la ciudad de las universidades, la ciudad de los jóvenes estudiantes, la ciudad de los pueblos originarios, pueblos originarios al Sur y una red de universidades, fue las que visitó; la UAM, el Politécnico, la UNAM y ENAH. Esa es una protección del espacio, que yo digo a escala urbana, y después para terminar el espacio etnográfico, es el espacio de la apropiación cara a cara, cotidiana de interacción interpersonal, que es el espacio apropiado por ejemplo del zócalo capitalino, del 10 y 11 de marzo que el EZLN, llega al zócalo y se lo apropia, ese es el espacio etnográfico dentro de la ciudad, el espacio etnográfico que se apropia en la Escuela nacional de antropología, el espacio que se apropia en la Plaza de UNAM, esos son los espacios etnográficos, el espacio etnográfico, por ejemplo, de cuando llegan al Congreso de la Unión, es un lugar que se convierte en una batalla por el espacio, es decir, los legisladores priístas y panistas, no estaban dispuestos aceptar que Marcos y un grupo de indígenas (...) pudieran entrar al Congreso de la Unión para plantear su discurso, (...), y ellos decían, este espacio es nuestro, el “lugar” es nuestro, era completamente contradictorio, pero en ese discurso, te das cuenta, cuales son las posturas de los antagonistas, obviamente, ese “lugar” no es de ellos, el congreso de la unión, (...) representa de alguna manera el espacio de los ciudadanos, (...). Te das cuenta, como en todo esto, el espacio es un elemento muy importante, y por eso yo decía; el espacio, no solamente se apropia, sino el espacio también funciona como estrategia política, (...), entonces el espacio tiene que formar parte del análisis político de los movimientos sociales.

P: ¿Los movimientos sociales están desfasados, o han quedado rebasados en su discurso o forma política?

R: No, el problema ahí, no es un problema de formas, es un problema político, obviamente. El asunto es corolación de fuerzas, que pueda tener un discurso, podemos analizarlo desde el enfoque de Foucault, los discursos son espacios de poder, que se confrontan, son discursos que representan de alguna manera la lucha por el poder, ese es el punto, cuándo un discurso se impone sobre otro, no es el problema de buscar formas, si de alguna manera, buscar alternativas, estrategias, y demás, no basta con esto, con decir, por qué marchan, ya las manifestaciones nos tienen hasta el gorro, porque las manifestaciones son importantes, la derecha también utiliza las manifestaciones, para también de alguna manera imponer un discurso, y lo logra en la medida en que el gobierno, es receptivo a ese discurso, cuando la marcha de los empresarios en el 2004, fueron receptivos porque Fox estaba ahí, y se amplió se centró y se sentó con organizaciones de ultraderecha incluso, fascista, y por eso, muchos de la izquierda estaban preocupados, porque decían, este movimiento, puede ser el origen de un movimiento fascista y demás, no era para tanto, pero de alguna manera eso pasa, y qué pasa, por ejemplo, con Atenco 2001, ganó, pero el problema fue después la insistencia de Fox, y el

problema del 2006, no era solamente por el problema de los vendedores que fueron desalojados, en realidad era una especie como de revancha del foxismo, contra un grupo de macheteros que no se dejaron comprar por unos cuantos pesos y vender sus tierras o dejarse despojar de sus tierras, es lo que realmente paso en 2006. El problema para mí no es solamente eso, aunque puedes tener razón, el problema es la fuerza que el movimiento pueda tener, y por eso sirven las manifestaciones porque tienen que mostrar esa fuerza, y al mostrar esa fuerza de alguna manera, están reforzando el discurso que quiere imponerse en una relación de conflicto.

La enseñanza del derecho penal

Gamboa de Trejo, Ana, *Derecho Penal*, Oxford, México, 2010.

Ana Laura Rivera Rosas*

Derecho Penal es un libro que desde el inicio te mantiene interesado en cuanto a su contenido, con un prólogo de Salvador Martínez y Martínez, incita al maestro, abogado y estudiante de derecho, a leer y releer las veces que sea necesario las páginas del texto. Citando las palabras de Salvador, “la autora tuvo la osadía de penetrar en el laberinto” que significa el derecho penal y desglosar, en forma fácil y entendible, pero sobre todo cautivarnos en el estudio de la ciencia penal.

La autora se vale de sus líneas de investigación Derecho Penal y Criminología, sustentadas por la diversidad de obras con que cuenta tales como: *La criminalidad en Veracruz*, *Criminología y menores infractores*, *Criminalística, utilidad e importancia*, *Una visión contemporánea del derecho penal* (en coautoría), *La pena de prisión*; encaminadas a aportar información en el área del derecho penal.

Derecho penal, es una obra que se encuentra dividida en cinco capítulos: En el primer capítulo, denominado “Concepto, fuentes y fin del derecho penal”, menciona que ha sido alcanzado y rebasado por los avances científicos y tecnológicos, de los cuales el derecho penal no abastece los requerimientos que tiene la sociedad para la regulación de conductas.

La temática abordada se basa en la concepción de la definición del derecho penal, advirtiéndole que el mismo no debe limitarse sólo a lo que dice la norma jurídica, sino que debe proponer la tendencia político criminal respecto de los acontecimientos sociales.

El Estado abandona las políticas preventivas y considera que la vía alternativa a la solución de la criminalidad deber ser el aumento de las penas que solucionaría el problema, indicando que el *ius puniendi*, es el único protagonista.

* Licenciada en Derecho por la Universidad Veracruzana, Becaria SNI de la Dra. Ana Gamboa de Trejo en el Centro de Estudios sobre Derecho, Globalización y seguridad de la Universidad Veracruzana.

Se advierte en el texto de asomar al lector a derechos penalistas con los que analiza las coincidencias en el concepto, como: derecho público, en donde se encuentra situado el derecho penal, el cual es de interés para el Estado y está dirigido a preservar el bien común; normas, de carácter coercitivo; conjunto de leyes, que el legislador se encarga de concebir, y que son necesarias para regular la conducta de las personas que viven en sociedad; poder punitivo, ejercer el derecho de castigar y proteger los bienes jurídicos afectados; delito, cuya definición corresponde a la época en la que se produjo; delincuente, brindando la perspectiva que César Lombroso, Enrico Ferri y Rafael Garofalo tenían del criminal y no del crimen; la pena, *nulla poena sine lege*, cuyo fin no debe ser solamente la intimidación hacia la colectividad atribuyéndolo a la época inquisitorial, va más allá, en apoyo a la creación de políticas preventivas en torno a la delincuencia y medidas de seguridad, que significan una alternativa para evitar el hacinamiento en las prisiones, creando una opción para el funcionamiento del sistema penitenciario; todo lo cual permite transitar al anhelo del artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: “lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir”¹, todos estos conceptos sirven para que el estudiante llegue a sus propias conclusiones.

Las políticas preventivas son el punto álgido del derecho penal para salvaguardar la seguridad de los ciudadanos, es el fin principal, pero no basta contemplar el problema, lo que se busca es penetrar en la prevención, crear conciencia y no sólo intimidar, para logra esa finalidad es necesario la colaboración de estudios y apoyo de las personas que intervienen como lo son: el ciudadano, instituciones encargadas del ramo y el Estado, obligado a preservar los bienes jurídicos de la colectividad.

El lector, después del recorrido conceptual que hizo del derecho penal, podrá continuar con el segundo capítulo llamado: “Principios fundamentales del derecho penal”. En éste capítulo se ve que el derecho tiene su origen en la propia comunidad, cuyas ideas fundamentan los principios jurídicos que lo constituyen. Cada rama del derecho está integrada por diversidad de principios y es importante en la insistencia del texto: “la ley no sólo debe ser dirigida -para su comprensión- a los estudiosos del derecho, sino también debe ser clara para que todos a quienes va dirigida -los gobernados- la entiendan y respeten”. El legislador antes de crear una ley utiliza el conocimiento que tiene de los principios del derecho y los emplea para la creación de las normas.

El capítulo tres llamado “El derecho penal y otras disciplinas”, familiariza la relación que ésta rama tiene con otras disciplinas que coadyuvan e inciden en su estudio; como son: la criminología, criminalística, sociología criminal, victimología,

¹ “Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, [en línea], México, Cámara de diputados, fecha de consulta 13 de Septiembre de 2014, formato HTML. Disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/htm/1.htm>.

penología y política criminal, ésta última constituye el punto clave de reunión de todas las ciencias penales al respecto dice: La política criminal “es un instrumento de cambio social que busca romper la incomunicación que existe entre los planificadores de diversas actividades y sectores, buscando dirigir todo hacia una sola resultante: la justicia social”².

Se busca la cooperatividad de las disciplinas auxiliares en la búsqueda de la solución más viable al problema, las encausa para relacionarse entre sí en torno a la propia ciencia. La política criminal es concebida como una “teoría general de la prevención, y se ha convertido en el puente de plata que une a todas las ciencias penales”³, indica el camino a seguir, y nos muestra las posibilidades reales de cada una de las materias.

La sociedad crece, y se transforma, es así como se interesa en el ámbito jurídico-penal que rodea a la conducta delictiva y al delincuente.

Lo importante de éste apartado es que no se limita a la aplicación del método exegético, sino también toca el aspecto sociológico al que se debe atender al realizar una interpretación de la misma.

En el capítulo cuarto se analizan “los fines de la pena y su ejecución”, iniciando con la teoría absoluta se destaca la importancia que tiene el juzgador en el análisis de las circunstancias con que se comete un delito.

Las teorías relativas de la pena su objetivo principal es prevenir las conductas delictivas, “a éstas teorías no importan tanto, como lo anterior, lo que el hombre hizo; le importa más bien lo que puede hacer en el futuro”.

En éste tipo de teorías existen la prevención general y especial, la primera el legislador, mediante la norma, advierte el castigo que implica la comisión de cualquier delito y va dirigida a los individuos que no han delinquido, o sea a la colectividad; la aguda referida prevención especial está orientada al individuo que cometió un delito y que se le impuso una sanción por la cual recibe una atención individualizada.

La prevención especial, busca que el individuo que ha cometido un delito y cumple con una pena, no reincida; es importante que éste tipo de prevención tenga la finalidad contemplada en nuestra legislación mexicana, la reinserción y no la reincidencia, se convierte en una estrategia que debe contemplarse en la política criminal.

Las teorías mixtas tienen como finalidad reconciliar al delincuente con la sociedad. Es importante destacar que el individuo que compurga una pena se encuentra privado de su libertad, pero al parecer en las cárceles, pierden los derechos humanos que le corresponden por el simple hecho de ser un ser humano. Dentro de la institución se hace innegable referencia a la desatención médica así como las vejaciones de que son víctimas los reos dentro de la prisión, guían al

² RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis, *Penología*, México, Porrúa, 2009, p. 34.

³ *Ibidem*, p.35.

individuo por el camino incorrecto, el de la corrupción y reincidencia y el fin de mediación entre el delincuente y la sociedad se vuelve un abismo gracias a la animadversión y resentimiento que se siembra en ella.

Por último, en el capítulo denominado “la norma penal” menciona la forma en la que el constructor del derecho crea la norma.

La enseñanza que la autora transmite en ésta obra cautiva y guía a lo largo del laberinto que significa el derecho penal, regalando la oportunidad de penetrar en el mundo del conocimiento jurídico.

Del derecho al trabajo, al trabajo con derechos

Cristina Martínez Pedraza*

**MONTALVO ROMERO, Josefa, *Del derecho al trabajo al trabajo con derechos*,
Códice Servicios Editoriales, Xalapa, Veracruz, 2012.**

“Del derecho al trabajo al trabajo con derechos” es una obra de reciente creación a cargo de la Doctora Josefa Montalvo Romero, investigadora que ha basado sus investigaciones en pro de un mejor derecho al trabajo.

La autora nos dice que aquella aspiración a un trabajo digno convertida en derecho, y plasmada en la Constitución de 1917, hoy en día parece estar lejana, pese a todos los esfuerzos que se han venido realizando para preservar la finalidad de un derecho al trabajo.

Esa inquietud es precisamente la que lleva a Josefa Montalvo a realizar una investigación en la que analiza algunos contextos que a nivel nacional e internacional son importantes para alcanzar un verdadero trabajo decente. Para ello divide su trabajo en cuatro capítulos.

Parte del marco general del derecho del trabajo, que como bien lo sabemos se encuentra regulado en el artículo 123 de la Constitución federal. Es un derecho que representa uno de los postulados más importantes de los derechos sociales, que no puede entenderse como un derecho a obtener un puesto de trabajo; más bien se refiere a la libertad de elección de una actividad laboral o profesional.

A pesar del tiempo transcurrido las ideas y principios que dieron origen a este artículo siguen vigentes y son el sustento de la disciplina del derecho del trabajo.

En este primer capítulo la autora también analiza acertadamente el derecho al trabajo como derecho humano, y digo acertadamente porque siendo el derecho del trabajo un derecho social bien pasa a formar parte de la segunda generación de los derechos humanos que engloba a los derechos económicos, sociales y culturales (derecho a la alimentación, a la vivienda adecuada, a la educación, a la salud, a la seguridad social, a la participación en la vida cultural, al agua y saneamiento, y al

* Licenciada en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad Veracruzana y becaria del Sistema Nacional de Investigadores (SIN-CONACyT).

trabajo)¹; consagrados primeramente en la “Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre” y posteriormente en la “Declaración Universal de los Derechos Humanos”.

En el segundo capítulo analiza algunos supuestos característicos de las condiciones de trabajo que se presentan hoy en día, tales como las formas atípicas de trabajo o bien trabajo atípico; que se puede definir como aquel en el cual el trabajo contratado se da en condiciones diferentes a las normalmente establecidas ya sea en términos de duración del contrato, la jornada laboral, el puesto de trabajo o las características que tiene el empleado.²

En este contexto la autora hace referencia a la subcontratación de la producción de bienes o de la prestación de servicios refiriéndose al ámbito de las relaciones que se establecen entre dos empresas en donde una contrata con otra la producción de etapas, de partes o de partidas completas de la producción de bienes o la prestación de determinados servicios que la segunda empresa se compromete a llevar a cabo por su cuenta y riesgo, con sus propios recursos financieros, materiales y humanos.

Otra forma atípica de trabajo que no se engloba en esta obra y que no quiero dejar de mencionar pues hoy en día va cobrando mayor auge es el teletrabajo, entendida esta como una forma de organizar el trabajo realizado a distancia, mediante el uso de las Tecnologías de la Información y Comunicación (TIC), en el propio domicilio del trabajador o en otro, siempre que sea ajeno al empleador.³

La igualdad laboral y no discriminación también es un supuesto característico de las condiciones de trabajo. El fundamento legal de la igualdad laboral lo podemos encontrar en el artículo 5º constitucional que establece: “a ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos...”, debemos entender la igualdad laboral como la práctica de las mismas condiciones de trabajo sin importar el sexo, el estado civil, origen étnico o raza, la clase social, la religión o bien la ideología política.

En el tercer apartado centra su atención en el trabajo decente como eje de las relaciones laborales a nivel global. Empieza por enfocarnos en el origen de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), organización que tiene entre sus objetivos principales el promover los derechos laborales, fomentar oportunidades de trabajo decente, mejorar la protección social y fortalecer el diálogo al abordar los

¹ <http://www.ohchr.org/SP/Issues/ESCR/Pages/ESCRIndex.aspx>, consultado el 10 de septiembre de 2014.

² <http://blogderecursoshumanos.es/un-nuevo-tipo-de-relaciones-laborales-relaciones-laborales-atipicas/>, consultado el 11 de septiembre de 2014.

³ Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, en <http://www.trabajo.gov.ar/teletrabajo/>, consultado el 11 de septiembre de 2014.

temas relacionados con el trabajo, por ende no se puede hablar del trabajo decente sin referirnos a la OIT.

Pero ¿qué es el trabajo decente? Este concepto fue formulado por los mandantes de la OIT como una manera de identificar las prioridades de la Organización. Se basa en el reconocimiento de que el trabajo es fuente de dignidad personal, estabilidad familiar, paz en la comunidad, democracias que actúan en beneficio de todos, y crecimiento económico, que aumenta las oportunidades de trabajo productivo y el desarrollo de las empresas.

El trabajo decente refleja las prioridades de la agenda social, económica y política de países y del sistema internacional. En un período de tiempo relativamente breve, este concepto ha logrado un consenso internacional entre gobiernos, empleadores, trabajadores y la sociedad civil sobre el hecho de que el empleo productivo y el trabajo decente son elementos fundamentales para alcanzar una globalización justa, reducir de la pobreza y obtener desarrollo equitativo, inclusivo y sostenible.⁴

Aquí aparece otra pregunta, ¿cómo se puede saber si nuestras condiciones de trabajo son decentes?, para dar respuesta a esto les invito a observar el siguiente cuadro tomado del Programa de trabajo decente de la OIT:



En el cuarto y último apartado hace un análisis de la responsabilidad social de las empresas en el trabajo decente y estudia el *mobbing* y el estrés laboral como parte de los escenarios tóxicos del trabajo decente.

⁴ <http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/decent-work-agenda/lang-es/index.htm>, consultado el 16 de septiembre de 2014.

Puntualiza de manera inequívoca que la responsabilidad social en relación con el trabajo decente es superar la idea del mero cumplimiento de la legislación laboral a través del reconocimiento de la dimensión ética de las relaciones laborales, para esto las empresas tendrían que enfocar sus políticas hacia el fomento de los valores del trabajo decente, la toma de conciencia del trabajo formal, la generación de oportunidades de empleo, la inclusión de personas con capacidades diferentes, la no discriminación e incluso la renovación constante del clima laboral para no caer en el *mobbing* o estrés laboral.

“Del derecho al trabajo al trabajo con derechos” es una obra que no puede faltar en nuestra lectura, además de ser de fácil comprensión y con un vocabulario adecuado y explícito, realiza un análisis de los orígenes del derecho del trabajo tanto nacional como internacional que se enriquece con una sección de anexos en los que se plasman las recomendaciones y convenios internacionales que rigen nuestro derecho del trabajo actual.

Josefa Montalvo Romero logra que toquemos puntos esenciales para comprender el verdadero sentido de un derecho al trabajo.