



CUCSH
Centro Universitario de
Ciencias Sociales y Humanidades

Itzcóatl Tonatiuh Bravo Padilla
Rector General

Héctor Raúl Solís Gadea
Rector

Miguel Ángel Navarro Navarro
Vicerrector Ejecutivo

María Guadalupe Moreno González
Secretaria Académica

José Alfredo Peña Ramos
Secretario General

Karla Alejandrina Planter Pérez
Secretaria Administrativa

Carlos Antonio Villa Guzmán
Coordinación Editorial

José de Jesús Becerra Ramírez
*Director de la División
de Estudios Jurídicos*

José Luis Castellanos González
Coordinador de la Maestría en Derecho

María Luisa Chumacero Alarcón
Directora

revista

Jurídica Jalisciense

AÑO XXVII NÚM. 57.

Julio-diciembre de 2017

ISSN 1405-1451



UNIVERSIDAD DE GUADALAJARA

2017

REVISTA JURÍDICA JALISCIENSE

Programa de Maestría en Derecho, pertenece a la Asociación Nacional de Facultades y Escuelas de Derecho (ANFADE) y a la Asociación de Facultades, Escuelas e Institutos de Derecho de América Latina (AFEIDAL).

Programa de Maestría en Derecho.
Universidad de Guadalajara.

Edición: María Luisa Chumacero.

Traductor Honorífico: Javier Alejandro González Rodríguez.

Revista Jurídica Jalisciense es una revista orientada a la: Investigación y difusión de la Ciencia del Derecho y el fenómeno social. Año XXVII, Núm. 57, Julio – diciembre de 2017, publicación semestral de la Universidad de Guadalajara; a través del Programa de Maestría en Derecho, del Centro Universitario de Ciencias Sociales y Humanidades con domicilio en la calle Paseo Oriente Núm.: 2093, Colonia Jardines del Country. CP 44 210. Guadalajara, Jalisco, México, teléfonos 34 47 26 63 y 34 47 39 72, chumacero_alarcon@hotmail.com y Editor responsable María Luisa Chumacero Alarcón. Reservas de derechos al uso exclusivo 04-2010-10181340800-102, ISSN: 1405-1451, otorgados por el Instituto Nacional de Derechos de autor. Impresa por: “Ediciones de la Noche,” Calle Madero 687, zona Centro, Guadalajara, Jalisco, México. Este número se terminó de imprimir en el mes de julio con un tiraje de 200 ejemplares.

Las opiniones expresadas por los autores no necesariamente reflejan la postura de Consejo Editorial de la publicación. Queda estrictamente prohibida la reproducción total o parcial de los contenidos e imágenes de la publicación sin previa autorización escrita de la Universidad de Guadalajara.

Imágenes por Freepik © Esta página tiene como objetivo recopilar sitios en línea con material audiovisual en dominio público.

Publicación indizada en: La Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal: REDALYC y en Citas Latinoamericanas en Ciencias Sociales y Humanidades: CLASE

revista
**Jurídica
Jalisciense**

AÑO XXVII NÚM. 57.

Julio-diciembre de 2017

ISSN 1405-1451

María Luisa Chumacero Alarcón

Directora

CONSEJO EDITORIAL

José Luis Castellanos González

Universidad de Guadalajara

Jorge Fernández Ruiz

Universidad Nacional Autónoma de México

Gelacio Juan Ramón Gutiérrez Ocegueda

Universidad de Guadalajara

Sergio Arnoldo Morán Navarro

Universidad Autónoma de Nayarit

Marina del Pilar Olmeda García

Universidad Autónoma de Baja California

Irma Ramos Salcedo

Universidad de Guadalajara

Ángel Guillermo Ruiz Moreno

Universidad de Guadalajara

Índice

Prólogo	9
<i>José Luis Castellanos González</i>	
Presentación	13
<i>María Luisa Chumacero Alarcón</i>	
El derecho y la crisis de la ciencia del derecho	17
<i>José Luis Castellanos González</i>	
El contenido de los derechos humanos en la Constitución mexicana de 1917	51
<i>Sergio Arnoldo Morán Navarro</i>	
El débil constitucionalismo mexicano	73
<i>José de Jesús Chávez Cervantes</i>	

Acciones afirmativas y prevención de la violencia o ¿género vs género? <i>José Antonio Álvarez León y Adriana Nava Velázquez</i>	111
Análisis del Modelo Competencia de Michael Porter desde la Perspectiva del Derecho Corporativo <i>Guillermo Martínez Cons</i>	147
El poder del estado y los derechos humanos del migrante <i>Guadalupe Leticia García García</i>	171
Sentencias estructurales y protección de derechos sociales en México <i>Luisa Gabriela Morales Vega</i>	197
Nuevas formas de expresión: Obras dinámicas y formatos no convencionales <i>Hilda Villanueva Lomelí</i>	223
Normas editoriales	239

Prólogo

José Luis Castellanos González

Coordinador de la Maestría en Derecho del CUCSH

Un nuevo número de la *Revista Jurídica Jalisciense* ve la luz. Cincuenta y siete números que dieron y dan cuenta de inquietudes académicas sobre el Derecho, la Justicia y la Ley. Ahora en 2107 (julio, para ser precisos) nos encontramos en los albores de nuevas construcciones normativas (Sistema Nacional Anticorrupción) y la implementación efectiva de otras (Sistema de Justicia Penal Adversarial, con la oralidad como característica predominante).

En ambos casos queda evidenciada la necesidad de que el Derecho responda a inquietudes de un tiempo y de una circunstancia histórica. De otra manera el desfase se torna evidente y deviene en ineficaz la norma que pretendió resolver dicho requerimiento social.

En los últimos días he reflexionado acerca de los alcances del conocimiento jurídico (como conocemos este amplio mundo de las regulaciones sociales) y nada más propio que la lectura del libro “Las limitaciones del conocimiento jurídico” de Alejandro Nieto y Agustín Gordillo publicado por Editorial Trotta en España, 2003, para dar cuenta de las dificultades que conlleva para los autores de este número 57 de la *Jurídica Jalisciense* el aproximarse a este objeto de estudio tan *sui generis*. Al respecto y citando lo que Kirchman escribía en 1847 Nieto transcribe (p. 19): *el Derecho no se halla sólo*

en el saber sino en el sentimiento, puesto que su objeto no reside sólo en la cabeza sino también en el corazón del hombre (hasta tal punto) que en casi todas las cuestiones jurídicas el sentimiento ya ha decidido antes de que se haya iniciado cualquier investigación científica.

La labor de un programa de Maestría en Derecho es evidenciar entre sus alumnos y claustro de maestros precisamente la búsqueda de una verdad (no única) sino individual que atañe a cada autor en lo que se refiere a su campo específico de producción científica.

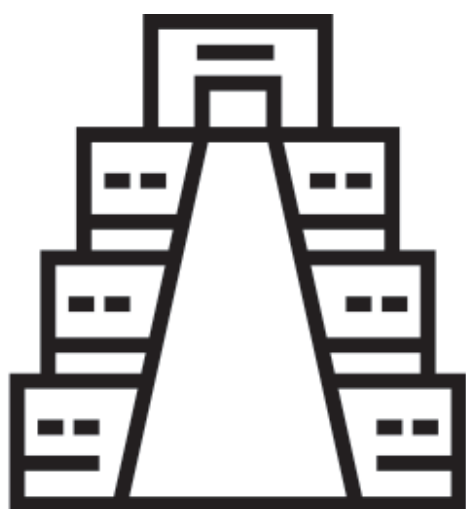
La labor concreta de la Universidad de Guadalajara a través del Centro Universitario de Ciencias Sociales y Humanidades en este programa de posgrado, es la de formar Maestros en Derecho conscientes de que trascender las limitaciones propias de su campo cognoscitivo redunda en incorporar las inquietudes básicas del investigador, al amplio mundo de los conceptos, sistemas y clasificaciones de lo jurídico, para de esta forma concretar una visión espacio-temporal que trasciende las reflexiones singulares para situarse en las amplias conjeturas y construcciones teóricas de los paradigmas científicos.

Nieto (2003) nos describe esta fantástica construcción de lo jurídico así: “no es un azar que los Derechos primitivos estuvieran primero en manos de magos y luego de sacerdotes (ni que ahora los jueces y abogados, y hasta hace poco los profesores, actúen con ropones simbólicos). Los magos, los sacerdotes y los juristas poseen la asombrosa facultad de sacar a los seres humanos del modesto y cotidiano mundo de la naturaleza para trasladarlos a un mundo mágico donde viven los fantasmas de los conceptos jurídicos, que son el objeto del conocimiento jurídico. Con las fórmulas mágicas de la brujería legal los hechiceros de siempre hacen y deshacen las relaciones sociales, absuelven y condenan con razones que para los no iniciados resultan incomprensibles y salvan o humillan, según toque, a la Justicia...” (p. 65)

De tal forma que generar conocimiento jurídico se convierte en una especie de alquimia que juega con las teorías propias y las ajenas, que mezcla los ingredientes comunes y los raros y sofisticados, para poder al final obtener una síntesis del análisis, o una conjunción de enunciados y argumentos lógicos que llevan a conclusiones que tratan de solidificar ese material tan inasible y fascinante que combina poder, legitimidad, razón y coacción.

Mi agradecimiento a los autores de este número que están correctamente identificados en el índice. A la directora de la revista Mtra. María Luisa Chumacero Alarcón por su esfuerzo siempre constante y ocupado. Al Rector del Centro temático de Ciencias Sociales y Humanidades, y al Rector General de esta institución educativa, por permitir que un número más de la *Revista Jurídica Jalisciense* emane los químicos efluvios de la magia, la alquimia y las artes legales que conforman el conocimiento y la reflexión jurídica.





Presentación

María Luisa Chumacero Alarcón

¿Cómo están mis queridos lectores de la RJJ? Los Derechos Humanos son muy importantes, verdad de Perogrullo que nadie osaría negar. Pero... yo tengo preguntas muy específicamente para el proceso enseñanza - aprendizaje.

Invertí mi juventud, madurez y parte de mi senectud en la enseñanza, dentro de la Universidad de Guadalajara; lo que en esto digo, no es producto de una investigación formal, sino de aquello de que *más sabe el diablo por viejo que por diablo*. Tengo una juventud acumulada ya de 76 años cumplidos el 9 de julio.

Fui una profesora exigente, traje a mis alumnos presionados con tareas, lecturas, 'investigaciones' guiadas y cuanto elemento didáctico estuvo a mi alcance para que aprendieran.

Les hice notar que al futuro nadie tendría la obligación de darme alimentos, porque ninguno era mi familiar, pero que si tenían ascendientes y al futuro descendientes a quienes alimentar.

Creo que en el presente me acusarían por violar sus derechos humanos al sano esparcimiento, pero en esa época los alumnos quizás eran más dóciles o entendían mejor los fines de los profesores exigentes. Quizá haya otras respuestas pero no quiero saberlas.

En todo momento traté de cumplir con el Derecho Humano a la Educación, entendido esto como aprendizaje de elementos para el trabajo y la supervivencia a través del mismo, así como valores.

En el presente sigo en contacto con profesores de mi universidad, con padres de hijos en primaria, secundaria y otros niveles y... saben qué:

Existe una queja generalizada acerca de las personistas en formación porque no saben leer, unen las letras en palabras pero no entienden lo que están leyendo. No son capaces de hacer un esquema organizado, un diagrama de flujo, resúmenes, ¡qué va! ni siquiera subrayados eficaces para propósitos didácticos. *Sé que hay muchos que se salvan, pero son una minoría.*

Mis compañeros profesores me dicen que dos o tres de sus alumnos de cada grupo de 50, sí pueden, los otros a engrosar las filas de futuros desempleados... trabajos de bajo salario, casi casi sin sal... subyugados porque demasiado tarde entendieron que tiraron por la ventana su oportunidad de ser profesionales y ahora ya son padres de familia... La necesidad de trabajar en lo que se pueda para dar de mal comer a sus hijos.

Lo mismo pasaba mientras estuve en ejercicio docente. Necesito información de otras latitudes para saber más y decidir si hago la investigación formal. Prometo citar sus nombres en cartas o textos que reciba, salvo que pidan confidencialidad. Gracias mis lectores.

Ahora el placer de presentar para ustedes los ensayos que conforman el número 57 de la Revista Jurídica Jalisciense, que cubre el periodo de julio a diciembre de 2017.

José Luis Castellanos González, de larga trayectoria académica y actual coordinador de La Maestría en Derecho del CUCSH de la Universidad de Guadalajara nos entrega un ensayo bajo el título *El derecho y la crisis de la ciencia del derecho*, en el que explora perspectivas de diversa índole, su análisis toca los aspectos punzantes de la norma y la sociedad, que incluye sociología, economía, operadores jurídicos. Es un texto que induce a la reflexión y urge a los juristas de México el depurar este estado de crisis.

De Tepic, de la Universidad Autónoma de Nayarit el Dr. Sergio Arnoldo Morán Navarro con su ensayo: *El contenido de los derechos humanos en la Constitución mexicana de 1917*, realiza un análisis sobre la visión de ellos dentro de nuestra Constitución, en el mismo advierte lagunas legales, y propone una mayor atingencia en el trato al tema en sus diversos artículos. En sus propias palabras tomadas de su resumen: *Sin embargo, dicho esquema, no siempre logra delimitar el sentido y alcance que tiene consigo cada libertad...* Es una cuestión para reflexionar.

Coincido y supongo que muchos conocedores más del tema. El doctorando José de Jesús Chávez Cervantes; en su artículo *El débil constitucionalismo mexicano*, pues la rigidez del sistema constitucional de nuestro país brilla por su ausencia por las facilidades y sumisión que, históricamente, el Congreso de la Unión y las legislaturas de los estados, han mostrado en repetidas ocasiones. El análisis presentado por Chávez Cervantes es certero.

Antonio Alvarez León y Adriana Nava Velázquez ambos Doctores de la UNAM, FES Acatlán, en el Estado de México, en su artículo: *Acciones afirmativas y prevención de la violencia o ¿género vs género?*, nos muestran una atinada perspectiva respecto a una realidad vivida en nuestro país. Si bien es cierto que en la estadísticas es más frecuente el maltrato a las mujeres, eso de ninguna manera excluye el maltrato al varón adulto, como otras formas de maltrato inmersas en la discriminación abierta o disimulada para diversos grupos minoritarios y vulnerables.

El Dr. Guillermo Martínez Cons, nos entrega su ensayo *Análisis del Modelo de Competencia de Michael Porter desde la Perspectiva del Derecho Corporativo*, de los aspectos que me han parecido más puntuales es el que hace la distinción entre competencia como habilidad para realizar acciones tendientes a obtener un fin, digamos una profesión u oficio y competencia como rivalidad para ser mejor que otro en ganancias económicas, o de cualquier otro tipo, ser el que

tiene más ventas, el que produce más. Esto último aplicado a la realidad de nuestra sociedad de consumo y la lucha por los mercados.

Para todos es conocida la sombría situación que sufren los inmigrantes, en especial los irregulares, por la ausencia de cualquier requisito exigido por el país que los pudiese recibir. La Dra. Guadalupe Leticia García García, nos describe sobria y en su prudente decir nos conmueve en el dolor y desamparo real de estos seres humanos ante el poder del estado, en su ensayo. *El poder del estado y los derechos humanos del migrante*

La Dra. Luisa Gabriela Morales Vega, nos ha distinguido con su colaboración: *Sentencias estructurales y protección de derechos sociales en México*. En su propio artículo expresa en uno de sus párrafos el núcleo y fundamento de su investigación: *...a continuación se refieren diversos artículos de la propia Ley de Amparo, que dan pauta desde esta perspectiva, a la posibilidad de emitir sentencias que, trascendiendo al peticionario de protección, provean o motiven la construcción de un marco jurídico más amplio de regulación y garantía con el propósito de realmente hacer efectivos los derechos, mismos que bajo el principio de universalidad corresponden a todas las personas.*

Hilda Villanueva Lomelí, Doctora de la primera generación por la Universidad de Guadalajara, nos entrega un ensayo interesante, bajo el título: *Nuevas formas de expresión: Obras dinámicas y formatos no convencionales*; en el que hace una exploración somera del arte y la tecnología avanzada de nuestra época, así como de su situación jurídica, tanto del arte efímero como del que se concretiza en elementos materiales cada vez más variados.

Pues es todo por hoy, salvo expresar nuevamente mi agradecimiento personal y directo a las autoridades universitarias por coadyuvar en el crecimiento de mi amor académico la *Revista Jurídica Jalisciense*.

Gracias a todos.

El derecho y la crisis de la ciencia del derecho

José Luis Castellanos González

Profesor investigador del Centro Universitario de Ciencias Sociales y Humanidades de la UdeG.
Coordinador de la Maestría en Derecho en ese mismo Centro universitario.

RESUMEN: En este artículo se analiza si efectivamente la ciencia del derecho está en crisis o no, aportando puntos de vista que ofrezcan soluciones a los problemas que presenta el conflicto del desarrollo científico, técnico y social versus el ordenamiento jurídico. Si la ciencia del derecho se encuentra en crisis, ésta puede superarse a partir de la crítica del derecho, y el derecho reenfo-arse a su vez a través del conocimiento y el señalamiento de sus propias limitaciones y contradicciones. La ciencia del derecho debe contribuir al desarrollo de la formación jurídica normativa evitando la disociación entre realidad y derecho, y previendo las necesidades de una sociedad humana en constante transformación.

Palabras clave: Derecho, ciencia, crisis, desarrollo económico y social. Teorías y métodos del derecho.

ABSTRACT: In this article analyzes the fact about if law science is indeed in crisis or not, bringing viewpoints that provide solutions to the problems that presents the conflict of scientific, technical and social development versus the legal system. If the science of law is in crisis, this can be overcome from the criticism of the law, and law should be re-focused through the knowledge and targeting of their own limitations and contradictions. The science of the law should contribute to the development of legal regulations preventing the dissociation between reality and law, and anticipating the needs of a human society in constant transformation.

Keywords: Law, science, crisis, social and economic development. Theories and methods in law.

Recibido: 04 de junio de 2017. Aprobado: 25 de junio de 2017.

SUMARIO: Introducción • I. La razón del derecho • A) El derecho y la ciencia del derecho • B) la sociología del derecho • C) Validez, eficacia y justificación • II. Los cambios en el mundo y el rol del derecho • A) Ciencia y tecnología. B) Economía. Sociedad • III. La crítica de la ciencia del derecho en la actualidad • A) La crítica de la ciencia del derecho • B) Las perspectivas de una ciencia del derecho moderna • Conclusiones • Fuentes

INTRODUCCIÓN

El tema de la crisis del derecho y su aproximación científica (la crisis de la ciencia del derecho) ha despertado una viva inquietud en el desarrollo del pensamiento jurídico. Se han expuesto distintos puntos de vista y opiniones acerca de algo tan general y específico a la vez, polémico y vasto, que el hecho de elaborar un artículo acerca del tema representa de por sí un compromiso. Afirmar que la ciencia del derecho está en crisis, puede resultar controvertido y sujeto a discusión, aunque señalar lo contrario sería también objeto de fuertes debates rayando en posturas ideológicas, que por lo demás pueden ser tanto constructivas como destructivas. Pero el tomar partido se hace inevitable y ante tal situación no podemos sino establecer como punto de partida para nuestro trabajo que la ciencia del derecho se encuentra en una crisis de la cual se requiere señalar sus características y alternativas de solución.

El presente ensayo pretende retomar algunas inquietudes del pasado en torno a este tema. En algunos momentos de los años noventa consulté bibliografía y elaboré fichas al respecto. Tuvieron que pasar algunos años para conjuntarlas con las ideas personales y lograr un todo estructurado en torno a las mismas. El resultado es este artículo que hoy ve la luz pública y que camina en pos de recibir opiniones que lo enriquezcan y logren mejoras pertinentes. Lo aquí planteado aborda un objeto de estudio multifacético, multidimensional y complejo, que, como un caleidoscopio da la figura ter-

minada según el movimiento y encuadre de las partes. El tema será permanente, las aproximaciones serán determinadas por la época, las circunstancias, los autores consultados y los métodos empleados para llegar a él.

Métodos de análisis jurídico hay muchos, sin embargo ello es prueba fehaciente y abona a considerar que la ciencia del derecho presenta una crisis irresuelta desde hace tiempo. La cuestión es permanente, y las aproximaciones pasajeras y circunstanciales desde la particular óptica del autor.

En el ejercicio del pensamiento y el trabajo de investigación social nada está dicho como última palabra, ni nada está ajeno a una interpretación ideológica y a una concepción formada y desarrollada en una visión particular del mundo y de la realidad natural y social que rodea al hombre. Esta realidad influye al hombre y por ende al jurista. ¿De dónde y cómo partir para iniciar este trabajo? La respuesta es muy simple y sencilla: del hombre, del mismo ser humano. El Derecho es un producto cultural y social que atiende a un objetivo específico y concreto que es el de servir como instrumento de regulación social. Es un medio que controla y organiza el comportamiento del hombre en sociedad dentro de ciertos modelos o patrones de conducta. ¿Pero, cuál es el fin último del Derecho en relación con el hombre que lo crea para su servicio? Sin caer en una postura de filosofía del derecho o en un utopismo a ultranza, puedo manifestar que el fin ideal (último) de la regulación jurídica es asegurar un estado de bienestar integral del hombre, buscar que el ser humano se desarrolle cabalmente y que conviva armónicamente con sus semejantes. De un hombre que tenga como finalidad el logro de la felicidad, pero no la imposible, sino una felicidad posible producto de un triunfo de la razón sobre la sinrazón y el egoísmo. Participe de los fundamentos de la vida buena que Ronald Dworkin (estudioso profundo de la filosofía del derecho) fija como premisa moral de la vida humana.

En atención a lo antes expuesto, este artículo pretenderá aportar enfoques de análisis y de investigación jurídica para señalar como imperativa la transformación del Derecho y convertirlo en una disciplina más humanista, y más acorde con los grandes cambios y transformaciones que se están dando en el mundo de hoy. Es necesario que el Derecho y la ciencia que lo estudia se ajusten con los grandes logros que ha tenido la humanidad en el campo científico, tecnológico, económico, social, cultural y del pensamiento.

El punto medular del presente trabajo radica en analizar si efectivamente la ciencia del derecho está en crisis o no, aportando algunos puntos de vista que ofrezcan soluciones a los problemas que presenta el conflicto del desarrollo científico, técnico y social *versus* el ordenamiento jurídico. Si la ciencia del derecho se encuentra en crisis, esta última puede superarse a partir de la crítica del derecho, y el derecho reenfocarse a su vez a través del conocimiento y el señalamiento de sus propias limitaciones y contradicciones. Evitar la disociación entre realidad y derecho se presenta como una disyuntiva de la mayor importancia.

La sociedad, la ciencia y el pensamiento han experimentado un desarrollo increíble en el pasado siglo XX y lo que va del actual. El investigador Jaro Mayda (1968) señala que un académico calculó en 1967 que aproximadamente dos tercios de todo el conocimiento humano que actualmente poseemos había sido adquirido durante los últimos veinte años. (1947-1967). Y luego en una mirada hacia el futuro apunta: “En el reino de la ciencia, el hombre tiene que hacer en los próximos años más de lo que ha hecho hasta el momento” (p 28). Los años que señalaba Mayda han transcurrido ya, y el progreso y avance obtenidos han sido considerables.

El profesor Jonas Salk, descubridor de la vacuna contra la polio, organizó en 1967 un instituto de investigación científica para conocer y estudiar los nuevos problemas y perspectivas socio-filosóficas que se pueden entrever como resultado de los progresos que

se estaban presentando en biogenética. De ese tiempo a la fecha han transcurrido cincuenta años de espectaculares transformaciones en dicho campo.

La sociedad de la tercera revolución industrial basada en formas de producción y sobre todo de comunicación y en un predominio total de la información, presenta cuestiones completamente nuevas en el aspecto del control social, los procedimientos políticos y los valores humanos. Situación que incide en el marco del derecho y en su desarrollo futuro. Todos esos aspectos serán tratados en este artículo. El momento actual que vive el mundo, implicará también la transformación del ordenamiento jurídico y nos preguntamos si atenderá los amplios requerimientos de la sociedad o únicamente servirá al poder político o económico.

I. LA RAZÓN DEL DERECHO

a) El Derecho y la Ciencia Jurídica

Para iniciar el análisis de la ciencia del Derecho y la crisis en la que éste se encuentra (a nuestro juicio) creemos necesario que se defina que es el Derecho mismo y la finalidad que persigue en la organización humana. Derecho es un término de múltiples significados: se habla del derecho objetivo y de derecho subjetivo, de derecho positivo y de derecho natural, derecho como norma de ordenación, de derecho en relación con la moral y la justicia. Pero señalamos que el derecho (positivo para este efecto) puede definirse –y para el presente estudio es la definición que utilizaremos-, como: el sistema normativo dotado de una coacción formalizada e institucionalizada. Así y sólo así se diferencia de la Ética.

El Derecho “es” por lo tanto, y existe aunque alguien pueda negarse a cumplirlo o aunque alguien pueda considerarlo injusto (objeción de conciencia). Pero si se trata de observar y describir la relación entre derecho y cultura, del lugar que ocupa el derecho en

la cultura humana, del papel que desempeña dentro de la sociedad y de las relaciones sociales globales, el objeto de análisis convierte el derecho en ciencia. Es, de hecho, una opción convencional que requeriría una explicación preliminar sobre el significado de ciencia, de cultura, de sociedad, etc. pero es la única que nos permite afrontar el tema en toda su complejidad e intentar comprender la función y la incidencia de las formas jurídicas en la realidad y si éstas concuerdan con ella. Además debe definirse también cuál es convencionalmente el significado de ‘crisis’.

Con respecto a ciencia, cultura y sociedad daremos por entendidos los términos y con relación al término ‘crisis’ manifestaremos que es aquel estado de desfase y de no concordancia entre una y otra estructura determinada u otra situación determinada lo que obliga a cambiar o a transformar lo que no se ajusta a los fines para los que fue creado. Y en este aspecto el Derecho está sufriendo un profundo distanciamiento de la realidad que debe normar y regular.

En atención a los fines que pretende el Derecho, se puede señalar que “todo sistema de legalidad es expresión de un determinado sistema de legitimidad, y pretende, a su vez, realizarse a través de un concreto sistema de legalidad” (Díaz, 1982 p. 9). Pero la legitimidad bajo la cual hay intereses de todo tipo sólo se hace legalidad cuando logra conquistar la fuerza legal, política, y física necesaria para ello. Y esta fuerza social se hace, a su vez, más y más firme socialmente hablando cuando está expresada a través de la libre discusión racional y a través de las decisiones basadas en el criterio de las mayorías con respecto a las minorías. Ética y fuerza vienen a ser los dos elementos de que se compone todo derecho y en relación con las fuerzas sociales presentes en un determinado contexto histórico se expresan de un determinado modo en la formación social concreta, marcando de manera decisiva su impronta en las normas jurídicas existentes.

El derecho procede así de la sociedad (es un producto humano) se crea en una determinada y concreta sociedad por los grupos y fuerzas operantes desigualmente en ella. Pero a su vez el Derecho reaccúa sobre tal sociedad, sobre los demás sectores y factores, pudiendo incluso ir más allá en sus resultados y consecuencias de lo inicialmente previsto por aquélla. Toda sociedad aloja en su seno conflictos y contradicciones (además de acuerdos y concertaciones) y el Derecho, que es también expresión de uno y de otros, interviene activamente en ellos. La crítica jurídica en Francia con Michel Miaille (1985) al frente considera al derecho como el reflejo de las contradicciones sociales y de la organización económica. Miaille (1985) dice: “La forma político-jurídica podría considerarse como el ‘punto de vista’ a partir de la cual están sintetizadas todas las contradicciones de determinada sociedad” (p. 65).

En esa perspectiva, es por tanto, un sistema de control e integración social con caracteres propios y medios de acción específicos (derivados principalmente de ese carácter coactivo institucionalizado de sus normas). Tal integración y socialización puede hacerse como en todos los demás casos, respetando en mayor o menor medida la libertad crítica de los individuos o no respetándola, y, por lo tanto, buscando uno u otro modelo de sociedad, más opresiva o más liberadora, lo cual, es desde luego, decisivo para entender el ordenamiento jurídico instituido en una sociedad determinada.

En conexión con lo anterior, el derecho persigue así mismo un fin de seguridad, es un sistema de seguridad, es un sistema, un factor de certeza, estabilidad y disminución de riesgos, tanto para la sociedad como también para los individuos. Al respecto señala Díaz (1982) “con el Derecho y sus normas sabe uno, aunque no siempre sin incertidumbres, lo que está prohibido, mandado o permitido. Y es que desde este mismo punto de vista, el derecho es un sistema de información que, como tal genera siempre **seguridad.**” (p. 15).

No obvia decir, que en igualdad de condiciones políticas, cuándo mejor sea técnicamente este sistema (mayor claridad, rigor, coherencia, etc.) mayor seguridad proporcionará.

Resumiendo podemos considerar como los fines del Derecho, los de garantizar en el cuerpo social las funciones necesarias de control, integración, seguridad y certeza, tan importantes para el logro de los propósitos de toda colectividad humana.

En razón de lo hasta aquí expuesto se ha estructurado también una ciencia del Derecho, dado el análisis de las relaciones que presenta con la sociedad y la cultura en general, tomando en cuenta sus fines y funciones específicas.

Dentro de este esquema también la ciencia del derecho está marcada por una crisis. Nos dice Fenghi (1985) lo siguiente:

Se hacen evidentes separaciones internas cada vez más notorias. Desde hace algún tiempo asistimos al nacimiento de una miríada de disciplinas, que se autolegitiman y afirman su indiscutible autonomía asignándose un objeto determinado que corresponde a un sector específico de la ordenación jurídica. Incluso las llamadas materias institucionales - derecho público y derecho privado - aún evocado en su misma denominación uno de los grandes problemas y una de las contradicciones de la ciencia jurídica (cuya relevancia se ha acentuado desde que el derecho es derecho estatal y no simple derecho) e imponiéndose por tanto su generalización, parecen correr caminos paralelos: en definitiva la división en campos deriva de la aceptación de definiciones que imponen una verificación preliminar y una discusión sobre los contenidos para llegar a entender si dicha división es todavía válida... (p. 223).

Recomendamos consultar el excelente resumen que hace Fenghi acerca del Derecho y su ciencia en el siglo XX, tomado del volumen:

“La cultura del 900,” volumen 4, Sociología, economía, derecho, historiografía, México, 1985.

Ante tal realidad la valoración axiológica del Derecho se puede dar en razón de la filosofía o en razón de la capacidad para cumplir con su objetivo social. Hemos considerado que el aspecto de su trascendencia social y su impacto en la comunidad humana es de principal importancia para entender en qué medida se está dando una crisis del Derecho.

Se ha hablado mucho de las crisis de los valores como crisis general, o más bien de la totalidad, para justificar una operación que en realidad sólo tiene sentido de aquellos valores son todavía significativos o tienen una eficacia propia. Porque sí se trata de una crisis, la primera pregunta que nos hacemos o debemos de hacernos es sobre sus causas o si conduce a un juicio global sobre el mundo y la cultura en que dichos valores se han formado y fundamentado, induciendo así a la búsqueda de valores, distintos o alternativos, para concluir en una construcción o negación. Evitar esta pregunta lleva al surgimiento de fantasmas teóricos y al uso de fórmulas vacías, incapaces para, no sólo de modificar la realidad, sino incluso de explicarla.

b) La Sociología del Derecho

La ciencia del derecho, con todo su necesario rigor normativo, que es también exigencia en la sociedad humana, no es con todo una ciencia formal. Se ocupa muy preferentemente, y podría decidirse de qué modo más propio y privativo, del derecho vigente, formalmente válido (construyendo en torno a él conceptos, instituciones, sistemas), pero no se desentiende, ni puede hacerlo, de la realidad social ni, de algunas manifestaciones de la eficiencia y efectividad de aquel. Conoce también de los valores legitimadores que figuran, de un modo u otro, incorporados en cada momento en la vigente legalidad y en su aplicación fáctica.

Pero, partiendo de lo anterior, es la sociología del derecho, quien con una metodología propia y específica, mejor puede recabar para sí la investigación sobre la eficacia y efectividad social del Derecho o, más plenamente sobre las complejas y fácticas interrelaciones entre sociedad y Derecho; es decir, entre formación económico-social y morfología jurídico-política.

Paralelamente a la efectividad del Derecho, la Sociología Jurídica, por su parte investiga asimismo sobre la efectividad social de los valores jurídicos, sobre su presencia o aceptación en determinado grupo social o en sus diferentes sectores y clases sociales (ideologías jurídicas). Es decir analiza las también complejas y fácticas interrelaciones existentes entre realidad social y valores jurídicos, considerando éstos como el nivel de juicios y opiniones, así como el de actitudes y vivencias reales, siendo esto también de suma importancia para atender la eficacia social del Derecho y el posible desfase (crisis) que pueda presentar. Díaz (1982 p. 36) trata en su obra como el campo científico en el que se estudia el impacto fáctico-práctico del Derecho repercute también en la realidad social a la que debe incidir.

No puede darse una ciencia del Derecho que prescinda de la Sociología Jurídica y de los conocimientos más científicos y fiables, suministrados por ésta acerca de la realidad social sobre la que aquélla trabaja y en la cual ha surgido y se aplica el derecho; además de los efectos negativos que tanto a nivel legislativo como judicial produce el corte de dicha comunicación con la realidad social, acabando por perder su carácter de verdadera ciencia o por convertirse –con el peor formalismo– en impura e inútil especulación que enmascara a esa realidad social con la que pretende no confrontarse.

Una explícita y abierta comunicación en cambio, entre ciencia jurídica y sociología jurídica en México, permitirá, entre otras cosas, un conocimiento mucho más real del Derecho, así como una mejor aplicación del mismo; y al propio tiempo, a través de la crí-

tica interna y de la crítica recíproca, se hará posible la transformación que debe de estar orientada, en principio, precisamente desde los criterios de eficacia y legitimación social puestos de manifiesto por la Sociología Jurídica, y superar así la crisis por la que atraviesa el ordenamiento jurídico.

c) Validez, Eficacia y Justificación del Derecho

En relación con la crisis que vive el Derecho (y que en el siguiente capítulo precisaremos) se hace necesario conocer en qué medida se da su aplicación dentro de la organización social humana. Son juristas los científicos del Derecho quienes conocen del Derecho vigente y del Derecho válido, es decir su referencia a que está vigente, existe y ha sido creado conforme con los procedimientos y requisitos establecidos por el propio sistema. Pero no tan sólo hay que hacer referencia a su vigencia sino también a su aplicación. Interesan a los ciudadanos y gobernantes las cuestiones relacionadas con la eficacia del Derecho: es decir su aplicación efectiva por los jueces y demás operadores jurídicos, por un lado, y su aceptación, cumplimiento y vivencia social, por el otro. El grado de una y otra condicionan no pocos comportamientos propios y ajenos. (Díaz 1982 p. 42).

El gran jurista italiano Bobbio (1980) afirma que “frente a toda norma jurídica podemos plantearnos, en efecto, un triple orden de problemas: 1) Si aquélla es justa o injusta; 2) si es válida o inválida, y 3) si es eficaz o ineficaz. Se trata de tres problemas diferentes, relativos a la justicia, a la validez y a la eficacia de una norma jurídica” (p. 65).

De acuerdo con tal razonamiento, el propio Bobbio especifica las posibilidades expresadas en las siguientes proposiciones:

- a) Una norma puede ser válida sin ser eficaz: caso de normas por lo general no aplicadas o no cumplidas, normas caídas en desuso, etc. y que por su condicionamiento particular hacen ver en qué

medida el derecho se encuentra desfasado y en crisis con respecto a la realidad que pretende normar;

- b) Una norma puede ser válida sin ser justa: es decir sigue siendo válida aunque sea considerada injusta por alguna persona o grupo de personas (lo que nos deja en el marco de la relatividad del término);
- c) Una norma puede ser eficaz sin ser válida: es el caso de las costumbres más o menos que por unas u otras razones, no han sido reconocidas e integradas en el ordenamiento positivo;
- d) Una norma puede ser eficaz sin ser justa: en efecto, el que una norma se aplique, se acepte y se cumpla no es prueba sin más de su justicia; aunque el respaldo social y, más en concreto, la opinión y la actitud de la mayoría sean en la práctica el criterio de decisión más eficaz y operativo, incluso apareciendo circunstancialmente como el más justo. Sin embargo, tal criterio puede no constituir siempre y en todo momento la última y definitiva palabra sobre la justicia: las mayorías pueden equivocarse, aunque por supuesto también puede pasarle lo mismo a las minorías y a los individuos (por excepcionales que éstos sean o se consideren);
- e) Una norma puede ser justa sin ser válida: los valores valen y se justifican siempre que alguien los valore así, independientemente –desde luego– de que el Derecho Positivo los acoja o no en su normatividad, sin embargo evidentemente salen de la esfera de este último;
- f) Una norma puede ser justa sin ser eficaz: lo que se considera justo, por algunos o por muchos, puede seguir siéndolo, aunque no haya logrado implantarse mayoritariamente o con cierta amplitud en la realidad social. (Bobbio, 1980, p. 77)

En relación con los dos últimos supuestos cabría señalar que es precisamente en las situaciones injustas en las que más se advierte la ausencia de la justicia y en las que, en consecuencia, más valor

adquiere ésta y más valor le damos. En razón a lo antes expuesto puede decirse –recordando siempre que hay interrelación y no aislamiento entre estos diversos factores– que de los problemas de validez (del Derecho válido, vigente, positivo) se ocupa directamente la Ciencia del Derecho, los problemas de eficacia son estudiados por la Sociología del Derecho; los problemas de justificación (fundamentación, legitimidad, justicia del mismo), derivan en un tipo de conocimiento diferente, racional pero no estrictamente científico, que es la Filosofía del Derecho.

Por ello, el esquema fundamental de este artículo parte de considerar al sistema jurídico en razón a su aplicación práctica y de la eficacia que tiene su observancia. El problema radica en que la continua transformación tenida en la ciencia y la técnica y con ello su impacto profundo en la economía y la organización social del mundo es donde el Derecho ha quedado rezagado. En el capítulo siguiente trataremos con la debida extensión este punto.

II. LOS CAMBIOS EN EL MUNDO Y EL ROL DEL DERECHO

a) Ciencia y Tecnología

En el presente siglo las ciencias y la técnica se han desarrollado enormemente. A partir de la Revolución Industrial, el sistema capitalista desarrolló enormemente el avance de la ciencia debido al afán de producir más con menor costo y mayores utilidades, lo que generó mejores técnicas de producción. La primera Revolución Industrial se dio con el establecimiento de talleres y de sistemas de producción en serie. La segunda operó cuándo aparte de que ya había máquinas de producción (primera) se hicieron máquinas. Y la tercera Revolución Industrial opera en el presente siglo con la informática y la cibernética. Ya en esta última el conocimiento y su control representan un poder importante en la transformación y adaptación del hombre a la realidad que le rodea.

Márquez Piñero señala al respecto que el marco fundamental donde está dándose el desfase del Derecho con la realidad y los cambios continuos que se manifiestan en ella es en el campo de la ciencia y la técnica. Al respecto menciona:

...por ello, resulta necesario investigar, en cada cambio importante, las fuerzas sociales y económicas coadyuvantes en la determinación de las orientaciones generales y en el ritmo del avance científico; y en reciprocidad, examinar también cuales han sido los puntos en que los descubrimientos científicos han podido modificar profundamente el curso de los acontecimientos económicos, sociales y hasta estrictamente políticos. (Márquez, 1987, p. 408)

En este marco de cambio y desarrollo en el mundo Márquez manifiesta que la nuestra es una época de transición de una organización social a otra de distinto tipo en donde los cambios aún no se terminan y siguen operando en el campo del progreso de la ciencia y la técnica. Y se pregunta este mismo autor

...pero, ¿qué hace el derecho ante este aluvión que se le viene, que se le ha venido encima? El prodigioso y rapidísimo avance técnico y científico, iniciado en el siglo XIX y que se ha acentuado hasta límites inimaginables en el nuestro, ha producido una transformación (cuyos alcances no están todavía suficientemente determinados), en el acervo cultural del mundo, que ha afectado las mismísimas bases del entorno cultural, y con ello lógicamente ha tenido su repercusión en el universo de lo jurídico, que azorado ante el despliegue técnico-científico se ha visto sorprendido cuando no completamente rebasado, por este incuestionable avance material. (Márquez, 1987, p. 409 - 410).

Dentro de este esquema de cambio y transformación el ordenamiento jurídico no ha podido caminar y ajustarse al mismo ritmo que los avances técnicos y es claro el impacto de estos cambios en la validez y eficacia del orden jurídico en la medida en que la sociedad va caminando antes que el Derecho.

Alvin Toffler en su libro *la Tercera Ola* hace referencia a dichos cambios y señala la revolución en el campo de la Medicina y la Biología; el avance de la ingeniería genética que tiene consecuencias directas en el campo jurídico al manifestarse la obsesiva experimentación para producir clones (copias vivientes de otro ser viviente) y lleva adelantos destacados; la inseminación artificial y el alquiler de cuerpos para la gestación son problemas que afectan tanto el campo de la moral como el campo de la estricta aplicación jurídica y que no se encuentra aún comprendida su regulación en ningún código o ley en México. El trasplante de órganos y la criogenia (congelamiento de órganos) son también aspectos que se encuentran ordenados inicialmente a través de reglamentaciones administrativas.

En el campo del derecho estadounidense el autor Joseph Sorrentino (abogado americano) hacía referencia en 1975 a las implicaciones legales de la inseminación artificial:

Desde el punto de vista legal la Inseminación Artificial tiene poca significación. El niño es claramente legítimo y sólo surge un problema legal si una de las partes intenta disolver el matrimonio alegando como causa la no consumación. ¿Impide la disolución matrimonial la inseminación artificial y el resultante nacimiento de un hijo? Un tribunal inglés ha sostenido que no constituye semejante impedimento y que por sí mismo no ratifica el matrimonio. La Royal Comission on Marriage and Divorce recomendó que se cambiarán las reglas: 'Consentir a un acto que es probable que se produzca un hijo de la esposa es, según nuestro punto de vista, un paso tan fundamental que debe darse de modo que signifique que las partes den su conformidad

al matrimonio'. En otra época, tal decreto hubiese dado categoría de bastardo al niño, pero ahora se han aprobado en muchas jurisdicciones norteamericanas ordenamientos que eviten ese resultado. (3) Con respecto a la inseminación artificial dada por donante (no por el marido como fue el caso anterior) se ha señalado (según Sorrentino) en los tribunales americanos lo siguiente: ¿Significaba el hecho de que una mujer se insemine artificialmente por donante adulterio para la ley civil y representa una causa de divorcio? El adulterio provoca divorcio por dos causas: viola el derecho exclusivo al intercambio sexual otorgado a los esposos mediante el pacto marital y puede introducir una corriente ajena de sangre en la familia. Hasta 1921 no se representó ningún caso sobre esta cuestión, pero en ese año, en el juicio Orford versus Orford, un tribunal canadiense sostuvo que la esposa, al someterse a la Inseminación Artificial por donante, había cometido adulterio. 'La esencia de la ofensa del adulterio, no consiste en la vileza moral del acto de intercambio sexual, sino en la cesión voluntaria a otra persona de los poderes o facultades reproductoras de la persona culpable; y toda sumisión de estos poderes y facultades al servicio o placer de otra persona que no sea el marido o la esposa cabe dentro de la definición de adulterio'. Este punto de vista del juez que falló en la causa ha sido seguido en otros juicios dentro de la Unión Americana. (Sorrentino 1975 p. 68-69).

Cuarenta años después la práctica de la inseminación artificial es una constante en el mundo y el sistema legal se ajustó después de que se produjeron los primeros conflictos.

El mismo Sorrentino manifiesta la discrepancia existente entre los órganos jurisdiccionales y la necesidad de que se legisle al respecto cuando advierte de un punto de vista contrario:

En una sentencia escocesa de 1959, Lord Wheatley sostuvo que la prueba del adulterio debe ser en el contacto sexual, declarando que

‘lo mismo que la inseminación artificial obtiene la procreación del nexo de las relaciones humanas dentro o fuera del matrimonio, la extracción del nexo de las relaciones humanas del acto de la reproducción elimina a la inseminación artificial de la clasificación del intercambio sexual.

Se observa así la diferencia de criterios del juzgador con respecto a este problema en donde se hace notorio el desfase del Derecho con respecto de las innovaciones científicas y que quisimos señalar como ejemplo de la crisis que el ordenamiento jurídico enfrenta y a la cual se le tendrá que dar solución y una salida ajustada a la tradición de los grandes pensadores universales de la ciencia jurídica y los grandes innovadores que se hace necesario surjan para transformar el Derecho y ajustarlo a los momentos actuales en que vivimos.

La eutanasia es otro campo en donde se han dado los conflictos del Derecho con la realidad y al respecto Sorrentino manifiesta que el jurista americano Luis Kutner hace la siguiente proposición:

El estado actual de la ley, a medida que evoluciona a partir de la práctica judicial, puede en efecto autorizar la eliminación piadosa sin una adecuada protección para la víctima cuya muerte puede ser injustificable. Con toda seguridad, la falta de definición actual de las leyes no concuerda con las nociones de debido proceso de ley. Desde otra perspectiva el presente estado de la ley no reconoce el derecho de la víctima a morir si lo desea. (Sorrentino, 1975, p. 173).

Se pone de manifiesto en estos ejemplos el rezago del derecho en cuanto a su extensión normativa a todos los fenómenos que incidían en la sociedad actual.

En el aspecto de los cambios tecnológicos que se están dando en el mundo, la pauta está dada por la revolución en el campo de la cibernética y la informática. Las leyes y los reglamentos aplica-

dos a la informática; los contratos informáticos; la protección de los programas de cómputo y su desarrollo; el derecho penal informático, la prueba informática; los contenciosos y las relaciones de trabajo en razón de las computadoras; la contabilidad y la fiscalización informática, condensan los temas fundamentales acerca de la relación entre Derecho e informática y los cambios que se tendrán que implementar en el campo del primero. En el campo de las operaciones bancarias se manifiesta con toda claridad la disociación del Derecho con los nuevos adelantos que se tienen. “Los nuevos medios de pago, donde la moneda electrónica está llamada a sustituir progresivamente el pago por cheque, que presenta un cierto número de rigidez, tanto para los banqueros como para los libradores.” (Azpilcueta, 1987, p. 42). Estamos entonces en el surgimiento del *bitcoin* o moneda virtual sin ningún medio de control jurídico como ejemplo del impacto que se verá en el futuro próximo en las actividades bancarias.

Al respecto se ha conformado una nueva rama del derecho que ha surgido para regular estos aspectos y se le ha denominado Derecho Informático. En lo particular opinamos que más que proceder a crear ramas jurídicas, que a veces se estructuran bajo criterios muy subjetivos y particulares lo prudente debería de ser que se fueran reglamentando las distintas situaciones que requieran de ello y así el Derecho estaría ajustándose conforme se dan los avances en nuestra sociedad. Ello se debe dar con rapidez y conciencia de que cada vez más, importantes actividades de la vida del ser humano están siendo controladas y regidas en función de las computadoras, la cibernética y la informática; ello debido a que cada vez también somos más los seres humanos que estamos poblando este planeta, y la optimización de los recursos debe hacerse con criterios de eficacia y control racional, que satisfagan las necesidades de los pobladores del planeta tierra.

b) Economía

Como hemos podido observar, el desarrollo científico y tecnológico se caracteriza por su rápido avance y en consecuencia el Derecho entra en crisis con la sociedad a la que pretende regular. A pesar de ello el desarrollo sigue siendo un instrumento de denominación en el aspecto tecnológico. Aun cuando se le aplique dentro de una economía socialista, con un enfoque sobre su aplicación orientado a metas sociales diferentes, la tecnología moderna está todavía determinada por las características del capitalismo occidental, si bien el socialismo ha cambiado el modo de organización de la producción, creando paulatinamente una nueva conducta con respecto a la fuerza de trabajo...

La aceptación de estos valores no es hoy tan completa como lo era cuando se sentaron los cimientos de la producción contemporánea y la tecnología militar. Los instrumentos de producción fueron y siguen siendo las principales áreas de la creatividad tecnológica; sin embargo su, forma social y su modo de aplicación es de gran medida la manifestación de los valores sociales que los grupos privilegiados deban defender, ya que aquéllos definen la identidad cultural de éstos, al tiempo que favorecen el estatus social. (González, 1985, tomo 2, p. 121)

...y en este aspecto le corresponde al Derecho defender y custodiar el estatus social y proteger los intereses existentes en una determinada circunstancia histórico-social, manifestando así una clara crisis con respecto a su escasa posibilidad de ir planteando los cambios sociales en el marco de la ley, cambios que son necesarios y que representan inquietud de la colectividad cuando no se hacen efectivos. Los grupos que detentan el desarrollo tecnológico actúan para buscar los medios de control sobre la conducta de los diversos grupos sociales a través de los medios de comunicación de masas y de la comunicación por satélites. El rápido desarrollo de la elec-

trónica, las computadoras, los microprocesadores, las tecnologías bioquímicas y la ingeniería genética, no únicamente representa el progreso científico, sino también un medio de perfeccionamiento de los instrumentos de control social a escala global. (González, 1985, tomo 2, p.123)

La comercialización del pensamiento tecnológico; la militarización de la investigación científica y de las aplicaciones de la tecnología; la desaparición de todo sentido de responsabilidad por parte de los científicos en lo tocante a lo peligroso que pueden resultar sus investigaciones y las consecuencias en el aspecto legal, ético y religioso; la alineación de la fuerza de trabajo dentro de un medio con exceso de organización y saturado de tecnología; la presión del mercado conducente a una utilización extremadamente apresurada de los dispositivos tecnológicos; las decisiones sustentadas exclusivamente sobre consideraciones acerca de la eficacia económica y de la supremacía política; la devastación de la naturaleza y el deterioro dentro del medio ambiente urbano, constituyen aspectos de regulación de los cuales el Derecho brilla por su ausencia y/o desfase en su eficacia.

Un crecimiento económico socialmente incontrolado y desigual, lo mismo que un uso derrochador de las materias primas y la energía; y finalmente el desarrollo de tendencias de consumo insaciables e irracionales a escala masiva, son entre otros los aspectos fundamentales en donde la intervención del Derecho debe darse con una urgencia extrema a fin de evitar desajustes en el engranaje social y en nuestra relación con el medio natural que está siendo irracionalmente explotado. Se hace imperativa la reglamentación jurídica en los aspectos ya mencionados. De otra forma tendríamos que lamentarnos situaciones que nunca debieron darse y que el marco del desarrollo en el cual estamos inmersos origina desfases que, repetimos, afectan de raíz la eficacia y la aplicación del derecho.

c) Sociedad

En lo concerniente a las transformaciones políticas y culturales necesariamente también el Derecho debe adaptarse a ellas, dado que se ha visto rebasado por la realidad política, y en un caso concreto se ha vuelto incapaz para confeccionar esquemas jurídicos que regulen eficaz y justamente el fenómeno de los partidos políticos. En estos momentos en que en México se debaten con pasión alternativas y opciones tendientes a regular el financiamiento de los partidos, y el uso de cuantiosos recursos públicos o privados no sujetos a fiscalización

...se han visto desbordadas por la dinámica social, por lo que no se cuenta aún con un cuerpo de conocimientos lo suficientemente profundo, extenso y sistematizado sobre los partidos políticos, como para poder estructurar una normatividad partidaria efectiva, además de justa. (De Andrea; 1988, p. 305)

Lo anterior es el señalamiento que De Andrea hace al analizar el desfase del derecho en la regulación de esta actividad y luego continúa:

...el régimen jurídico de los partidos políticos ideal sería aquel ordenamiento justo y eficaz que reuniera los siguientes requisitos: permitiera el libre juego entre los diversos partidos, prohibiera la formación de monopolios de poder político, fomentara la participación ciudadana en las organizaciones políticas, no limitara la democracia participativa del sistema político y propiciara, asimismo, la formación de una tradición política nacional. (De Andrea 1988 p. 305).

Señalando además los problemas en la eficacia de la aplicación del Derecho y la crisis de eficacia en que éste se encuentra al afirmar: “si el derecho de los partidos es violado constantemente en la rea-

lidad, entonces es necesario adecuar sus disposiciones a la realidad política para que sea operativo.”

Observamos así una propuesta para superar la crisis del derecho público partidista, que ha sido ineficaz para cumplir con sus funciones. En el campo de la organización social humana opera la urgente necesidad de transformar el Derecho para adecuarlo a las transformaciones que a su vez se están dando en este campo. Otro autor ha señalado que:

Los últimos treinta años, trajeron nuevos desafíos al sistema capitalista y a las fuerzas sociopolíticas tradicionales, no sólo debido a los ataques procedentes de fuerza de las organizaciones políticas usuales [como los de la minorías militantes, los estudiantes y los defensores de la ecología] y las crecientes actividades del terrorismo político, sino también debido [sic] a los cambios estructurales ocasionados en la economía por la revoluciones científica y tecnológica y por el ascenso y las proclividades de las empresas trasnacionales, que han afectado en forma creciente tanto la estructura social y el marco económico como el proceso de su regulación. (Annisuzaman y Abdel-Malek, 1984, editores p. 97).

A todos estos cambios y procesos de transformación del mundo debiera de responder el Derecho si pretende garantizar el orden y la seguridad de la colectividad humana, y sobre todo si busca seguir siendo el depositario de los valores que la misma sociedad humana le ha confiado y que en resumen deben permitir el desarrollo integral del hombre, la formación a plenitud del ser humano.

III. LA CRÍTICA DE LA CIENCIA DEL DERECHO EN LA ACTUALIDAD

a) La crítica de la ciencia del derecho

Una vez analizadas las concepciones teóricas acerca de la eficacia con la que es aplicada la norma jurídica y en qué medida la sociología jurídica se enfoca a estudiar cómo el derecho incide en la realidad social y cómo no lo hace. Igualmente habiendo reflexionado también en el marco del desarrollo científico y tecnológico que han desfasado al Derecho en su campo normativo y las repercusiones que ha tenido en el cuerpo social, pasaremos al análisis crítico respecto de este rezago y separación que el derecho va teniendo con la realidad.

La crítica al derecho es efectuada en atención a la propia crisis que éste presenta entre otras cosas por las siguientes razones que marca la Ciencia Jurídica (Díaz, 1982, p.50):

- a) Críticas internas al propio sistema normativo, por impropiedades e inexactitudes del lenguaje, falta de coherencia, existencia de contradicciones, etc.
- b) Críticas provenientes de los mayores o menores, reales desajustes que pueden darse entre Derecho válido y Derecho efectivamente aplicado por los jueces, bien proponiendo el cambio legislativo, bien impulsado el cambio de sentido en tal jurisprudencia (a nuestro juicio éste el punto fundamental donde se da la crisis del derecho y donde éste cada vez más deja de responder a las necesidades reales de la sociedad a la cual regula),
- c) Críticas derivadas de las posibles discrepancias entre las normas concretas y los grandes valores proclamados en las normas fundamentales del ordenamiento.
- d) Críticas no tan deducibles como las anteriores pero si útiles, hechas desde diferentes normas o de otros ordenamientos dados a conocer a través del Derecho Comparado.

En el campo de la Sociología del Derecho (ya estudiado en el capítulo 1) pueden localizarse razones diversas para una crítica del Derecho vigente:

- a) La llevada a cabo desde el ‘Derecho’ realmente vivido por los ciudadanos, el cual puede ser más progresivo, pero también menos progresivo que el Derecho válido (por ejemplo el hábito consentido a los poderosos de no pagar los impuestos legalmente establecidos), sin que por lo tanto quepa establecer una ley general de preferencia valorativa aplicable por igual en todos los supuestos,
- b) Igualmente desde los valores aceptados y vividos mayoritariamente por tales ciudadanos cabe hacer en caso de discrepancia, una crítica al Derecho Positivo,
- c) Mostrando, por su parte, cuales son las causas y los efectos reales de un cierto Derecho es indudable que se posibilita también una cierta crítica a él y por último;
- d) como asimismo conociendo el substrato sociológico, causas y efectos reales de los valores que inspiran dicho ordenamiento jurídico.

De esta forma vemos desglosadas las principales situaciones que en la crítica del Derecho, hacen la ciencia del derecho y la sociología jurídica. Existe una crisis por la que el Derecho atraviesa cuando sus postulados de validez y eficacia dejan de tener vigencia y se disocian, como ya lo hemos dicho en repetidas ocasiones, de la realidad, pero el sentimiento de crisis del Derecho no es particular del autor de este trabajo, o del catedrático de la asignatura en el posgrado, es un sentimiento, una inquietud, y un punto de reflexión de *innumerables tratadistas*. Fenghi (1985) señala al respecto:

Afirmaciones como ‘el derecho ya no forma parte de la cultura’, ‘el derecho está en crisis’, ‘ya no queda sino proclamar el fin del derecho y de su justicia’, se difunden cada vez más y parten ya sea de los círculos académicos oficiales, ya de investigadores que se sitúan en una posición crítica o alternativa respecto al sistema. El panorama ciertamente no es reconfortante. El tecnicismo imperante, consecuencia de la proclamada exigencia de salvaguardar la autonomía de la ciencia jurídica, esconde en realidad una incapacidad o falta de voluntad del jurista para afrontar el problema de la función del Derecho y su propia función en una sociedad que parece negar cada vez más radicalmente las categorías que definían el modelo. Nos encontramos ante la desesperada defensa de un papel que al menos requeriría una verificación. (p. 225).

Con estas palabras describe Francesco Fenghi la crisis mundial por la que atraviesa el Derecho

Y continuamos transcribiendo por considerar de suma importancia las opiniones de este autor:

Por otro lado el Derecho ya no tiene su propia filosofía. Kelsen aparece como el último cantor de la armonía de una unidad que se ha hecho imposible. Ante un mundo que ha destruido sus valores y no ha sabido construir otros nuevos, no parece que pueda existir para el Derecho sino el espacio cerrado del análisis formal del lenguaje de la ley, cualquiera de ésta sea, o la apertura hacia una sociedad más aparente que real. Sin embargo está claro que en ambos casos el derecho, las formas jurídicas de la sociedad en que vivimos, continúan siendo objeto de un conocimiento que nos es necesariamente extraño, a no ser que nos limitemos a un análisis específico de cada una de las normas o de las instituciones en particular; con otras palabras, a no ser que queramos permanecer en el ámbito impuesto por el derecho

positivo, aceptando tácitamente y sin discusión las reglas que presupone. (Fenghi, 1985, p. 226).

En lo particular, concordamos en todos y cada uno de estos aspectos, creemos que el Derecho debe renovarse, reformarse más, revolucionarse para ajustarse a las condiciones que vivimos en la actualidad. El análisis de la ley no debe ser un análisis frío y desvinculado de la sociedad, debe ser un estudio a fondo y consciente de las fallas y deficiencias que presenta el ordenamiento jurídico y la ciencia del Derecho. Se debe denunciar el fenómeno. No basta denunciar la naturaleza del derecho y del estado para crear los fundamentos del nuevo derecho y del nuevo estado que requiere una sociedad en transformación; se ha de empezar por hacer la crítica del Derecho. Fenghi (1985) señala que:

Ello significa preguntarse qué es en realidad el Derecho hoy día en las sociedades capitalistas actuales, que funciones desempeñan (ideológicamente hablando) todavía hoy instrumentos que nacieron como reflejo de una estructura denominada por la equivalente de las mercancías y por la autonomía de lo económico para perpetuar una igualdad ciertamente ficticia; y al mismo tiempo, preguntarse qué formas aparecen ya inadecuadas para la misma sobrevivencia del capitalismo. La crítica de la economía política, como la crítica del derecho, debe dirigirse a un modelo de sociedad capaz de definirla, no a un modelo dado de una vez para siempre. (p. 227).

La dificultad de establecer una relación entre derecho y cultura en el siglo XXI se encuentra en la dificultad de definir la función de una ciencia que se debate entre conservación y superación y por tanto en la imposibilidad de determinar un objeto que legitime la autonomía de dicha ciencia. La contradicción anterior refleja las vicisitudes de dicha ciencia y de su crisis.

La crisis del mundo actual se refleja en el derecho a su vez. La crisis de la ciencia del derecho requiere superar ese estado de crisis en el que se encuentra, y al mismo tiempo el estado que lo hace efectivo requiere estructurar e implementar una serie de cambios que hagan operativo un sistema y el ordenamiento jurídico. Pero esto no va a ser posible sino se da dentro de un marco de democracia y participación de todos los directamente afectados: la sociedad en su conjunto.

El desarrollo de la sociedad humana no acepta ya más las figuras autoritarias y totalitarias que implementan cambios que no representen soluciones viables a los ojos de las mayorías. El cambio en el Derecho y su concepción se hace indispensable y para ello la intervención plural, participativa y abierta de los versados en la materia: los juristas, doctrinistas y científicos del derecho de las más diversas corrientes (tradicional, crítica y alternativa) deben de expresar sus opiniones y posturas con respecto a la necesaria transformación del Derecho. Los líderes sociales y políticos, de opinión, y todas aquellas personas que están en contacto diario con el mundo del Derecho (operadores jurídicos) deben manifestarse acerca de este cambio. Ello significaría la superación del estado de crisis del derecho y su ciencia con una participación democrática.

b) Las Perspectivas de un Derecho Moderno

El Derecho imperativamente debe transformarse. La vía de esa transformación se debe dar en varias vertientes. El estado ocupa ajustarse a las nuevas condiciones del desarrollo científico y social que ya se han señalado. Darle un papel vigoroso al estado, hacer y legislar un Derecho Administrativo más acorde con una planeación estatal y un control público sobre los recursos naturales, financieros y humanos que lleve el bienestar integral a toda población, donde las principales funciones de la economía se encuentren reguladas por el estado tendientes a tal fin.

Para alejar el peligro de un totalitarismo estatal en los casos en que la intervención alcance grados muy profundos, que podría presentarse por la vía del ejercicio arbitrario de un poder cada vez más extendido, debiera contar la sociedad con juristas capaces de abordar una nueva elaboración jurídica, más actual y vigente, liberada de sus rémoras del pasado. (Novoa, 1985, p. 5).

Debe protegerse a la sociedad del burocratismo de la Administración Pública, y se adopten las medidas necesarias para fiscalizar a los funcionarios a fin de evitar el riesgo de que olviden sus funciones de servicio a la comunidad y las pongan al servicio de sus propios intereses o de grupos, se hace necesario también que se inculque la solidaridad como una actitud social arraigada en la vida colectiva y que desarrolle un espíritu nuevo en el ser humano, de servicio y desprendido de todo individualismo egoísta. Al trabajo debe de dársele fundamental importancia como deber y facultad social a la que cada ser humano debe corresponder aportando lo mejor de sí mismo a la sociedad. Debe en las leyes señalarse un apartado especial a los deberes como necesaria correspondencia para con la sociedad. Estos deberes debieran tener un carácter eminentemente social y de apoyo a la comunidad. El sentido de responsabilidad social necesariamente se debe inculcar en todos los miembros del cuerpo social y de tal forma que la actividad individual, con sentido de solidaridad y de responsabilidad, sea fuente de bienestar, cooperación y creatividad en beneficio común. Otro principio fundamental del nuevo derecho que necesita crear es el que opere en la conciencia y del interés colectivo de supremacía del bien colectivo sobre el privado. Novoa (1985) expresa que

...así, si la sobrevivencia de la sociedad depende del sacrificio de la vida de un hombre o de algunos hombres, debe privar la subsistencia de aquélla por sobre las vidas individuales. En cambio, si se trata de

bienes de diferente categoría se entran en conflicto, no es posible dar una guerra general y habrá de resolverse cada caso en particular, teniendo siempre presente el altísimo valor del bien colectivo. (p. 196).

Todos los anteriores lineamientos o posturas con respecto a instituir un Derecho Moderno con profunda inspiración social, que dejará atrás el individualismo del actual, son aspectos que nos llevarán a superar paulatina y firmemente la crisis que vive el Derecho.

La crítica hecha al Derecho y la función social del mismo, debe operar como catalizador que promueva el estudio y la búsqueda de soluciones a la Crisis del Derecho. El Derecho y las formas jurídicas que éste sustenta deben ser objeto de un conocimiento crítico profundo, sin aceptar tácitamente y sin discusión las reglas que propone el Derecho Positivo, sino por el contrario juzgando la función social de éste y estudiando si realmente corresponde a un mundo en transformación. El análisis de la ley, de sus fallas, lagunas y ausencias, no debe desvincularse de la realidad social en la que actúa. Es imperativo ir fincando los fundamentos de un nuevo derecho y de un nuevo Estado para una sociedad que se transforma.

Flores nos conduce a reflexionar sobre la forma de resolver esta crisis cuando dice que:

Obviamente, la ciencia del derecho busca un nuevo paradigma. Los enemigos de la ciencia jurídica son el dogmatismo y su legalismo. Por esta razón, es indispensable combatirlos, así como superar el dualismo y el reduccionismo, que a ningún lado han conducido. Mediante el reconocimiento de una actitud crítica, dialéctica, e interdisciplinaria, sobre las bases de un pluralismo metodológico, donde resalta la interacción entre valor, norma y hecho; justicia, vigencia y eficacia; puntos de vista interno y externo; entre muchas otras cuestiones que merecen la atención y respuesta de los juristas. (p. 1027)

Igualmente y a manera de aguda ironía el mismo Flores nos fija las bases de apoyo en esta labor:

Lo anterior para demostrarle a Kirchmann el equívoco de su afirmación (p. 41) la ciencia jurídica se opone gustosa al progreso del derecho. Es mucho más cómodo seguir viviendo en la vieja casa, bien instalada y conocida, que año tras año tener que dejarla, instalarse y orientarse de nuevo. Sin embargo el ser humano del siglo XXI y del tercer milenio si está en realidad comprometido, tanto con la ciencia como el derecho, debe estar listo para mudarse, si no diariamente, al menos de vez en cuando, en nombre del progreso de “la jurisprudencia” como ciencia. (p. 1027)

Por lo tanto la participación de los especialistas en la ciencia del derecho, de legisladores, jueces, líderes sociales, políticos y de opinión, y de todos aquéllos que sirven como operadores del derecho con la finalidad de proponer democráticamente un cambio la aproximación científica al orden jurídico y su ajuste a los nuevos requerimientos sociales.

Las perspectivas de un derecho moderno se fincan en lograr un alto contenido social en el mismo, avanzando, desarrollándose y transformándose a la par que se dan los grandes cambios y avances en el mundo; debe estructurarse una nueva ciencia jurídica con nuevas funciones de planificación y de prospección de los esfuerzos sociales, privilegiando siempre el interés de las mayorías sobre el de los individuos; con un alto sentido de responsabilidad social.

CONCLUSIONES

Respecto del análisis hecho con referencia a la crisis de la ciencia del derecho, podemos establecer las siguientes:

- El derecho como producto cultural y social del hombre, atiende al objetivo específico de servir como instrumento de control y de regulación social. Es un medio de control del comportamiento del hombre en sociedad que pretende asegurar un estado de bienestar integral del hombre y de convivencia armónica de éste con sus semejantes. Cuando no se da el cabal cumplimiento de este objetivo hablamos de la existencia de un desfase entre la realidad social que pretende regular el Derecho y sus fines, y muchos veces estos se ve reflejado en la ciencia que estudia este objeto de estudio. Se presenta por ende un derecho y una ciencia del derecho en crisis.
- Una de las formas para superar y solucionar la crisis en que la ciencia jurídica se encuentra es la crítica del derecho, donde se pretende conocer el estado actual de la ciencia del Derecho y evitar la disociación entre realidad y orden jurídico.
- Uno de los aspectos donde se hace evidente que el derecho y la ciencia del derecho que le da soporte teórico están en crisis es en el desarrollo y avance científico y tecnológico que estamos viviendo con la revolución tecnológica en el mundo, y que ha cambiado profundamente nuestra forma de vida y nuestra manera de pensar. Estos cambios y su consecuente impacto en el Derecho podemos simplificarlos con la inseminación artificial humana, la eutanasia, los grandes cambios en el área de la electrónica y las comunicaciones en redes sociales, el alquiler de cuerpos para la gestación humana, el trasplante de órganos, el congelamiento de los mismos, la informática y la cibernética con su frenético desarrollo y todo ello impactando directamente en el campo social, político y de la conciencia colectiva, modificando el curso de los acontecimientos humanos, sin que la ciencia del derecho haya propuesto ajustes a la estructura y regulación del derecho para un adecuado control de todos estos aspectos de la vida humana.

- La ciencia y la tecnología en su desarrollo constante están rebasando al derecho y éste disminuye su eficacia al no regular situaciones específicas que requieren del concurso necesario del ordenamiento jurídico. Se concluye así que las funciones necesarias de control, integración, seguridad y certeza inherentes al derecho y su ciencia no se vean realizadas en el contexto social y conlleva una crisis de valores y desfase en la efectividad que debe caracterizar al Derecho. La aplicación del ordenamiento jurídico debe de reafirmar la validez, eficacia y justificación del Derecho. Aplicando, cumpliendo lo que señala la norma, creando norma nueva y legislación que se cumpla efectiva y realmente para evitar las lagunas de la ley donde no exista normatividad aplicable, y buscar ante todo la justicia y el desarrollo solidario para con las mayorías y agregar un sentido de responsabilidad al Derecho; haciendo lo anterior, se podrá lograr la eficaz realización de los fines y objetivos del Derecho.
- La época de transición que vivimos, lleva unida el germen de los cambios constantes y del paso a otra organización social que se ajuste más a los logros científicos, sociales, tecnológicos y económicos que el hombre va teniendo. El Derecho necesita reglamentar y controlar estos cambios, y la ciencia del derecho anticiparlos y darles cauce teórico, si no quiere convertirse tan sólo en una pieza de museo. Es indispensable esto dentro de un marco de participación plural y democrática de la sociedad para que sea ésta la que impulse el cambio a fin de que el Derecho siga siendo el depositario de los grandes valores que ésta misma sociedad le ha confirmado para emitir un desarrollo y una formación plena del ser humano.

FUENTES

- Abdel-Malek, Anouar y Annissuzaman. (1984) Editores, “La Transformación del Mundo” 3, *Cultura y Pensamiento*, Siglo XXI Editores, México.
- Andrea, José Francisco: (1988) “La teoría General de los Partidos Políticos.” *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, UNAM, México, No. 8, Mayo-Agosto de 1988.
- Azpilcueta, Hermilo, (1987) Tomás, *Derecho Informático*, Ed. Abeledo Perrot, Argentina.
- Bobbio, Norberto, (1980) *Contribución a la Teoría del derecho*, Ed. Fernando Torres, España.
- Díaz, Elías, (1982) *La Sociedad entre el Derecho y la Justicia*, Ed. Salvat – Aula abierta, España.
- Fenghi, Frank, (1985) “La cultura 900,” volumen 4, *Sociología, economía, derecho e historiografía*, Varios Autores, Siglo XXI Editores, México.
- Flores, Imer B., *El porvenir de la ciencia jurídica. Reflexión sobre la ciencia y el derecho*. Consultado en: http://mail.uazuay.edu.ec/estudios/derecho/introduccion_al_derecho/VI_Ciencia_del_Derecho.pdf 10 de junio de 2017.
- González, Mike, Editor, (1985) “La Transformación del Mundo” 2, *Economía y Sociedad*, Siglo XXI Editores, México.
- Márquez Piñero, Rafael; (1985) “Los Sistemas Jurídicos y los Grupos de Presión.” *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, UNAM, México, No. 5, Mayo-Agosto de 1987.
- Mayda, Jaro, (1968) *Environment and resources; from conservation to eco-management*. Ed. Universidad de Puerto Rico.
- Miaille, Michel, (1985) *El Estado del Derecho*, Ed. Universidad Autónoma de Puebla, México.
- Novoa Monreal, Eduardo, (1985) *El Derecho como obstáculo al cambio social*, Siglo XXI Editores, México.
- Pecujlic, Miroslav, Editor, (1982) “La Transformación del Mundo” 1, *Ciencia y Tecnología*, Siglo XXI Editores, México.
- Sorrentino, Joseph, (1975) *La Revolución Moral*, Ed. Grijalbo, México.



El contenido de los derechos humanos en la Constitución mexicana de 1917

Sergio Arnoldo Morán Navarro

Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, España.

Profesor Titular de la Universidad Autónoma de Nayarit, México.

Integrante del Sistema Nacional de Investigadores, nivel I, del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología.

RESUMEN: En el texto de la Constitución mexicana, al regular las libertades, cumple con el mínimo que requiere una nación en el reconocimiento de los derechos humanos que tiene toda persona, por el simple hecho de ser persona. Sin embargo, dicho esquema, no siempre logra delimitar el sentido y alcance que tiene consigo cada libertad, debido a que, de manera natural, al no estar previsto una organización dentro del contenido de cada precepto que contiene el reconocimiento de los derechos humanos, también se mezclan aspectos que tienen que ver con el funcionamiento de las instituciones del Estado, o inclusive, con otros derechos, pudiendo provocar una falta de precisión en la identificación de aquellos aspectos que son esenciales a las libertades que se han reconocido.

Palabras claves: Derechos humanos, Derecho Constitucional

ABSTRACT: In the text of the Mexican Constitution, in regulating freedoms, it complies with the minimum that a nation requires in the recognition of human rights that every person has, for the simple fact of being a person. However, this scheme does not always manage to delimit the meaning and scope of each freedom, because, naturally, since no organization is foreseen within the content of each precept that contains the recognition of human rights, Aspects that have to do with the functioning of the institutions of the State or even with other rights are mixed, being able to provoke a lack of precision in the identification of those aspects that are essential to the freedoms that have been recognized.

Keywords: Human Rights, Constitutional Law

Recibido: 29 de diciembre de 2016. Aprobado: 13 de abril de 2017.

SUMARIO: Introducción I • El reconocimiento de las libertades en la constitución mexicana • II. La regulación de las libertades, los modelos a considerar • III. La delimitación de libertades, contenido esencial y proporcionalidad • Algunas consideraciones • Fuentes

INTRODUCCIÓN

Recordemos que, “La Constitución de 1917 fue el producto de la identificación de las demandas y las expectativas sociales, y por eso tuvo un contenido eminentemente social, porque resolvía las inquietudes de campesinos, y ya de obreros. En esa Constitución, el protagonista era el pueblo, por decirlo no en términos políticos ni demagógicos, sino estrictamente conceptuales, como se podría decir basándose en Rousseau. De eso hablaban la Constitución Francesa, y la de Estados Unidos; es decir, las constituciones son del pueblo, porque el pueblo somos todos. Esto cambió, y luego la Constitución se convirtió en un instrumento de los gobernantes, pero con un giro adicional: ahora las constituciones también son el instrumento de la clase política internacional y, entonces, nos encontramos que, en los últimos años, se hablaba más de la reforma constitucional mexicana en Wall Street que en México.

El doctor Diego Valadés, en el mes de enero de 2016, propuso ante los medios de comunicación nacionales, la necesidad de reescribir la Constitución mexicana de 1917, dentro de las razones externadas, al menos, señala dos graves problemas: un déficit notable en el cumplimiento de sus funciones, y un alejamiento de su esencia original provocado por las constantes reformas.

Ante este escenario, la clase política nacional, también ha propuesto la necesidad de inclusive, crear una nueva constitución. Así, representantes de la izquierda mexicana, como el ex candidato a la Presidencia de la República Cuauhtémoc Cárdenas y el senador

Alejandro Encinas, ambos ex perredistas, el pasado 3 de octubre del año 2015, lanzaron la convocatoria para construir un nuevo proyecto de nación, en el que se discutieran los problemas que afectan a la sociedad y las posibles vías para resolverlos, argumentando que, “la edificación de un país modelado de manera muy distinta del actual, que cuente con una nueva Constitución y que ésta sea, al mismo tiempo, estación de llegada y plataforma de lanzamiento de los cambios que hagan de México una nación soberana, de iguales, de justicia, y democrática”. Al respecto, otro de los representantes de la izquierda, como lo es Porfirio Muñoz Ledo, el otro líder histórico de la Corriente Democrática de 1988, estuvo de acuerdo con la propuesta, señalando que la Constitución de 1917 sólo es un referente histórico, al punto que, agregó, ha sido traicionada y en la víspera de los cien años, debería realizarse una revisión integral en su contenido, para refundar la República.

Este escenario próximo del centenario de la Constitución mexicana, nos debe permitir, en un primer momento, revisar las bases que dieron origen a esta gran nación, con la finalidad de determinar la vigencia de los ideales que se vieron plasmados en nuestra Carta Magna. Pero también, debemos visualizar la posibilidad que tiene nuestro México, de replantear la estructura bajo el cual se ha organizado el poder del Estado, es decir, cuestionar la pertinencia de continuar con el modelo presidencialista que tenemos, o valorar la implementación de un modelo alternativo, como lo puede ser el sistema parlamentarista o semiparlamentarista; así como también ponderar, el funcionamiento del sistema de justicia nacional, en el esquema bajo el cual se encuentra el máximo tribunal del país, o en su caso, determinar la separación de la defensa de la constitución en la creación de un Tribunal Constitucional, por citar algunos ejemplos.

Pero lo cierto es, que el presente trabajo representa, la oportunidad que se tiene, de organizar las bases en las cuales se sentaron las libertades que tendremos los mexicanos en esta nación, bajo un

esquema distinto, en donde sea posible visualizar con la claridad debida, aquellos aspectos esenciales a cada uno de los derechos humanos que el Estado mexicano se ha comprometido a garantizar. Ya que la regulación actual, no permite que se conozca a plenitud, el sentido y alcance de cada uno de dichos derechos, dificultando con ello, que la sociedad entienda con plenitud, el Estado de Derecho que esta instaurado para la seguridad de sus libertades.

I. EL RECONOCIMIENTO DE LAS LIBERTADES EN LA CONSTITUCIÓN MEXICANA

La estructura que se implementó para organizar el texto que se encuentra inmerso en cada uno de los preceptos que integran la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es un tanto compleja, de ahí que quienes se adentran a conocer el contenido del mismo, encuentran una serie de irregularidades que lejos de facilitar su comprensión, generan una serie de confusiones que bien pueden propiciar un efecto contrario al deseado, es decir, que pierdan interés.

Así, en lo que respecta a las libertades de los mexicanos, encontramos un título especial dedicada a las mismas, al inicio del texto constitucional, **“Título Primero, Capítulo I, De los Derechos Humanos y sus Garantías”**, y quienes tienen acceso al texto pensarán que, en este apartado, se encontrarán todas la libertades que el Estado mexicano se ha comprometido a cumplir y garantizar. Pero, haciendo una primera observación encontraremos que, en la doctrina, la noción de derechos humanos no encuentra necesariamente la aceptación de que los derechos humanos tengan que estar reconocidos para que un Estado deba cumplir con los mismos.

El segundo aspecto a valorar radica en que, de la noción de garantía, en el lenguaje moderno, se hace alusión a los mecanismos de

defensa que tiene el Estado para proteger las libertades, y en este sentido, caeremos en cuenta que dentro de este apartado, no se contiene mecanismo alguno de defensa de la Constitución, por lo que, dicha denominación no encontrará sustento en la denominación, por lo que, el seguir utilizando en la denominación del Título I, Capítulo I, el calificativo de *y sus garantías*, no es adecuado.

Sin embargo, el problema mayor no radica en la inadecuada denominación del Título I, Capítulo I, sino en la ausencia de esquematización dentro del texto constitucional, y sobre todo, en el apartado de las libertades conocidas como derechos humanos. Al entrar al análisis del artículo 1 del texto constitucional, nos encontramos con diferentes aspectos a ponderar, en los siguientes términos

Artículo 10. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Párrafo reformado DOF 10-06-2011

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

Párrafo adicionado DOF 10-06-2011

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad

dad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

Párrafo adicionado DOF 10-06-2011

Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes.

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

Del análisis del mismo, si preguntamos que contiene este precepto, tendremos la necesidad de tratar de encontrar una metodología que permita un análisis adecuado, por lo que, nos veremos en la necesidad de entender cada uno de los párrafos que integran el artículo primero (Morán, *et al*, 2015: p. 513 y ss)

Inicialmente, debemos considerar que ha cambiado la noción tradicional que se tenía en el Estado mexicano de las Garantías Individuales, y que también cambió substancialmente la concepción de derechos que se podrán proteger, debido a que la noción que ha permeado en los sistemas jurídicos positivistas se sustenta en la noción de derechos fundamentales, (Alexy: 1993) (Ferrajoli: 2001) (Carbonell: 2011) más que en la de derechos humanos (Dworkin: 1984) (Carpizo: 2011)

Ahora bien, si se pretende utilizar el concepto de garantías para definir los mecanismos que existirán para la protección de los mis-

mos, el Estado mexicano ha adecuado el marco normativo con la expedición de una nueva Ley de Amparo, la cual además de proteger los derechos humanos reconocidos por la Constitución mexicana, también se pueden invocar ahora aquellos derechos humanos que se encuentran previstos en los tratados suscritos en los términos previstos por el artículo 133 de la Constitución General de la República en esta materia.

Sin embargo, en el análisis del propio párrafo primero del artículo primero, también se encuentra previsto el principio de interpretación constitucional conforme, o interpretación conforme a la constitución, al prever que, cuando en la Constitución mexicana se señale algún límite al ejercicio de las libertades, restringiendo o suspendiendo las mismas, deberán estar de acuerdo a las condiciones previstas en el propio texto constitucional (Ferrer: 2011, p. 358).

Continuando analizando el artículo primero, ahora en su párrafo segundo, encontramos que se contiene otro principio, conocido en la doctrina como el principio *pro persone*, (Caballero: 2009, p. 62 y ss) (Caballero: 2011, p. 103) que pretende garantizar, cuando la constitución y un tratado regulen una libertad, prevalezca aquella que garantice la protección más amplia.

Otra cuestión relevante deriva del análisis del párrafo tercero del artículo primero, (Carbonell: 2011, p. 63 y ss) que incluye en un primer momento, las obligaciones que tienen todas las autoridades mexicanas en el ámbito de su competencia y de acuerdo con la materia de derechos humanos, para después en el mismo párrafo tercero incorporar los principios en materia de derechos humanos y con posterioridad, nuevamente regresar y agregar más obligaciones para las autoridades mexicanas.

Por último, el cuarto párrafo del artículo primero, incorpora el principio de igualdad, es decir, el principio de no discriminación, en cualquiera de las diversas formas que existen de en las sociedades modernas, como base de toda sociedad democrática.

En este pequeño análisis del artículo primero, encontramos que, se tienen desde conceptos, principios, obligaciones, y demás aspectos que, ante la ausencia de una esquematización adecuada, puede generar problemas en la regulación que se requiera para los casos concretos que se vayan presentando, debido a que, el contenido del artículo primero es muy amplio, y con ello, dificulta su análisis y precisión.

Otro de los aspectos que contienen una complejidad similar, deriva de las condiciones que encontramos en la regulación de la libertad personal previstas en el artículo 16 de la Constitución mexicana. En un primer aspecto, debemos considerar, que este precepto, contiene en su primer párrafo, lo conocido en la doctrina como el principio de legalidad,

Artículo 16. Párrafo primero. Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento...

Dicha disposición, que obliga a todas las autoridades, cuando realizan actos de molestia, a sujetarse bajo ciertas condiciones para considerar como válida su actuación, imponiendo que debe actuar por escrito, en donde deberá fundar y motivar su competencia y la causa legal de su proceder.

Luego, derivado de la reforma de 1 de junio de 2009, se incorporó un texto que corresponde con la protección de datos personales,

Artículo 16. Párrafo segundo... Toda persona tiene derecho a la protección de sus datos personales, al acceso, rectificación y cancelación de los mismos, así como a manifestar su oposición, en los términos que fije la ley, la cual establecerá los supuestos de excepción a los principios que rijan el tratamiento de datos, por razones

de seguridad nacional, disposiciones de orden público, seguridad y salud públicas o para proteger los derechos de terceros...

Mismo que, según la tradición de la materia, debería formar parte de la materia de transparencia y acceso a la información pública, que se encuentra ubicada en el artículo 6, por constituir en esta instancia la que concentra la materia, inclusive, al punto que, en nuestra nación se cuenta con un Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales, y por ende, el esquema constitucional debería estar concentrado en un solo precepto, y no disperso en varios.

Siguiendo con el análisis del artículo 16 de la Constitución mexicana, el párrafo tercero, cuarto, quinto, sexto, séptimo y octavo,

Artículo 16. Párrafos tercero y siguientes...

No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado con pena privativa de libertad y obren datos que establezcan que se ha cometido ese hecho y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.

Párrafo reformado DOF 01-06-2009. Fe de erratas DOF 25-06-2009

La autoridad que ejecute una orden judicial de aprehensión, deberá poner al inculcado a disposición del juez, sin dilación alguna y bajo su más estricta responsabilidad. La contravención a lo anterior será sancionada por la ley penal

Cualquier persona puede detener al indiciado en el momento en que esté cometiendo un delito o inmediatamente después de haberlo cometido, poniéndolo sin demora a disposición de la auto-

ridad más cercana y ésta con la misma prontitud, a la del Ministerio Público. Existirá un registro inmediato de la detención.

Sólo en casos urgentes, cuando se trate de delito grave así calificado por la ley y ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia, el Ministerio Público podrá, bajo su responsabilidad, ordenar su detención, fundando y expresando los indicios que motiven su proceder.

En casos de urgencia o flagrancia, el juez que reciba la consignación del detenido deberá inmediatamente ratificar la detención o decretar la libertad con las reservas de ley.

La autoridad judicial, a petición del Ministerio Público y tratándose de delitos de delincuencia organizada, podrá decretar el arraigo de una persona, con las modalidades de lugar y tiempo que la ley señale, sin que pueda exceder de cuarenta días, siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculcado se sustraiga a la acción de la justicia. Este plazo podrá prorrogarse, siempre y cuando el Ministerio Público acredite que subsisten las causas que le dieron origen. En todo caso, la duración total del arraigo no podrá exceder los ochenta días.

Por delincuencia organizada se entiende una organización de hecho de tres o más personas, para cometer delitos en forma permanente o reiterada, en los términos de la ley de la materia.

Ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en que deberá ordenarse su libertad o ponérsele a disposición de la autoridad judicial; este plazo podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada. Todo abuso a lo anteriormente dispuesto será sancionado por la ley penal.

Esta disposición, contiene la regulación de la libertad personal, previendo una serie de situaciones que deben ajustarse para su debido respeto y cumplimiento, al imponer obligaciones tanto a las autoridades ministeriales como judiciales en su tratamiento. Pero al llegar al párrafo noveno, nos encontramos con una definición del tipo de *delincuencia organizada*, es decir, en la Constitución General de la República se han llegado a definir hasta tipos penales, cuestión que entendemos, debe dejarse para la legislación de la materia.

Con posterioridad, en este mismo artículo 16, encontramos aspectos que tienen que ver con la inviolabilidad del domicilio, con la regulación de los cateos,

Artículo 16 párrafo undécimo y siguiente:

En toda orden de cateo, que sólo la autoridad judicial podrá expedir, a solicitud del Ministerio Público, se expresará el lugar que ha de inspeccionarse, la persona o personas que hayan de aprehenderse y los objetos que se buscan, a lo que únicamente debe limitarse la diligencia, levantándose al concluirla, un acta circunstanciada, en presencia de dos testigos propuestos por el ocupante del lugar cateado o en su ausencia o negativa, por la autoridad que practique la diligencia.

Las comunicaciones privadas son inviolables. La ley sancionará penalmente cualquier acto que atente contra la libertad y privacidad de las mismas, excepto cuando sean aportadas de forma voluntaria por alguno de los particulares que participen en ellas. El juez valorará el alcance de éstas, siempre y cuando contengan información relacionada con la comisión de un delito. En ningún caso se admitirán comunicaciones que violen el deber de confidencialidad que establezca la ley.

Exclusivamente la autoridad judicial federal, a petición de la autoridad federal que faculte la ley o del titular del Ministerio Público de la entidad federativa correspondiente, podrá autorizar la

intervención de cualquier comunicación privada. Para ello, la autoridad competente deberá fundar y motivar las causas legales de la solicitud, expresando además, el tipo de intervención, los sujetos de la misma y su duración. La autoridad judicial federal no podrá otorgar estas autorizaciones cuando se trate de materias de carácter electoral, fiscal, mercantil, civil, laboral o administrativo, ni en el caso de las comunicaciones del detenido con su defensor.

Los Poderes Judiciales contarán con jueces de control que resolverán, en forma inmediata, y por cualquier medio, las solicitudes de medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de investigación de la autoridad, que requieran control judicial, garantizando los derechos de los indiciados y de las víctimas u ofendidos. Deberá existir un registro fehaciente de todas las comunicaciones entre jueces y Ministerio Público y demás autoridades competentes.

Las intervenciones autorizadas se ajustarán a los requisitos y límites previstos en las leyes. Los resultados de las intervenciones que no cumplan con éstos, carecerán de todo valor probatorio.

La autoridad administrativa podrá practicar visitas domiciliarias únicamente para cerciorarse de que se han cumplido los reglamentos sanitarios y de policía; y exigir la exhibición de los libros y papeles indispensables para comprobar que se han acatado las disposiciones fiscales, sujetándose en estos casos, a las leyes respectivas y a las formalidades prescritas para los cateos.

La correspondencia que bajo cubierta circule por las estafetas estará libre de todo registro, y su violación será penada por la ley.

En tiempo de paz ningún miembro del Ejército podrá alojarse en casa particular contra la voluntad del dueño, ni imponer prestación alguna. En tiempo de guerra los militares podrán exigir alojamiento, bagajes, alimentos y otras prestaciones, en los términos que establezca la ley marcial correspondiente.

Que, agregado a las cuestiones previamente señaladas, nos deriva a que contienen disposiciones de diversa índole, y que complican aplicación, porque se encuentran inmersos aspectos que no son complementarios, sino que cuentan con una independencia que no permiten ubicar, de manera adecuada su regulación y vigencia.

Por si fuera poco, dentro de este título primero, capítulo primero de la Constitución mexicana, encontramos preceptos en donde íntegramente no contiene derecho alguno, como lo es el previsto en el artículo 26, en donde es posible encontrar, aspectos que derivan de la rectoría económica del Estado, así como del Sistema Nacional de Estadística y Geografía y del Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social, cuyo contenido, nada tiene que ver con las libertades que debemos tener en esta nación.

Pero si esto no es suficiente, fuera del texto del capítulo primero, encontramos libertades reconocidas en otros preceptos constitucionales, como lo son las encontradas en los artículos 35, respecto a los derechos políticos, o los derechos laborales previstos en el artículo 123 de nuestra Carta Magna.

II. LA REGULACIÓN DE LAS LIBERTADES, LOS MODELOS A CONSIDERAR

En la tradición constitucional, las naciones han implementado dos modelos en el reconocimiento de las libertades. El primero de estos, deriva de la regulación general de las libertades, en las cuales, basta solo con señalar dentro del texto de alguno de los preceptos regulados en títulos y capítulos el contenido de los preceptos que corresponderían con el apartado de la constitución que se está regulando.

Así, encontramos naciones como Italia, Francia y México, por citar algunas de ellas, que incorporan en el contenido del texto de su constitución, aspectos relacionados con las libertades, los princi-

pios constitucionales o la organización del Estado, basados sólo en la esquematización por títulos y capítulos.

El otro modelo, utilizado por naciones como Alemania y España, han incorporado en el contenido del texto constitucional, además de la organización por títulos y capítulos, una esquematización que permite identificar, en cada precepto, una identificación de cada uno de los contenidos que complementaran la figura prevista para cada apartado de sus constituciones, de tal forma que, en la aplicación al caso concreto del derecho reconocido o del principio invocado, es posible identificar desde el contenido esencial y hasta las condiciones adecuadas para la valoración en la aplicación del principio de proporcionalidad propuesto por Alexy.

El primero de los modelos permite la identificación de los aspectos generales que se pretenderán regular, sin embargo, en la precisión de los contenidos en ocasiones nos encontraremos con aspectos que no tienen relación con el título o el capítulo de referencia, o que inclusive, no deberían formar parte del texto constitucional, porque bien pudiera dejarse para su inclusión en la legislación ordinaria.

El segundo de los modelos, además de permitir la identificación de los aspectos generales previstos en los títulos y capítulos, propiciará también que se puedan ubicar con mayor facilidad los aspectos esenciales y necesarios para entender la figura prevista con mayor detenimiento y conocimiento, haciendo inclusive más sencilla su identificación al momento de resolver el caso concreto, en caso de así requerirse.

III. LA DELIMITACIÓN DE LIBERTADES, CONTENIDO ESENCIAL Y PROPORCIONALIDAD

Entender la complejidad de la relación que existe en el texto constitucional de los principios y derechos, no es una tarea sencilla, debi-

do a que, de manera constante, encontraremos escenarios en donde, colisionarán inevitablemente dichos derechos o principios. Así, veremos que de manera constante nos encontraremos en situaciones en donde la solución al caso concreto no es simple, sino que por el contrario, determinar, que es lo que debe prevalecer, será una tarea compleja, y para ello, es necesario utilizar el contenido esencial y el principio de proporcionalidad (Moran, *et al*: 2014).

El principio de proporcionalidad, en la doctrina, también conocido como postulado de proporcionalidad o como principio de prohibición de exceso (Nogueira: 2011, p. 120), cuenta con dos teorías en su aplicación, la teoría relativa y la absoluta. En lo que respecta a la teoría relativa, es relevante desde el momento en que pueda adoptar el contenido esencial de los derechos humanos, en el Criterio emitido por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis aislada número P. XII/2011, de rubro “CONFLICTOS QUE INVOLUCRAN DERECHOS FUNDAMENTALES. SU RESOLUCIÓN JURÍDICA”, correspondiente a la 9a. Época; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXXIV, agosto de 2011, p. 23, en la cual, reconoce que los derechos fundamentales no son ilimitados, y en consecuencia, se pueden afectar, en la medida misma que no afecte o vulnere el núcleo esencial (Häberle: 2003) o contenido mínimo del derecho fundamental, y con ello, evitar el *vaciamiento* o la *desconstitucionalización* (Silva: 2012, p.15 y ss) del derecho.

Por su parte, la teoría absoluta, su concepción es más amplia, debido a que, procura conocer el contenido esencial del derecho fundamental no sólo para el caso concreto, sino “de una vez para todas” las ocasiones necesarias, de tal forma que, identifica el núcleo o la *esfera de lo indecible* (Ferrajoli: 2011, p. 321) por parte de cualquier autoridad, ante cualquier posibilidad, y se puedan determinar los elementos que no están disponibles para el juzgador en ningún caso.

En la resolución de casos difíciles, el principio de proporcionalidad se ha constituido en la herramienta argumentativa más im-

portante para resolver los conflictos de colisiones entre dos o más derechos o principios constitucionales, utilizando diversas técnicas argumentativas. Dentro de las cuales, se destacan: el principio de proporcionalidad, el de ponderación, la razonabilidad, la maximización de los efectos normativos de los derechos fundamentales, también el efecto irradiación, así como la proyección horizontal de los derechos (*drittwirkung*), el principio *pro persona*, por citar algunos (Carbonell: 2012 p. XII).

En particular, el principio de proporcionalidad es importante, al grado tal, que destacados juristas han propuesto diversas teorías que pretenden, en mayor medida, dotar de racionalidad las resoluciones jurisdiccionales, con el objetivo de alcanzar, una mayor transparencia en los argumentos que permitan decidir los casos difíciles, al momento de pronunciarse sobre el sentido y valor que deberán tener los preceptos constitucionales al resolver el caso concreto, y brindando así, una mayor transparencia en el ejercicio de la jurisdicción constitucional (Zagrebelsky: 2008, pp. 109-130) (Dworkin, Ronald: 2009, pp. 146 y ss) (Bernal) (Prieto: 2005, pp. 123-158) (Clericó: 2008, pp. 125-174).

Al respecto, Carbonell menciona que:

... se trata de una técnica de interpretación cuyo objetivo es tutelarlos (los derechos) de mejor manera, expandiendo tanto como sea posible su ámbito de protección, pero haciendo que todos los derechos sean compatibles entre ellos, en la medida en que sea posible. De hecho, el principio de proporcionalidad constituye hoy en día quizá el más conocido y el más recurrente “límite de los límites” a los derechos fundamentales y en esa medida supone una barrera frente a intrusiones indebidas en el ámbito de los propios derechos. (Carbonell: 2008, p. 8)

Hecho lo anterior, regresamos al análisis del artículo primero, en el cual nos referimos al párrafo segundo, que contiene el principio *pro persone*, que pretende garantizar, cuando la constitución y un tratado regulen una libertad, garantizar la protección más amplia de ese derecho, vemos que, esta disposición se confronta abiertamente con el párrafo primero última parte del mismo artículo primero, ya que el citado párrafo consagra el principio de interpretación conforme a la constitución, e impone la obligación de hacer valer las limitaciones establecidas en el texto constitucional.

Este escenario propició, que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, emitiera la jurisprudencia por contradicción de tesis 293/2011, de los antecedentes de los criterios que propiciaron la presente jurisprudencia por contradicción de tesis 293/2011, encontramos que el 24 de junio de 2011 en la Oficina de Certificación Judicial y Correspondencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante SCJN), se denunció la posible contradicción de tesis entre los criterios sostenidos por el Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito y por el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Que se registró bajo el número 293/2011, el Presidente del Alto Tribunal ordenó el envío del asunto a la Primera Sala de la SCJN, bajo la Ponencia del Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea para la elaboración del proyecto de resolución correspondiente. En virtud de la trascendencia del tema que se analizaba, la Primera Sala de la SCJN determinó enviar el asunto al Tribunal Pleno, para su discusión y resolución.

En dos aspectos, aunque el relevante para el presente punto corresponde a la **Posición jerárquica de los tratados internacionales en materia de derechos humanos frente a la Constitución**. Al establecer que *de la interpretación literal, sistemática y originalista del contenido de las reformas constitucionales de 6 y 10 de junio de 2011, se desprende que las normas de derechos humanos, indepen-*

*dientemente de su fuente, no se relacionan en términos jerárquicos, sin embargo, cuando la Constitución establezca una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional. En este sentido, **los derechos humanos, con independencia de su fuente, constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, conforme al cual debe analizarse la validez de todas las normas y actos de autoridad que forman parte del ordenamiento jurídico mexicano.***

Este tipo de conflictos, es decir, cuando existe colisión de derechos o principios que se ubican jerárquicamente al mismo nivel, han encontrado en la doctrina una solución adecuada, utilizando en un primer término la identificación del contenido esencial de los derechos en conflicto utilizado por el Tribunal Constitucional Alemán y expuestos adecuadamente por Haberle, mismos que se complementan al utilizar el principio de proporcionalidad propuesto por Robert Alexy en la solución de los mismos. Pero hacerlo en los términos adoptados en la tesis 293/2011 por el máximo tribunal de esta nación, es decir, por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, creo que ha sido precipitado, debido a que, el ejercicio exigía una mayor complejidad en su análisis, en la identificación de los elementos en juego, en las razones que deberían utilizarse para hacer valer un principio sobre el otro, pero creo que tanto los elementos que emitieron los tribunales que propiciaron la contradicción de tesis, no eran sobre casos similares, sino que se trataban de asuntos de diferente índole, y en la solución de los mismos, aún de manera diversa, bien pudieron seguir rumbos diferentes, sin que necesariamente se contradijeran.

ALGUNAS CONSIDERACIONES

Como hemos visto, el esquema previsto en el texto constitucional para la regulación de las libertades, cumple con el mínimo que re-

quiere una nación en el reconocimiento de los derechos humanos que tiene toda persona, por el simple hecho de ser persona.

Sin embargo, dicho esquema, no siempre logra delimitar el sentido y alcance que tiene consigo cada libertad, debido a que, de manera natural, al no estar previsto una organización dentro del contenido de cada precepto que contiene el reconocimiento de los derechos humanos, también se mezclan aspectos que tienen que ver con el funcionamiento de las instituciones del Estado, o inclusive, con otros derechos, pudiendo provocar una falta de precisión en la identificación de aquellos aspectos que son esenciales a las libertades que se han reconocido.

En otras naciones, existe una esquematización más precisa dentro de cada precepto que integra el texto constitucional, de tal forma que, es posible, identificar plenamente el contenido de cada libertad, y con ello, es posible que, en la solución del caso concreto, se puedan utilizar todas las herramientas necesarias para su adecuado cumplimiento.

La esquematización de las libertades, permite utilizar, a través del principio de proporcionalidad y el contenido esencial de los derechos y principios, de aquellos elementos que permitirán identificar de manera adecuada, todas las condiciones previstas para entender y comprender el sentido y alcance de las libertades en juego, máxime cuando dentro de las mismas, por la naturaleza de los asuntos, colisionan.

Bien sea con la propuesta de reescribir la Constitución, realizar una reforma integral a la misma, e inclusive, valorando la creación de una nueva constitución, lo cierto es que, en el reconocimiento de las libertades, se requiere que se implemente un modelo que permita identificar en el contenido del texto, aquellos aspectos que son inherentes a las libertades que tenemos en esta nación, y la necesidad de esquematizar el contenido de los derechos, debe ser tomada

como una apremiante necesidad en el reconocimiento de las libertades en nuestra constitución.

FUENTES

- Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 1993.
- Caballero Ochoa, José Luis “La cláusula de interpretación conforme y el principio *pro persone* (artículo 1º segundo párrafo de la Constitución”, en *La reforma Constitucional en Derechos Humanos: un nuevo paradigma*, Coord. por Miguel Carbonell y Pedro Salazar, ed. IIJ-UNAM, México 2011, p.103 y ss.
- Caballero Ochoa, José Luis, *La incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en España y México*, Porrúa, México, 2009, pp. 62 y ss.
- Carbonell, Miguel, “Las obligaciones del Estado en el artículo 1º de la Constitución Mexicana”, en la obra *La reforma Constitucional en Derechos Humanos: un nuevo paradigma*, Coordinada por Miguel Carbonell y Pedro Salazar, ed. IIJ-UNAM, México 2011, p. 63 y ss.
- Carbonell, Miguel, (coord.), *Argumentación Jurídica. El juicio de ponderación y el principio de proporcionalidad*, México, Porrúa-UNAM, 2ª edición, 2012, p. XII.
- Carbonell, Miguel, “Nuevas formas de proteger los Derechos Fundamentales”, en Carbonell, Miguel (Coord.), *El principio de proporcionalidad y la protección y la interpretación constitucional*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Ecuador, Quito, 2008, p. 8.
- Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, Cuarta Edición, Ed. UNAM-CNDH, México, 2011.
- Carpizo Jorge, *Los Derechos Humanos: naturaleza, denominación y características*, en *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, número 25 julio-diciembre 2011, p. 4 y ss.
- Clericó, Laura, “El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto”, en Carbonell, Miguel (ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*,

- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Ecuador, Quito, 2008, pp. 125-174. Entre otros.
- Constitución de la República Francesa de 1958, actualizada marzo 2016.
- Constitución de la República Italiana de 1947, actualizada marzo 2016.
- Constitución española de 1978, actualizada marzo 2016.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, actualizada marzo 2016.
- Criterio emitido por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis aislada número P. XII/2011, de rubro “CONFLICTOS QUE INVOLUCRAN DERECHOS FUNDAMENTALES. SU RESOLUCIÓN JURÍDICA”, correspondiente a la 9a. Época; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXXIV, agosto de 2011, p. 23.
- Da Silva, Firgilio Alfonso, “La interpretación conforme a la Constitución. Entre la trivialidad y la centralización judicial”, en *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, no. 12,
- Dworkin, Ronald, *Los Derechos en serio*, editorial Ariel, Barcelona, 1984;
- Ferrajoli, Luigi, “El constitucionalismo garantista. Entre Paleo-iuspositivismo y Neo-iusnaturalismo”, en *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 34, 2011, ISSN: 0214-8676, pp. 321, disponible en: <http://es.scribd.com/doc/93126554/Ferrajoli-DOXA34-Respuesta>
- Ferrajoli, Luigi, *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*, editorial Trotta, Madrid, 2001;
- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad*, en *La reforma Constitucional en Derechos Humanos: un nuevo paradigma*, Coordinada por Miguel Carbonell y Pedro Salazar, ed. IJ-UNAM, México 2011, p. 358 y ss.
- Häberle, Peter, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Brage, Joaquín (trad.), Madrid, Dykinson, 2003.
- Jurisprudencia por contradicción de tesis 293/2011, encontramos que el 24 de junio de 2011 en la Oficina de Certificación Judicial y Correspondencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante SCJN), se denunció la posible contradicción de tesis entre los criterios sostenidos por el Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa

y de Trabajo del Décimo Primer Circuito y por el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito.

Ley Fundamental de Bonn de 1949, actualizada marzo 2016

Morán Navarro, Sergio y Bahena, Alma, “Una perspectiva del principio de proporcionalidad en México”, en *Derecho, Sociedad y Justicia, Una visión plural*, coordinado por Pedro Antonio Enríquez López e Irina Graciela Cervantes Bravo, publicado por el Poder Judicial del Estado de Nayarit, 2014.

Morán Navarro, Sergio y Lomelí, Humberto, “La ampliación de los derechos protectores, la nueva realidad del Estado mexicano a raíz de la reforma constitucional de 10 de junio de 2011, en *Contribuciones al Derecho Constitucional* Serna de la Garza, José María (Coord.), ed. IIJ-UNAM, México, 2015.

Nogueira Alcalá, Humberto, (2011) “El uso del postulado de proporcionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre libertad de expresión”, en *Estudios Constitucionales*, Chile, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Año 9, N° 1.

Prieto Sanchís, Luis, (2005) “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, 2ª edición, Madrid.

Silva García, Fernando, (2012) *Deber de ponderación y principio de proporcionalidad*, México, Porrúa.

Zagrebelsky, Gustavo, (2008) *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 8ª ed.

El débil constitucionalismo mexicano

José de Jesús Chávez Cervantes

Candidato a Doctor en Estudios Avanzados en Derechos Humanos. Universidad Carlos III de Madrid.

RESUMEN: Uno de los ideales del constitucionalismo y por el que se ha luchado durante varios siglos es, efectivamente, el cómo se puede limitar al poder. En este sentido, la deuda que tiene el constitucionalismo mexicano se hace evidente cuando se examina uno de los requisitos indispensables para defender y proteger la Constitución y su contenido, nos referimos al principio de rigidez constitucional.

Palabras clave: Constitución, rigidez, constitucionalismo y reforma constitucional.

ABSTRACT: One of the ideals of constitutionalism and for which it has been fought for several centuries is, indeed, how to limit power. In this sense, the debt of Mexican constitutionalism becomes evident when one of the essential requirements to defend and protect the Constitution and its content, we mean to the principle of constitutional rigidity.

Keywords: Constitution, rigidity, constitutionalism and constitutional reform.

SUMARIO: I. Introducción • II. El constitucionalismo moderno • Significado y fin • III. Rasgos del constitucionalismo moderno • IV. El débil constitucionalismo mexicano • Conclusiones • Fuentes

Recibido: 09 de junio de 2017. Aprobado: 25 de junio de 2017.

INTRODUCCIÓN

El presente artículo, tiene como principal objetivo vislumbrar la poca fortaleza constitucional de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante, CPEUM) es decir, demostrar que no cumple con el propósito rector que el constitucionalismo demanda que es, limitar al poder.

Para lo anterior, se hará necesario revisar brevemente lo que se entiende por constitucionalismo, pero sobre todo, destacar los fines de la doctrina, que en este caso, es la de limitar al poder a través de mecanismos jurídicos que podrían ser también los derechos. Al respecto, veremos que existen distintas doctrinas que distan de ser homogéneas. Sin embargo, constataremos que de forma genérica, uno de los ideales de las distintas corrientes doctrinales es, efectivamente, la búsqueda de herramientas del derecho para limitar al poder y hacer que éste, respete y procure los derechos.

Una cuestión importante que nos guiará en el presente trabajo, tiene que ver, con el cómo podemos identificar constitucionalismos fuertes o débiles. En el caso que nos ocupa, será pues necesario analizar las características o rasgos de un constitucionalismo denominado fuerte como de uno de intensidad débil. Lo anterior, nos permitirá encuadrar al constitucionalismo mexicano más bien como uno de intensidad débil tal como lo verificaremos en el presente estudio. Por último, mencionar en este breve apartado que uno de los principales arietes de batalla del constitucionalismo para limitar al poder, es precisamente el principio de rigidez constitucional. Principio, que veremos con total desagrado que en el constitucionalismo mexicano, goza de poca efectividad ya que en nuestro máximo Ordenamiento jurídico a lo largo de su centenario de vida, ha sido más bien un documento a merced del poder y no ha podido fungir como una Constitución que limite al poder, tal como lo exige la doctrina del constitucionalismo.

I. EL CONSTITUCIONALISMO MODERNO: SIGNIFICADO Y FIN

Es importante mencionar desde un inicio que el constitucionalismo pertenece por completo al mundo moderno; sin embargo, las estrategias que ha adoptado para limitar al poder, se remontan a épocas anteriores, ya sea de origen antiguo o medieval. Pero no es hasta en el mundo moderno, donde el constitucionalismo se consolida. (Fioravanti, 2011, p. 19, Barberis, 2008, pp. 125 -135, entre otros) Ahora bien, el concepto de constitucionalismo, goza como la mayoría de los términos filosófico-político-jurídicos, una serie de desacuerdos con respecto a su significado, dificultando así, el nivel de análisis por las distintas versiones a las que nos podemos enfrentar. Aunque, se puede partir de forma genérica que el constitucionalismo es una doctrina que estudia la limitación del poder por medio de mecanismos jurídicos con el propósito de garantizar un catálogo de derechos fundamentales. (Pozzolo, 2001, pp. 27-28) Al menos de entrada se puede decir que el constitucionalismo es una doctrina tendiente al estudio de los límites al poder. Al respecto, Carlos Santiago Nino (1997, p. 15) señala que: “en términos generales, todo el mundo estaría de acuerdo en que constitucionalismo significa algo así como gobierno limitado”. Posición similar la encontramos en Rolando y Tamayo, (2006, p. 63) al mencionar que desde los orígenes del constitucionalismo, se ha entendido como un vehículo que permite principalmente ser un límite al poder. “Voy a caracterizar al constitucionalismo como los intentos por establecer o señalar límites jurídicos a los gobernantes o detentadores del poder en una comunidad política. Encuentro que el constitucionalismo tiene una característica esencial: es una limitación jurídica al gobierno. El constitucionalismo se propone, así, sustituir el gobierno arbitrario y despótico por un gobierno “del derecho”.

Son entonces, tanto las estrategias jurídicas como las consecuencias que derivan, las que no permiten homogeneidad en las distintas

doctrinas acerca de lo qué es el constitucionalismo. Sin embargo, se puede partir considerando que las herramientas del derecho que utilizan las múltiples versiones del constitucionalismo, nos permiten un punto de acuerdo, que es precisamente, la búsqueda del cómo se puede limitar al poder.

Pues bien, el constitucionalismo se apoya de mecanismos e instituciones del Derecho para atar las manos al poder. Es pues el Derecho, quien mantiene limitado al poder. Es oportuno recordar la relación poco amistosa entre el Derecho y el poder. Al respecto, Norberto Bobbio sostiene que el “poder sin Derecho es ciego, pero el Derecho sin poder es vacuo”, asimismo, el autor italiano señala que tanto el poder y el Derecho, “son cara y cruz de la misma moneda” engrandeciendo la interdependencia que existen entre ambos elementos. Al contrario, existe la posibilidad de que la relación se encuentre condicionada desde la óptica del poder así como desde las coordenadas del Derecho. Por ejemplo, desde una visión Kelseniana, el Derecho será siempre primero que el poder, constituyendo así, un planteamiento reduccionista del Estado al Ordenamiento jurídico. Por otra parte, es posible posicionar primero el poder y después el Derecho, aquí puede situarse el pensamiento Schmittiano donde el Derecho es fruto del decisionismo del poder. (Bobbio, 1990 pp. 356 – 357) ¹

Abundando aún más lo anterior, es por demás relevante la clasificación propuesta por Peces-Barba quien plantea cinco modelos de relación entre el Derecho y el poder, a saber: supremacía del poder sobre el Derecho; supremacía del Derecho sobre el poder; identificación entre poder y Derecho con negación, a veces, de uno de los dos; separación entre Derecho y poder; y relación de coordinación

1. El autor señala que, en el ámbito de la Teoría General del Derecho donde se desenvuelve el poder es en la producción y aplicación de normas, de ahí la afirmación de que el Derecho y el poder son cara y cruz de la misma moneda.

o integración entre Derecho y poder. Pasemos a revisar brevemente cada uno de ellos.

Con respecto al primer modelo en el que existe supremacía del poder sobre el Derecho, es claro que el poder tiene siempre tanto la primera como la última palabra. La posición de supremacía o superioridad del poder con respecto al Derecho, nos acerca a la teoría expuesta por el decisionismo Schmittiano, donde no existe una posición intermedia que ayude al poder a fungir como mediador entre una determinada ética y el Derecho. Por lo anterior, “el poder es autor de todo el Derecho positivo, por su decisión voluntaria y también de lo que quiere denominar derechos fundamentales”. (Bobbio, 1990 p. 323-325, Ansuátegui, 1997 p. 45)

El segundo modelo es la antítesis del anterior, pues la relación entre poder y Derecho es aquella donde el Derecho se impone al poder. La esencia del presente modelo lleva consigo concepciones y postulados de tintes iunaturalistas, ya que el poder, se encuentra condicionado por la existencia de un Derecho natural que es previo al poder. (Bobbio, 1990, pp. 323-325).

El tercer modelo es denominado como la *identificación entre poder y Derecho*. En palabras Peces-Barba, nos encontramos frente a “una forma extrema” de los dos modelos anteriores. En este caso, la supremacía del poder sobre el Derecho, lleva a este último a ser exclusivamente un simple instrumento del poder. Por otra parte, la supremacía del Derecho sobre el poder nos coloca en la teoría pura kelseniana donde el Estado se identifica con el Derecho positivo, no existiendo la posibilidad de identificarse con algún tipo de poder, más allá de la propia juridificación de las normas mediante un poder creado por el propio Derecho.

El cuarto modelo, tiene que ver con la separación del Derecho y el poder; es decir, se parte de la hipótesis en la que ambos conceptos se desarrollan de manera individual y por separado, sin que el desenvolvimiento de algunos de ellos, se haga necesaria la des-

aparición del otro. En otras palabras, el Derecho se propicia en el ámbito de la vida social y no de la promoción del poder. En efecto, “el poder es un poder desjuridificado, y el Derecho surge a través de mecanismos ajenos por completo a la intervención del Poder.” (Ansuátegui, 1997 p.46).

Finalmente, el quinto modelo es denominado como de *coordinación o de integración entre Derecho y poder*. En este caso, ambos elementos se relacionan e incluso se considera imprescindible su comunicación. En palabras del propio Peces-Barba: “se puede decir que el Derecho no se puede entender sin el poder, y que el poder se configura, cristaliza y se racionaliza o se frente y se limita por medio del Derecho. Esta idea de la relación supone un poder institucionalizado, es decir abierto a valores, que pretende su eficacia a través del Derecho, y que en ese sentido es “hecho fundante básico” del sistema jurídico, y causa última de su validez y de su eficacia”. (Peces-Barba, *et al*, 1999, p 327).

Es evidente que la relación entre el Derecho y el poder, es poco menos que amistosa y clara. No obstante, nos interesa destacar que, a través de mecanismos del Derecho, desde las filas del constitucionalismo se estudia y se debate el cómo se puede atar las manos al poder. En este caso, lo que efectivamente es trascendental es limitar al poder. El cómo y las consecuencias de los mecanismos utilizados, serán pues los puntos de quiebra entre las distintas corrientes y pensamientos.

Ahora bien, el poder que pretendemos limitar en todo caso, no tiene que ver con aquel que se presenta de manera genérica tal como lo expone Max Weber, (2002) como: “la probabilidad de imponer la propia voluntad dentro de una relación social, aun contra toda resistencia y cualquiera que sea el fundamento de esa probabilidad”. El tipo de poder que aquí subrayamos, es aquel que se le denomina

político, el cual es ostentado por el Estado moderno.² (Peces- Barba, *et al*, 1999, p. 334) Lo anterior, no quiere decir que no existan otros tipos de poderes que afecten al sometimiento del Derecho; es decir, es evidente que existen otros muchos factores que alteran de manera importante la vida en sociedad y que sitúan al Estado de Derecho en crisis.³ (Ferrajoli, 2011 A).

Siguiendo con nuestro análisis, Nino (2002) distingue al menos dos sentidos de constitucionalismo: uno en sentido mínimo y otro en sentido pleno. Por el primero, el autor refiere que un Estado debe contar con una Constitución en la cúspide de su sistema normativo; y en sentido pleno, demanda que no será suficiente la existencia de normas que organicen el poder, sino que también, es indispensable que se contemplen exigencias jurídicas concernientes al procedimiento y contenido de las leyes que regulan la vida en sociedad. Observamos que el autor en ambos sentidos, hace alusión a un documento llamado Constitución, el cual reúne ciertos parámetros o características con el fin de limitar al poder. (p. 2) Por otro lado, es importante dejar claro que, tanto Constitución y constitucionalismo no son sinónimos, pues dependerá del contenido y función que contemple el Ordenamiento jurídico. Por tanto, la Constitución deberá reunir un test de requisitos conforme a los ideales del propio constitucionalismo, de lo contrario, una Constitución solamente podría ser un conjunto de reglas que proporcionan identidad a un Ordenamiento jurídico. Así, la Constitución por la que pugna el constitucionalismo, se identifica con el ideal de limitar el poder po-

-
2. El autor hace referencia que si estuviéramos hablando de otro tipo de poder superior no estaríamos refiriéndonos de algún presupuesto del mundo moderno ya que en la actualidad, la forma más completa del poder político es el Estado. EL propio Peces-Barba lo define como: “Esa posibilidad de imponer la propia voluntad que reúne una serie de rasgos que lo concretan a la vida del hombre en sociedad, en relación con los temas que afectan directamente al interés individual, con una pretensión de estabilidad y permanencia y sin que exista competencia de ningún otro poder”.
 3. Estamos pensando en aquellos poderes que Ferrajoli ha denominado como salvajes.

lítico y la protección de los derechos fundamentales. (Salazar, 2013, p. 72).

Lo anterior empata con la idea moderna de Estado de derecho. Como nos ha enseñado el profesor Elías Díaz, (2001) no todo Estado es Estado de derecho; en consecuencia, el Estado de derecho será únicamente aquel que está sometido al Derecho (p. 31). Pero no de cualquier Derecho, sino de uno cuya finalidad sea limitar el poder y respetar los derechos fundamentales.

Efectivamente, “la garantía de los derechos fundamentales es la finalidad última del constitucionalismo”. (Salazar, 2013, p. 91) Lo anterior se puede traducir asimismo como “gobierno limitado”, (Nino, 1997, p. 15) que a través de una serie de mecanismos dentro de los que se encuentran los derechos fundamentales, se pretende atar las manos al poder. Al respecto, no es ocioso recordar el célebre artículo 16° de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 que reza así: “Toda sociedad en la cual no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución”. Sin embargo, no existe solamente una forma de limitar al poder y en consecuencia la protección de los derechos. Partiendo entonces de lo anterior, se pueden identificar distintas versiones de constitucionalismos que podrían denominarse fuertes o débiles, dependiendo de los mecanismos de protección constitucional que confiera cada ordenamiento jurídico; es decir, cada Constitución prevé de forma distinta límites al poder, por lo tanto, hablamos de múltiples tipos de Constitución.

Siguiendo a Paolo Comanducci, (1997) es posible hablar de dos versiones de constitucionalismo. En un sentido débil, se coincide la ideología de limitar al poder, sin contemplar una fuerte defensa a favor de los derechos. Por otro lado, una versión fuerte del constitucionalismo será aquella que, además de compartir el ideal de limitar al poder, acompaña la idea de asegurar los derechos y las

libertades frente al Estado.⁴ Se puede advertir que en ambos casos la existencia de una Constitución es un elemento fundamental, sin embargo, el contraste será más visible a la hora de identificar lo que se entienda por Constitución.

Dicho lo anterior, nos abrimos paso al siguiente epígrafe del presente artículo, cuyo propósito será analizar las principales características del constitucionalismo. Es de resaltar desde un inicio, que, tanto el control de constitucionalidad como la rigidez constitucional, son mecanismos jurídicos innegociables en aras de limitar al poder.

II. RASGOS DEL CONSTITUCIONALISMO MODERNO

En aras de limitar al poder, existen múltiples mecanismos con los que pretende atarlo. Es evidente, que la Constitución es la auténtica protagonista que funge como el principal mecanismo de defensa en contra del poder. Sin embargo, será su contenido, el que permita atar de una u otra forma quienes controlan el poder. A partir de aquí, en relación al contenido de la Constitución, el constitucionalismo se identifica en distintos niveles de debilidad o fortaleza para hacer frente al poder. Al respecto, es interesante el catálogo de hasta ocho características que propone Carlos Nino (1997) con respecto al constitucionalismo, partiendo de la idea genérica de la doctrina como “gobierno limitado”. Entonces, el constitucionalismo se vincula con: 1) la teoría del *rule of law*, lo que implica la preservación de algunas reglas jurídicas fundamentales que limitan al poder; 2) un concepto más robusto al anterior, responde, cuando el gobierno se encuentra limitado por las normas jurídicas de la

4. Comanducci, Paolo: “The origins of Italian Constitutionalism”, documento presentado en el encuentro The Constitution of the United States: American and Europa Perspectives, en la Universidad de Virginia, Charlottesville, noviembre de 1987. (Salazar, 2007, p. 91)

Constitución sea cual fuere el contenido de las mismas, aun, cuando éstas no se encuentren materializadas, además, la Constitución será norma suprema, garantizada por un procedimiento específico de reforma más complejo con respecto a la legislación ordinaria. Rigidez constitucional; 3) el concepto se robustece aún más, cuando se agregan restricciones formales que la propia Constitución suprema impone a las demás leyes, por ejemplo, que sean generales, precisas, no retroactivas, públicas, estables e imparciales; 4) cuando se contempla, un sistema que garantice la separación de poderes y la independencia del órgano judicial de los demás poderes; 5) el reconocimiento de derechos en la Constitución, se convierte en una dimensión fundamental, pero sobre todo, el que deban ser respetados por los poderes del Estado; 6) la figura jurídica del control judicial de constitucionalidad, tiene una importante tarea, ya que tiene el fin de hacer respetar los derechos, así como, el poder de anular la legislación que los pueda vulnerar y por tanto, violentar la Constitución; 7) el concepto de constitucionalismo se ve reforzado, cuando el principio democrático juzga la creación de algunas instituciones de gobierno y, por último; 8) el tipo de constitucionalismo dependerá del modelo particular de democracia, mismo que evaluará los mecanismos de participación y representación con respecto a la elección de las instituciones jurídicas, de ahí, la representación en un cuerpo legislativo colectivo elegido popularmente etc. (pp. 16-17). El mayor o menor número de características aquí mencionadas, determinará la intensidad del tipo constitucionalismo, y con ello, distinguir entre constitucionalismos más fuertes o débiles según la presencia de criterios aquí citados.

Evidentemente, la Constitución que contemple el mayor número de características será la versión más fuerte del constitucionalismo, caso contrario, nos encontraríamos con uno en sentido débil. Lo anterior, tiene mucha lógica, al no existir un solo tipo de Constitución, (pues ésta varía en su contenido) no podemos hablar de

una sola versión de constitucionalismo. Además, el contenido de la Constitución se encuentra estrechamente vinculado por la función que se pretende que lleve a cabo. Por ejemplo, una versión débil puede referirse solamente al proyecto de limitar al poder existente, sin una férrea defensa a los derechos. La versión fuerte, se relaciona con una Constitución que contempla la mayor parte de las características que alude Nino, no sólo con el propósito de limitar al poder, sino con la importante tarea de proteger los derechos.

Dicho lo anterior, en la medida que la Constitución contenga ciertas características en su contenido, serán estas las herramientas que el constitucionalismo tendrá para hacer frente al poder político.⁵ Así pues, de acuerdo al mayor o menor número de instituciones jurídicas plasmadas en la Constitución, se podrá determinar la fortaleza del Ordenamiento y, por tanto, identificar entre constitucionalismos débiles o fuertes.

Posición similar la encontramos en Riccardo Guastini (2013), en lo que ha denominado como la constitucionalización del Ordenamiento jurídico, siendo este un proceso de transformación de un determinado ordenamiento, el cual, resulta totalmente “impregnado” por las normas constitucionales. Así, un Ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, condicionando tanto a la legislación como la jurisprudencia. No obstante, el proceso de constitucionalización atiene a ciertas condiciones que permitirán identificar constituciones completamente impregnadas por las normas constitucionales. Sin

5. Es por demás relevante la afirmación de Ansuátegui Roig con respecto al constitucionalismo al señalar que: “Si hubiera que resumir el sentido del constitucionalismo en pocas palabras, y si ello fuera posible, creo que se podría caracterizar como un propuesta doctrinal en relación con la limitación del Poder a través del Derecho. Desde esta perspectiva, el constitucionalismo supondría la última etapa de una historia larga en siglos que es en buena medida la de (alguna) filosofía política en su intento de controlar y racionalizar el poder”. (Ansuátegui, 2013, p. 225).

embargo, a falta de algún elemento, el ordenamiento no ostentará el título de verdadero o falso, al contrario, la constitucionalización es una cuestión de grados, en el sentido de que un ordenamiento puede estar más o menos constitucionalizado. Lo anterior depende del número de condiciones y cuáles se encuentren establecidas en el seno del Ordenamiento (pp. 147-148).

Los componentes de la constitucionalización que se refiere Guastini son: 1) Constitución rígida; 2) la garantía jurisdiccional de la Constitución; 3) la fuerza vinculante de la Constitución; 4) la sobreinterpretación de la Constitución; 5) la aplicación directa de las normas constitucionales; 6) la interpretación conforme a las leyes; y, 7) la influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas (Guastini, 2013, pp. 148-149). A continuación, abordaremos brevemente cada uno de ellos.

- 1) Una Constitución rígida:** el presente elemento atiende a dos características: en primer lugar, la Constitución deberá ser escrita; en segundo lugar, el ordenamiento se encontrará protegido frente a la legislación ordinaria, lo que significa que no se podrá derogar, modificar o abrogar sino mediante un procedimiento especial de reforma (agravado) con respecto del procedimiento de reforma para la creación de leyes. Inclusive, el autor italiano va más allá, ya que pone de relieve aquellas constituciones contemporáneas donde existen principios inmutables, los cuales, ni siquiera con el procedimiento de revisión constitucional podrán ser modificados (Guastini, 2013, p. 155). En otras palabras, una Constitución más rígida tiene un efecto de mayor constitucionalización en todo el ordenamiento (Carbonell, 2010, p. 159).
- 2) La garantía jurisdiccional de la Constitución:** la presente característica permite que la rigidez constitucional adquiera una mayor fuerza, es decir, se imponga sobre las leyes. La gran mayoría de las constituciones modernas cuenta con un órgano para resguardar dicha garantía. Los sistemas de control jurisdiccional,

varían de acuerdo a la tradición adoptada en el momento de instaurar la Constitución. Guastini distingue tres grandes modelos: el modelo americano del modelo francés y del modelo continental europeo. (Italia, España, Alemania, etcétera). (Guastini, 2013, pp. 156-157).

3) La fuerza vinculante de la Constitución: la presente condición, tiene como objeto la difusión dentro de la cultura jurídica, “que toda norma constitucional –independientemente de su estructura o de su carácter normativo- es una norma jurídica genuina vinculante y susceptible de producir efectos jurídicos” (Guastini, 2013, p. 158). El proceso de constitucionalización dota de un determinado contenido normativo a todas las instituciones jurídicas del ordenamiento, su fuerza, dependerá mucho de la manera que estén redactados los preceptos, así como de los alcances y análisis teórico-interpretativos que pueda generar el órgano jurisdiccional. Se tiene que tener claro que, “las normas constitucionales son, ante todo y sobre todo, normas jurídicas aplicables y vinculantes, y no simples programas de acción política o catálogos de recomendaciones a los poderes públicos.” (Carbonell, 2010, p. 160).

4) La “sobreinterpretación” de la Constitución: los intérpretes encargados de desempeñar la jurisdicción constitucional, no se deberán limitar a realizar una interpretación literal de la Constitución, sino llevar a cabo una interpretación extensiva. Así, se sobreinterpreta el texto normativo de manera que se sustraen innumerables normas implícitas no expresas, que ayudarán a regular la vida social y política. “Cuando la Constitución es sobreinterpretada no quedan espacios vacíos, o sea, libres del derecho constitucional: toda decisión legislativa está prerregulada (quizás aún, minuciosamente regulada) por una o por otra norma constitucional. No existe ley que pueda escapar al control de legitimidad constitucional” (Guastini, 2013, pp. 159-160). El impacto

que genera la sobreinterpretación, no sólo recae en los poderes públicos y su relación con la sociedad, sino también entre particulares por medio del derecho privado, mismo que es condicionado por los mandatos constitucionales que establecen derechos fundamentales.

- 5) **Aplicación directa de las normas constitucionales:** esta quinta condición depende de dos elementos, por un lado, de la difusión académica en el seno de la cultura jurídica y, por la actitud de los jueces con respecto a la aplicación directa de la Constitución. Una de las características del constitucionalismo moderno, tiende a defender que una de las funciones de la Constitución es moldear las relaciones sociales, concibiendo en todo momento que la Constitución es el límite de la ley. (Guastini, 2013, p. 161).
- 6) **La interpretación conforme a las leyes:** esta característica, tiene que ver con la interpretación de la ley y no de la Constitución. “la interpretación conforme es aquélla que adecua, armoniza la ley con la Constitución (previamente interpretada, se entiende), eligiendo –frente a una doble posibilidad interpretativa– el significado (o sea, la norma) que evite toda contradicción entre la ley y la Constitución.” (Guastini, 2013, p. 162). El efecto que se produce al llevar a cabo una interpretación de tales características, servirá para evitar que la ley contradiga la propia Constitución y, por ende, declararla inconstitucional. La interpretación conforme se convierte así, en una característica importante de la constitucionalización para acentuar el lugar privilegiado que tiene la Constitución en el ordenamiento jurídico.
- 7) **La influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas:** la última de las condiciones de constitucionalización del ordenamiento jurídico, depende de una pluralidad de elementos clasificados en tres dimensiones: a) la Constitución deberá prever la solución de conflictos de naturaleza política entre los distintos órganos del Estado. En algunos casos, éstos se podrán

resolver si el ordenamiento prevé que un órgano jurisdiccional resuelva dichas controversias haciendo uso de los mandatos constitucionales; b) que los órganos judiciales que posean la facultad de juzgar la legitimidad constitucional de las leyes, (justicia constitucional) adopten una postura de *self-restraint* frente a las *political questions*; c) las normas constitucionales sean usadas en la argumentación política por los actores políticos, y que éstas sirvan para justificar decisiones y acciones. (Guastini, 2013 A, pp. 163-164).

Por último, Guastini señala que tanto la rigidez constitucional y la garantía jurisdiccional de la Constitución, son elementos indispensables pues no se podrá concebir la constitucionalización del Ordenamiento jurídico en caso de ausencia de alguno de ellos (Guastini, 2013 B, p. 154). Ahora bien, aunque no sea nuestro tema central, es importante señalar que, tanto la rigidez constitucional y la garantía de la constitución, son mecanismos que encuentran serio conflicto y son una cuenta pendiente del constitucionalismo con respecto al factor contra mayoritario u objeción democrática que lleva adoptar este tipo de medidas en sus versiones más estrictas. En otras palabras, a más Constitución y derechos, menos democracia.

Pues bien, tanto la rigidez constitucional como el control de constitucionalidad son elementos cuya ausencia, sería casi imposible limitar al poder. Ambos elementos son sumamente importantes para el resguardo de la Constitución. En el caso que nos ocupa, veremos con total desagrado que el constitucionalismo mexicano, representa un caso paradigmático con respecto a estos mecanismos de protección constitucional, pues no han podido fungir como arietes de batalla con respecto a los caprichos del poder. Lo anterior, lo comprobaremos en el último apartado del presente estudio; no obstante, es posible adelantar que en México, impera un constitucionalismo de características que brindan una suerte de debilidad. De esa

manera, nos enfocaremos exclusivamente en el presente estudio al principio de rigidez constitucional. Entre las razones que justifican la decisión, tienen que ver con el número tan devastador de reformas que a cien años de ser publicada la CPEUM da pie a cuestionar la eficacia de un principio tan elemental del constitucionalismo en aras de limitar al poder.

Antes de revisar brevemente tanto la rigidez constitucional en el constitucionalismo mexicano, consideramos pertinente llevar a cabo algunas distinciones con respecto a la etiqueta del constitucionalismo, mismas que servirán para ubicar en donde nos encontramos situados a la hora de analizar la rigidez constitucional como un rasgo innegociable del constitucionalismo.

Pues bien, ya se ha comentado brevemente las dificultades que conlleva este estudio, debido, entre otras razones, a las distintas doctrinas que van etiquetando de forma distinta sus respectivas tesis. Al respecto, es por demás esclarecedor el esfuerzo llevado a cabo por Ferrajoli que, con el propósito de no confundir los niveles de análisis y los diversos significados del constitucionalismo, diferencia entre constitucionalismo jurídico –al que llama también *ius-constitucionalismo*, constitucionalismo o segundo positivismo– del constitucionalismo político. Para el primero, se designaría tanto un sistema jurídico y/o una teoría del derecho, en oposición al primer positivismo del estado legislativo de derecho, el cual carece de una Constitución o es dotado de Constituciones flexibles. Este tipo de constitucionalismo será ligado a la experiencia histórica constitucional del siglo XX, pero sobre todo anclado en las constituciones rígidas de la segunda posguerra. Por su parte, el constitucionalismo político, haría alusión a la práctica y concepción de los poderes públicos dirigida a su limitación en garantía de las esferas de libertad. En este caso, se designa la doctrina liberal de los límites al poder, independientemente de las características estructurales de los ordenamientos jurídicos (Ferrajoli, 2014, pp. 26-27, Ferrajoli, 2011 B,

pp. 16-18). Entonces, tanto los límites al poder, como las garantías de libertad reivindicadas, figuran como límites políticos externos al sistema jurídico y no como límites internos al sistema, representando más el carácter ideológico-político de la tradición del Estado liberal. En contraste a esta última noción, el neoconstitucionalismo será la expresión que vendrá en oposición a un constitucionalismo político para referirse a las actuales democracias constitucionales. (Ferrajoli, 2011 B, pp. 18, Ferrajoli, 2003, pp. 13-29).

Por su parte, el constitucionalismo jurídico de Ferrajoli puede llamarse o bien constitucionalismo iusnaturalista o constitucionalismo positivista. Las perspectivas de estas dos versiones serán determinadas según conciban o no, la superación del positivismo jurídico. Por lo tanto, para quienes sostienen una versión antipositivista del constitucionalismo, es de señalar, que no se declaran como iusnaturalistas sino sobre todo post-positivistas o pospositivistas. (Ferrajoli, 2014, pp. 26-27).

En suma, el neoconstitucionalismo y el constitucionalismo al menos se pueden diferenciar que el primero asigna un modelo teórico-jurídico empíricamente referido a los actuales ordenamientos jurídicos, dotados de constituciones rígidas; por su parte, el constitucionalismo no designa ni un sistema jurídico ni tampoco propone alguna teoría del derecho, sino que se enfoca más por ser una doctrina política de la limitación de los poderes públicos para garantizar determinadas esferas de libertad, apostando por ordenamientos de sólidas tradiciones liberales. (Ferrajoli, 2014, p. 24).

Siguiendo lo anterior, podemos considerar que el neoconstitucionalismo en sus distintas versiones, se inclinan por un diseño institucional que es de cuño del constitucionalismo liberal clásico, representado por Locke. Sin detenernos por el momento sobre este punto, es posible identificar al neoconstitucionalismo desde la óptica de la filosofía política. De ahí que, a diferencia del constitucionalismo que se ha quedado únicamente en la dimensión política,

se puede considerar que el neo-constitucionalismo no se diferencia con respecto al constitucionalismo en el ideal político relativo de limitar al poder. Así, es posible afirmar que ambas doctrinas son contingentes al menos desde esta visión.

Al igual que Ferrajoli, Comanducci (2009) propone diferenciar entre tres dicotomías. La primera de ellas, es posible distinguir entre un constitucionalismo amplio y uno restringido. El sentido amplio requiere de la creación de una Constitución sin importar cuáles son sus características pero, sí tener claro el fin a perseguir que es, limitar al poder y prevenir el despotismo; por su parte, el sentido restringido, no sólo se conforma con cualquier tipo de Constitución, sino que exige un ordenamiento con un determinado contenido para limitar al poder. Tanto el sentido amplio, como el restringido, suele denominarse también en sentido débil o fuerte, tal como lo hemos planteado más arriba (pp.76-77).

Por otro lado, la segunda dicotomía se da entre el constitucionalismo de los contrapoderes y el constitucionalismo de las reglas. El primero, se enfoca desde un desarrollo institucional de *checks and balances*, controlar al poder y así garantizar los derechos; por su parte, el constitucionalismo de las reglas pugna por el reconocimiento de una esfera determinada de libertades con el propósito de limitar al poder. Por tanto, este tipo de constitucionalismo, apuesta por una carta de derechos para evitar la intromisión del Estado en la esfera de los derechos. (Comanducci, 2009, p. 77).

Por último, la tercera dicotomía es entre el constitucionalismo reformista y el constitucionalismo revolucionario. El primero requiere al poder existente para llevar a cabo una reforma o pactar una Constitución, en contraste, el revolucionario tiene el propósito de terminar con el poder y así otorgarse una nueva Constitución. (Comanducci, 2009, p. 78).

En suma, las tres dicotomías tienen como finalidad limitar al poder desde distintas propuestas que las hacen incompatibles unas

de otras; sin embargo, también pueden reforzarse para limitar al poder a través de los derechos. Así, la primera dicotomía expuesta va encaminada con el objeto y fin del constitucionalismo que es, limitar al poder; en cambio la segunda dicotomía se enfoca más con los medios para llevar a cabo los fines del constitucionalismo; y, por último, la tercera está orientada por los medios políticos para llevar a cabo sus fines.

Asumiendo los riesgos que conlleva la siguiente afirmación y, sobre todo, con el objeto de clarificar los conceptos, en lo sucesivo del presente estudio cada vez que se haga mención en torno al neoconstitucionalismo, constitucionalismo o constitucionalismo moderno, se hará referencia a un mismo fenómeno jurídico. Ya sea desde la filosofía política o de la teoría del derecho. Además, mencionar que de forma deliberada se ha hablado hasta aquí de neoconstitucionalismo sin aclarar que se está aludiendo a varias doctrinas que distan mucho de ser homogéneas, al contrario, existen distintas versiones de neoconstitucionalismo (s), (Micaela, 2014, p. 229), así como de autores que se desmarcan de las tesis neoconstitucionalistas. Como es el caso del italiano Ferrajoli, con su propuesta de un modelo teórico y político a través del constitucionalismo garantista que defiende.

En efecto, atinadamente se ha dicho que el neoconstitucionalismo representa un auténtico cajón de sastre en las que se adscriben, o son adscritas las distintas versiones y hasta contradictorias tesis del neoconstitucionalismo. (Bernal, 2007, p. 301). Entre sus principales exponentes podemos mencionar a Ronald Dworkin, Carlos Nino, Robert Alexy y Gustavo Zagrebelsky. Ya hemos dicho que la doctrina de Ferrajoli tiene variantes con respecto a las voces del neoconstitucionalismo, sin embargo, bajo este rótulo, podemos añadir la teoría garantista, no olvidando el contraste y los matices respectivos. Además de los doctrinistas de corte Europeo (a excepción de Nino), existe una importante difusión y creación de la doctrina neoconstitucionalista en América Latina. Por señalar algunos de

sus principales exponentes tenemos a Bernal Pulido en Colombia y Miguel Carbonell en México. Así también, no son menos importantes las aportaciones Garzón Valdés y García Figueroa (España). Incluso el valiosísimo aporte del italiano Nicola Matteucci y su crítica al positivismo, donde exponía la incompatibilidad del positivismo clásico y las nuevas teorías constitucionalistas. (Margiotta, 1963).⁶

Ahora bien, es bien sabido que el modelo constitucional ha sufrido modificaciones a partir de la segunda mitad del siglo XX, siendo pues, el objeto de estudio de las distintas doctrinas neoconstitucionalistas, por el cual podemos partir. En cambio, frente al objeto de estudio, será el método lo que distanciaría las tesis constitucionalistas, pues para algunos, será aún útil el positivismo jurídico para entender las actuales constituciones y también, el Estado Constitucional que se forja. Así, a este grupo de doctrinistas García Figueroa los ha denominado como neoconstitucionalistas normativos, que, según el autor, son insuficientemente neoconstitucionalistas o podríamos clasificarlos como neoconstitucionalistas en sentido débil; este tipo de autores (Ferrajoli o Prieto Sanchís) suelen identificarse con ordenamientos jurídicos constitucionalizados, con un fuerte contenido sustantivo y jueces reforzados en su función; en cambio, este grupo de neoconstitucionalistas no admiten que se deba invalidar el positivismo jurídico. Por su parte, el neoconstitucionalismo conceptual es antipositivista (Pozzolo, 2009, pp. 187-188) y cuestiona de algún modo la tesis de la separación de Derecho y moral. Para esta bancada de doctrinistas, la modificación del objeto de estudio sugiere también transformar el método; por tanto, el positivismo jurídico no da cuenta de la realidad constitucional. Un neoconstitu-

6. El trabajo de Matteucci representa un antecedente del llamado neoconstitucionalismo, pues el autor italiano cuestionaba la incompatibilidad entre el positivismo clásico y las nuevas teorías constitucionalistas, anticipando pues, críticas que en años posteriores los neoconstitucionalistas dirigieran al positivismo.

cionalista conceptual suele ser además neoconstitucionalista normativo, pero no todos los neoconstitucionalistas normativos, son neoconstitucionalistas conceptuales (García, 2009, pp. 18-20). Una diferencia por demás representativa, además del rechazo o aceptación del positivismo jurídico es, que el neoconstitucionalismo conceptual por decirlo de una manera tradicional, define una teoría del Derecho y, el neoconstitucionalismo normativo se inclina más por una política de derecho (filosofía política). Por consiguiente, las nuevas constituciones que se distinguen por su contenido (por la incorporación de una serie de valores) y, por su forma, pondría en evidencia al positivismo jurídico, siendo éste incapaz de explicar la realidad constitucional. (Atienza, 2007, pp. 116-127).⁷

Es de conocimiento general que el neoconstitucionalismo es una etiqueta acuñada por un grupo de doctrinistas de la escuela genovesa de teoría del derecho, conformada por Susanna Pozzolo, Paolo Comanducci y Mauro Barberis. El neologismo tiene como propósito clasificar y criticar algunas tendencias postpositivistas de la filosofía jurídica contemporánea, así como destacar los rasgos de la constitucionalización del ordenamiento. (Barberis, 2011, p. 37). Este último elemento es incluso señalado como un presupuesto indispensable para entender el neoconstitucionalismo, pues es considerado un factor determinante del tránsito del constitucionalismo al neoconstitucionalismo.

En definitiva, considerando la breve aproximación de algunos de los distintos matices con los cuales nos podemos enfrentar al estudiar el constitucionalismo, podemos partir con toda certeza que el objeto de estudio es la Constitución y que ésta se ha visto envuelta en múltiples modificaciones que son el punto de desencuentro de los estudiosos del Derecho. En cambio, es posible afirmar que en su

7. Tanto el contenido (la moral) y su forma (principios bajo apariencia de reglas) son dos propiedades que comportan consecuencias interesantes para el no positivismo.

mayoría están de acuerdo que uno de los fines del constitucionalismo es pues limitar al poder. Para llevar a cabo tal fin, se concluye que una de las señas de identidad del constitucionalismo tiene que ver con el principio de rigidez constitucional como un rasgo insoslayable para poder limitar al poder. Al respecto, cabe recordar lo expuesto por Guastini al mencionar que tanto la rigidez como el control de constitucionalidad, son ingredientes de la constitucionalización que son innegociables de cara a limitar al poder. En este sentido, veremos con total desagrado que, en el ámbito del constitucionalismo mexicano, no han podido ser las herramientas jurídicas de defensa constitucional que necesita un Ordenamiento jurídico moderno con el fin de proteger la Constitución y los derechos en contra del poder. De ahí que consideramos, que en México, transita más bien a un constitucionalismo de intensidad débil, tal como veremos en el siguiente epígrafe.

III. EL DÉBIL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO:

La endeble rigidez constitucional en México

Recapitulando. Se han visto algunas de las complejidades para definir lo qué es el constitucionalismo, señalando que, uno de los puntos de encuentro entre las distintas corrientes es pues el estudio de los límites al poder a través de mecanismos del Derecho cuyo fin es limitar el poder y proteger los derechos. Así pues, dentro de los diversos mecanismos que ofrecen las múltiples versiones del constitucionalismo, destacan el principio de rigidez constitucional, así como el control de constitucionalidad. En el último apartado del presente artículo, veremos en primer término lo qué es la rigidez constitucional así como algunos de sus mecanismos, analizando brevemente, la poca fortaleza constitucional que existe en el constitucionalismo mexicano, de tal forma que lo consideramos como un constitucionalismo de intensidad débil.

A) ¿Qué es la rigidez constitucional?

Antes de abordar si efectivamente la Constitución mexicana cumple con los ideales del constitucionalismo de cara a limitar al poder por medio del principio de rigidez constitucional, es necesario distinguir desde un inicio entre una Constitución flexible y una de características rígida.

Pues bien, no es de gran ayuda la clásica distinción de James Bryce, en donde una Constitución de características flexibles es aquella que carece de mecanismos y garantías de protección constitucional y, por tanto, de solidez y permanencia.

Por otro lado, una Constitución denominada como rígida, goza de mecanismos que la hacen más resistente en comparación con las leyes, es decir, posee una autoridad superior con respecto a las otras leyes del Estado y su modificación prevé un procedimiento distinto a aquel que reforma o crea leyes ordinarias (Bryce, 1962, pp. 4-5, 40, 94-95).

En un mismo sentido, Guastini (2013 B) señala que: “Una Constitución es rígida si y sólo si, en primer lugar, es escrita; en segundo lugar, está protegida [o garantizada] contra la legislación ‘ordinaria’, en el sentido de que las normas constitucionales no pueden ser derogadas, modificadas o abrogadas si no es mediante un procedimiento especial de revisión constitucional [más complejo respecto del procedimiento de formación de leyes]” (pp.148-149).

En efecto, si pudiéramos sintetizar ambos conceptos, la idea de la rigidez significa entonces que la Constitución goza en cierto modo de un régimen jurídico especial de reforma, en comparación con el ritual de reforma que se sigue con las leyes. Hasta aquí, pareciera que la distinción no genera mayor dificultad a la hora de identificar entre Ordenamientos rígidos o flexibles. Por lo tanto, una Constitución que es rígida, establece distancia con respecto a la ley, ya que goza de un procedimiento distinto de reforma. Dicho de otro modo,

la rigidez constitucional propugna (entre otras cosas) por mantener una distancia jerárquica con respecto a la ley.

Por otro lado, existen voces que defienden que la propuesta por Bryce entre constituciones rígidas y constituciones flexibles debe ser matizada. Inclusive, existe la propuesta de analizar la rigidez constitucional desde tres dimensiones, en donde surja la posibilidad de intensificar el tipo de rigidez, es decir, que obedece a un test de gradualidad. Así, en caso de existir flexibilidad en el Ordenamiento jurídico, será un elemento no graduable; por su parte, un documento constitucional rígido, podría ser una propiedad graduable y; una tercera posibilidad se da por la existencia de constituciones que pugnan por la petrificación constitucional, es decir, una rigidez absoluta. En este caso, la propiedad no es graduable. (Águilo, 2003, p. 301). En definitiva, tanto una Constitución flexible como aquella que contemple una rigidez absoluta (que puede ser total o parcial) no es una propiedad graduable, por consiguiente, una condición de todo o nada; en cambio, las Constituciones rígidas, pueden atenderse desde el ámbito de la gradualidad, ya que existen distintos tipos de mecanismos de rigidez constitucional, abriendo así la posibilidad de diversos grados de blindaje constitucional.

Pues bien, son las disposiciones constitucionales las que contemplan los diversos mecanismos que otorgan una mayor o menor rigidez constitucional (Laporta, 2007, p. 224), los cuales son determinados por una serie de factores que debemos tener siempre presentes, tales como:

En primer lugar, de los elementos que se tienen que considerar, influye el número de instituciones políticas que participaran directamente en el proceso de reforma, ya que su consentimiento será determinante para llevar a cabo la modificación. En este sentido, la sola presencia del federalismo en el ritual constitucional es un fac-

tor de rigidez.⁸ Un segundo factor a considerar, va encaminado con el tipo de mayorías que se exigen para una reforma constitucional, que por lo general, son más estrictas con respecto a leyes de menor rango. (Dworkin, 2007, p. 183).⁹ Por último, la exigencia o no, de la participación del pueblo en el proceso. Ésta puede ser de forma directa a través de un referéndum y, de forma indirecta, convocando nuevas elecciones para la formación de una asamblea que lleve a cabo la ratificación de la reforma. (Ferrerres, 2000, pp. 30-32). A partir de aquí, podemos mencionar que las distintas combinaciones, así como la suma de los diferentes grados de rigidez y evidentemente entre más supuestos vertidos, será el grosor del blindaje de la Constitución. Sin embargo, se tiene que ser conscientes que los requisitos de reforma deben ser situados en un determinado contexto político, histórico y social más amplio, es decir, el grado de rigidez efectiva de la Constitución dependerá de tales contextos. (Ferrerres, 2000, p. 32).

Una variable importante que nos servirá para nuestro tema de estudio, tiene que ver con el sistema de partidos. Como se ha visto, la rigidez constitucional es un mecanismo de defensa constitucional que exige en algunos casos mayorías calificadas para llevar a cabo a buen puerto una reforma constitucional, requiriendo entonces, el desarrollo de la cultura de coalición entre los partidos para poder satisfacer los requisitos exigibles y alcanzar las súper mayorías requeridas. Lo anterior, puede ser explicado desde las coordenadas de las democracias asociativas. (Ferrerres, 2000, p. 32).

8. La presencia del federalismo en México induce una mayor rigidez para llevar a cabo la reforma. Pues además del consentimiento de la mayoría calificada por ambas Cámaras (diputados y senadores) es necesario la mayoría simple de las entidades federativas.

9. Dworkin se ha referido al respecto que, a fin de alcanzar los principios como dignidad democráticos, se hace necesario contemplar ciertos derechos y que deban ser interpretados por los jueces antes que sus representantes, así, para reformar la Constitución se requieren de súper-mayorías.

Ahora bien, conforme a los distintos elementos que generan una mayor o menor rigidez, siguiendo al profesor Laporta, se pueden mencionar los siguientes:

En primer lugar, el que muy seguramente es el más radical de todos los tipos de rigidez, es aquel donde la Constitución se encuentra petrificada total o parcialmente. Evidentemente un caso extremo se da donde la totalidad de las normas constitucionales se encuentren intangibles. Un peldaño menor, pero no menos extremo, es cuando se prevé que ciertos enunciados constitucionales no sean sujetos a revisión constitucional. (Laporta, 2007, p. 225).¹⁰

Una segunda posibilidad, menos rígida que la anterior pero de igual forma compleja, se da cuando se requieren distintos órganos o autoridades para reformar la Constitución. Aquí cabrían incluso instancias del Estado que no son elegidas democráticamente. Laporta ejemplifica la figura del monarca o el jefe del Ejecutivo, mediante el monopolio de la iniciativa o el derecho a veto (Laporta, 2007, p. 225); inclusive, Ferrajoli considera que de darse una reforma constitucional, también debe ser sometida al control de constitucionalidad. (Ferrajoli, 2011 C, pp. 87,90)¹¹

Una tercera vía comprende el consentimiento de mayorías cualificadas o súper-mayorías para conseguir reformar la Constitución. Hay quien afirma que la sola presencia de ambas cámaras permite

10. Ejemplos podemos encontrarlos en las constituciones alemana e italiana. La primera recurre a la las cláusulas de intangibilidad con el objeto de proteger los derechos fundamentales y la organización del federal del Estado, en los artículos 1 y 20 de la Ley Fundamental alemana. En lo que respecta a la Constitución italiana, se hace evidente en el artículo 139 que dispone que la forma republicana no podrá ser objeto de revisión constitucional.

11. En palabras del propio autor: “El poder de revisión no es más que un poder de corrección por el que sólo son posibles modificaciones, derogaciones o introducciones de normas específicas exactamente determinadas, sometidas, obviamente, al control de constitucionalidad”.

hablar de rigidez, incluso si se accediera a la reforma por mayoría simple. (Przeworski, 2010, pp. 224-225).

Un cuarto elemento se refiere a las cláusulas de enfriamiento, como un mecanismo de demora (Elster, 2002, p. 146) que pueden ser de dos tipos: temporales y orgánicas. Las primeras forzan en cierto modo a posponer y reiterar la decisión en el tiempo; y, las segundas, obligan a un replanteamiento en términos electorales de la composición del órgano decisorio, dilatando naturalmente el proceso de reforma (Laporta, 2007, pp. 225, 227).

Por último, encontramos constituciones que demandan la manifestación del pueblo en referéndum para en su defecto, modificar o reformar la Constitución así como rechazar la posible reforma. (Laporta, 2007, p. 226, Elster, 2002, pp. 124-127).

Evidentemente, los distintos mecanismos aquí descritos pueden ser fusionados, es decir, a mayor concentración de cláusulas de rigidez se tendrá como resultado una Constitución más protegida en cuanto al grado de complejidad del procedimiento de reforma constitucional. Lo anterior, nos permite tratar el principio de rigidez constitucional como una cualidad graduable. (Guastini, 2013 B, p. 183). Un claro ejemplo de la fusión de los distintos tipos de rigidez, puede observarse en la Constitución Española. En el artículo 168 del máximo Ordenamiento español, se contemplan tres procedimientos de rigidez constitucional: las mayorías cualificadas, las cláusulas de enfriamiento y el referéndum.¹²

-
12. Artículo 168 de la Constitución Española. 1. Cuando se propusiere la revisión total de la Constitución o una parcial que afecte al Título preliminar, al Capítulo segundo, Sección primera del Título I, o al Título II, se procederá a la aprobación del principio por mayoría de dos tercios de cada Cámara, y a la disolución inmediata de las Cortes.
 2. Las Cámaras elegidas deberán ratificar la decisión y proceder al estudio del nuevo texto constitucional, que deberá ser aprobado por mayoría de dos tercios de ambas Cámaras.
 3. Aprobada la reforma por las Cortes Generales, será sometida a referéndum para su ratificación.

No podemos ser ajenos al interesante e intenso debate con respecto a la tensión que existe entre Constitución y democracia. Del elenco de mecanismos aquí vertidos, algunos de ellos se encuentran en conflicto con la democracia, situándonos con lo que se ha denominado como objeción democrática. Aunque, no todas las cláusulas de rigidez son un problema para la democracia. Por ejemplo, recordemos los últimos de los elementos señalados: el referéndum popular y las mayorías en las Cámaras. Al respecto, consideramos que sí deben de existir mecanismos rígidos de Constitución que lo diferencien de la ley. Sin embargo, lo que en todo caso habría que discutir es, hasta qué punto los mecanismos de rigidez deben ser en extremo gravosos. Por otro lado, habría que repensar sobre todo los tipos de rigidez que efectivamente colisionan directamente con la democracia que en algunos casos, llegan a desvanecerla. Lo anterior, se hace más evidente en Constituciones totalmente petrificadas, así como en aquellas que contengan cláusulas de intangibilidad. Otra dificultad se nos presenta, cuando en el proceso de reforma constitucional incurren autoridades que no han sido elegidas democráticamente; tal es el caso de los tribunales constitucionales. Lo anterior ha sido denominado como una objeción a la democracia en términos contramayoritarios.

Por el momento, no nos es posible abarcar ambos temas. No obstante, si quisimos apuntar la deuda que aún tiene el constitucionalismo moderno con respecto a dichas tensiones. Consideramos, que aún falta mucho por debatir y lo más importante, buscar soluciones (si es que las hay) a la tensión que genera resguardar la Constitución sin debilitar la democracia.

B) La rigidez constitucional en México

Ya se ha comentado que el objetivo principal del presente estudio, tiene el propósito de señalar la poca fortaleza constitucional del máximo Ordenamiento jurídico mexicano, es decir, la Constitución

Política de los Estados Unidos Mexicanos. Ya se ha visto más arriba lo que significa una Constitución rígida, ahora toca el turno de evaluar la Constitución mexicana al respecto.

De entrada, podemos señalar que nuestra Constitución de 1917,¹³ se puede considerar como un Ordenamiento rígido si nos ajustamos a lo que la doctrina ha sugerido. En otras palabras, si una Constitución prevé un procedimiento de reforma constitucional más gravoso o exigente al procedimiento de reforma de una ley de rango inferior, México lo cumple con cabalidad.

Sin embargo, desde 1921, fecha en que se reformó por primera vez la Constitución, no ha parado de modificarse, sumando la escandalosa cifra de 703¹⁴ artículos reformados a través de 331 decretos.¹⁵ Lo anterior sin duda, nos pone en el mejor escenario para cuestionarnos si efectivamente la rigidez constitucional en México, ha funcionado como ariete de batalla en contra de quienes detentan el poder. La respuesta es evidente.

Ya en otra ocasión nos dedicamos al análisis del artículo 135 constitucional, en donde encontramos que, a pesar de que se exigen algunos requisitos para poder reformar la Constitución, hemos podido constatar que el mecanismo de rigidez que contempla el Ordenamiento mexicano es de lo más vulnerable frente al poder. (Chávez, 2017). Lo anterior se traduce en un documento totalmente parchado y condicionado, situando a nuestra Carta Magna, sin ninguna posibilidad de defensa frente al abuso del poder.

13. Recordemos que la Constitución de 1917, es producto de una reforma constitucional de la Constitución de 1857.

14. La última reforma constitucional se llevó a cabo el 24 de febrero de 2017. Este dato se revisó por última vez el día 7 de junio de 2017.

15. “Reformas constitucionales por orden cronológico”, LXIII Legislatura, Congreso de la Unión, Cámara de Diputados, dato recuperado en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum_crono.htm

Ahora bien, gracias a la intensa dinámica constitucional, la Constitución que hace poco más de 100 años de ser publicada en el Diario Oficial de la Federación, asistimos a un documento muy distinto al texto original. Al menos lo anterior se puede corroborar gracias al engordamiento que ha sufrido. Por mencionar algunos datos, recordemos que la CPEUM contiene 136 artículos, de los cuales, únicamente 22 preceptos, no han sido modificados. Es por demás relevante que, el artículo 73 denominado “De las facultades del Congreso”, ha sufrido un total de 78 reformas, lo que se traduce en una constante transformación de la competencia del poder legislativo en México, que en este caso, pareciera no tener límite alguno.¹⁶ Inclusive, como resultado de la dinámica de reforma constitucional, es evidente que el impacto también se ve reflejado en el crecimiento del texto constitucional en cuanto a su contenido. El texto original de 1917, contenía 21 mil palabras de extensión. Por citar un ejemplo del gigantismo constitucional en México, el artículo 41 de la Constitución de 1917, contenía únicamente 63 palabras, hoy en día, tiene más de 4 mil. En suma, el texto vigente de la CPEUM tiene más de tres veces la extensión del promulgado el 5 de febrero de 1917.¹⁷

La extensión de la CPEUM no quiere decir que sea un problema. Prueba de ello, son las constituciones recientemente publicadas en países latinoamericanos, como la de Brasil (1988), Colombia (1991), Venezuela (1999), Ecuador (2008) y Bolivia (2009). En efecto, los

16. “Reformas constitucionales por artículo”, LXIII Legislatura, Congreso de la Unión, Cámara de Diputados, dato recuperado en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum_art.htm

17. Según un estudio realizado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, la Constitución mexicana es la segunda con más extensión a nivel mundial. La más extensa es la Constitución de India. “Hacia la reordenación del texto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Estudio introductorio”, *Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, dato recuperado en: <http://www2.juridicas.unam.mx/constitucion-reordenada-consolidada/> _última fecha de consulta: 5 de enero de 2017.

textos constitucionales mencionados, calificados como “rupturistas” (Viciano, R. Martínez, R. 2012, p. 30) o “transformadores” según la expresión de Boaventura de Sousa Santos (2010, p. 85), tienen como seña de identidad ser especialmente prolijos. La extensión de los nuevos y novedosos Ordenamientos, oscila entre las 40 y las 50 mil palabras. Algunos estudiosos han considerado que dichas constituciones constituyen un “nuevo constitucionalismo latinoamericano”, y justamente una de sus características es, el optar por documentos constitucionales extensos y detallados.

Empero, lo que sí es considerado como un inconveniente, es la falta de un orden del texto constitucional mexicano, así como, la evidente falta de técnica legislativa. De esa manera, es revelador un proyecto sumamente interesante promovido por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM en coordinación con el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, en el que se propone, una revisión técnico-jurídica del texto vigente de la CPEUM a través de una reordenación del propio texto constitucional. Así, los defectos tanto formales como técnicos, que evidentemente son producto de la continua transformación del texto constitucional, han provocado un desorden, haciendo de la Constitución un documento complejo en su lectura y por tanto, en su comprensión.¹⁸

Retomando lo que nos hemos propuesto en el inicio de nuestro trabajo. En el caso mexicano, se hace evidente la poca fortaleza constitucional frente a quienes detentan el poder. No es posible imaginar un constitucionalismo en un sentido fuerte, con un número tan devastador de reformas constitucionales. El principio de rigidez constitucional, como elemento innegociable junto con el control de constitucionalidad, hacen de una Constitución un documento más resistente frente a cualquier poder. Sin embargo, la rigidez en Mé-

18. “Hacia la reordenación del texto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Estudio introductorio”, Op. Cit.

xico es una mera etiqueta. Que si bien existen mecanismos que diferencian el procedimiento de reforma constitucional con el de las leyes ordinarias, es claro que no ha sido suficiente. Lo anterior, no quiere decir que no existan reformas necesarias para una determinada realidad. Pensemos por ejemplo en la reforma publicada el 10 de junio de 2011 en materia de derechos humanos.

Un punto que se tiene que considerar de gran importancia es, que a pesar de la pluralidad de partidos que existe en ambos parlamentos mexicanos, no ha podido traducirse en una mayor resistencia para modificar la Constitución. Al contrario, existe un solapamiento total entre los partidos políticos en México y, por tanto, “la reforma constitucional ha servido en México para cuestiones absolutamente distintas de las que sirve comúnmente dicha institución en otros países.” (Carbonell, 1998, p. 267). En efecto, tiene mucha razón Pedro de Vega (2011) al señalar que políticamente toda reforma encierra riesgos importantes para la ley fundamental, pues, tanto su prestigio como su eficacia, pueden verse mermadas. Sin embargo, lo anterior tampoco quiere decir que las reformas tienen que ser eludidas, al contrario “la reforma no debe interpretarse como un capricho político sino como una necesidad jurídica. Por ello la pregunta, desde el punto de vista político, sobre cuándo es el momento más oportuno para utilizar el procedimiento formal de la reforma, sólo admite una respuesta; a saber: la reforma es siempre políticamente conveniente cuando resulta jurídicamente necesaria.” (p. 92).

Lo que siempre se tiene que considerar es que la constante reforma de la Constitución debilita su fuerza normativa. En consecuencia, se requiere que toda pretensión de reforma deba ser enjuiciada objetivamente así como pensada como un último recurso frente a una necesidad política aparentemente inevitable. Caso contrario, nos encontramos que una continua modificación constitucional puede traer consecuencias desastrosas, como “el resquebrajamiento de la confianza en la inviolabilidad de la Constitución y el de-

bilitamiento de su fuerza normativa. Una Condición básica de la eficacia de la Constitución es que resulte modificada en la menor medida posible.” (Konrad 1983, p. 74. Lowenstein, 1986, p. 174).

Por último, hacer hincapié en el fin del constitucionalismo. Es decir, si la finalidad última del constitucionalismo es el limitar el poder a través de mecanismos jurídicos con el propósito de proteger la Constitución y su contenido que son los derechos, en México asistimos a un constitucionalismo en sentido débil. Donde la Constitución depende de la mera voluntad de poder para su constante modificación sin ofrecer resistencia alguna. Siendo entonces, inoperante el principio de rigidez constitucional como una herramienta que defienda y proteja la Constitución mexicana. En todo caso, “El mantenimiento de una Constitución depende del equilibrio entre el poder y el Derecho” (McIlwain, 1991, p. 170 y ss.), situación que se encuentra en total desequilibrio en México, pues la Constitución que representa al Derecho, se encuentra en evidente desventaja con respecto al poder.

CONCLUSIONES

Se ha insistido bastante en la poca fortaleza constitucional que evidencia la Constitución mexicana. Debilidad, que se ve reflejada a la hora de manipularla cuando se requiere alguna reforma o adición a su texto. Lo que deja entrever a un documento jurídico vulnerable sin la posibilidad de poderse defender frente a quienes detentan el poder. Por lo anterior, es por ello que se defiende que en México, se respira un constitucionalismo en sentido débil.

Desde la óptica del constitucionalismo moderno, una de las señas de identidad se puede rastrear en el corazón del proceso histórico que lleva a los sistemas jurídicos modernos a dotarse de una Constitución de características rígidas, además de estar conectado, sobre todo, con los desarrollos políticos de la segunda postguerra

mundial. Así, la Constitución mexicana de entrada no puede vincularse con dicha doctrina, pues uno de los requisitos es precisamente la rigidez (Ferrajoli, 2014, p. 19. Pozzolo, 2011, p. 19 y ss.).

Por último mencionar que, una cosa es violentar la Constitución y otra reformarla (Guastini, 2013 C, pp. 51-52). En el caso mexicano, es evidente que nuestra ley fundamental debe ser explorada, pues, una Constitución de tales características, no vislumbra un futuro prometedor. El tomarse la Constitución en serio, significa que se debe de proteger su contenido y su capacidad de respuesta frente al poder. Empero, lo anterior no quiere decir que se tenga que llegar al extremo de proponer la petrificación total o parcial del documento, pero si reflexionar hasta qué punto se podrá reforzar la rigidez constitucional en México con el objeto de generar una mayor estabilidad constitucional e institucional y reconocer de una vez por todas la condición de suprema a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. (Chávez, 2017, p. 28).

FUENTES

Águilo Regla, Josep (2003) Sobre el constitucionalismo y la resistencia constitucional, *Doxa*, n°26.

Ansuátegui Roig, Francisco Javier. (2013), *Razón y voluntad en el Estado de Derecho. Un enfoque filosófico-jurídico*, Madrid España, Ed. Dykinson
_____. *Poder, ordenamiento jurídico, derechos*. (1997), Madrid España, Ed. Dykinson.

Atienza, Manuel, (2007), *Argumentación y Constitución*, en Aguiló Regla, Josep; Atienza, Manuel; Ruíz Manero: Fragmentos para una teoría de la Constitución, Madrid España, Ed. Iustel

Barberis, Mauro. (2011), *Manuale de filosofia del diritto*, Torino Italia, Ed. G. Giappichelli

_____. (2008), *Ética para juristas*, Madrid España, Ed. Trotta.

- Bernal Pulido, Carlos. (2007) *Refutación y defensa del neoconstitucionalismo*, en Carbonell, Miguel, *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Madrid España, Ed. Trotta, 2007.
- Bobbio, Norberto. (1990), “Del poder al derecho y viceversa”, en Bobbio, Norberto, *Contribución a la teoría del Derecho*, Madrid, España, Ed. Debate.
- Bryce, James. (1962), *Constituciones flexibles y constituciones rígidas*, 2º ed., Madrid España, Ed. Instituto de Estudios Jurídicos.
- Carbonell, Miguel. (2010), “El neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis”, en Carbonell, Miguel; García Jaramillo, Leonardo: *El canon neoconstitucional*, Madrid España, Ed. Trotta.
- _____. (2009), “Nuevos tiempos para el constitucionalismo” en Carbonell Miguel, *Neoconstitucionalismo (s)*, 4º ed., Madrid España, Ed. Trotta.
- _____. (1998), *Constitución, reforma constitucional y fuentes de derecho en México*, México, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México
- Chávez Cervantes, José de Jesús. (2017), “Notas sobre la rigidez constitucional en México. (A propósito del centenario de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos)”, *Letras jurídicas*. Revista electrónica de Derecho del Centro Universitario de la Ciénega, n°24, México.
- Comanducci, Paolo. (2009), “Formas de (neo) constitucionalismo: un análisis metateórico”, en Carbonell, Miguel, *Neoconstitucionalismo (s)*, 4 ed., Madrid España, Ed. Trotta
- _____. (1987) *The origins of Italian Constitutionalism*, documento presentado en el encuentro The Constitution of the United States: American and Europa Perspectives, en la Universidad de Virginia, Charlottesville, noviembre de 1987. Dato recuperado en: Salazar Ugarte, Pedro. (2013) *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, México, Ed. Fontamara.
- Díaz, Elías. (2010), *Estado de derecho y sociedad democrática*, 9º ed., Madrid España, Ed. Taurus.
- Dworkin, Ronald. (2007), *La democracia posible. Principios para un nuevo debate político*, España, Ed. Paidós.

- Elster, Jon. (2002), *Ulises desatado. Estudios sobre racionalidad, precompromiso y restricciones*, Barcelona España, Ed. Gedisa.
- Ferrajoli, Luigi. (2014), *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*, Madrid España, Ed. Trotta.
- _____. (2011 A), *Poderes salvajes: la crisis de la democracia constitucional*, Madrid España, Ed. Mínima Trotta.
- _____. (2011 B), *Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista*, España, Doxa, n°34.
- _____. (2011 C), *Principia Iuris. Teoría del Derecho y de la democracia. Vol. II Teoría de la democracia*, Madrid España, Ed. Trotta.
- _____. (2003), “Pasado y futuro del Estado de Derecho”, en Carbonell, Miguel. *Neoconstitucionalismo (s)*, Madrid España, Ed. Trotta.
- _____. (1999), *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid España, Ed. Trotta.
- Ferreres Comella, Víctor. (2000), *Una defensa de la rigidez constitucional*, España, Doxa, n°23.
- Fioravanti, Maurizio. (2011), *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, Madrid España, Ed. Trotta.
- García Figueroa. (2009), *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al derecho a través de los derechos*, Madrid España, Ed. Trotta.
- Guastini, Riccardo. (2013 A), *La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano*, en Guastini Riccardo, *Estudios de teoría constitucional*, 4ªed., México, Ed. Fontamara.
- _____. (2013 B), *Rigidez constitucional y límites en el ordenamiento italiano*, en Guastini Riccardo, *Estudios de teoría constitucional*, 4ªed., México, Ed. Fontamara.
- _____. (2013 C), *La constitución como límite a la legislación*, en Guastini Riccardo, *Estudios de teoría constitucional*, 4ªed., México, Ed. Fontamara.
- Konrad, Hesse. (1983), *Escritos de derecho constitucional*, Madrid, 1983. Ed. Centro de Estudios Constitucionales.

- Laporta, Francisco. (2007), *El imperio de la ley. Una visión actual*, Madrid España, Ed. Trotta.
- Lowenstein, Karl (1986), *Teoría de la Constitución*, Barcelona España, Ed. Ariel
- Macliwain Charles, Howard. (1991), *Constitucionalismo antiguo y moderno*, Madrid, Ed. Centro de Estudios Constitucionales.
- Margiotta, C. (2000), *Bobbio e Matteucci su costituzionalismo e positivismo giuridico. Con una lettera di Norberto Bobbio a Incola Matteucci*, Italia, Materiali per una storia della cultura giuridica 2. Italia.
- Micaela Alterio, Ana. (2014), *Constitucionalismo contemporáneo a debate*, Anuario de filosofía y teoría de Derecho, México, n°8, 2014.
- Nico, Carlos Santiago. (2002), *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Buenos Aires Argentina, Ed. Astrea.
- _____ (1997), *La Constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona España, Ed. Gedisa.
- Peces Barba, Gregorio; Fernández García, Eusebio; De Asís Roig, Rafael. (1999), *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría general*, Madrid España, Ed. Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado.
- Peces-Barba, Gregorio. (1982), *Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales*, Madrid España, Ed. Mezquita.
- Pozzolo, Susana. (2011), *Notas al margen de una historia del neoconstitucionalismo*, en Pozzolo, Susanna, Neoconstitucionalismo, Derecho y derechos, Lima Perú, Ed. Palestra
- _____ (2009), “Un constitucionalismo ambiguo”, en Carbonell, Miguel: *Neoconstitucionalismo (s)*, 4ªed., Madrid España, Ed. Trotta.
- _____ (2001), *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Torino Italia, Ed. Giappiachelli.
- Przeworski, Adam. (2010), *Qué esperar de la democracia. Límites y posibilidades del autogobierno*, Argentina, Ed. Siglo Veintiuno.
- Salazar Ugarte, Pedro. (2013), *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, México, Ed. Fondo de Cultura Económica de México.

- Sousa Santos, Boaventura de. (2010), *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del sur*, La Paz Bolivia, Ed. Plural.
- Tamayo y Salmorán, Rolando. (2006), *Introducción al estudio de la Constitución*, México, Ed. Fontamara.
- Vega, Pedro de. (2011), *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid España, Ed. Tecnos.
- Viciano Pastor, Roberto; Martínez Dalmau, Rúben. (2012), *Fundamento teórico del nuevo constitucionalismo latinoamericano*, en Viciano Pastor, Roberto, Estudios sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericano, Valencia España, Ed. Tirant Lo Blanch.
- Weber, Max. (2002), *Economía y sociedad*, 2º ed., España, Ed. Fondo de Cultura Económica



Acciones afirmativas y prevención de la violencia o ¿género vs género?

José Antonio Álvarez León

Doctor en Derecho, profesor de tiempo completo en la UNAM FES Acatlán.

Adriana Nava Velázquez

Maestra en Derecho y profesora de la UNAM FES Acatlán.

RESUMEN: Las acciones afirmativas son la medida legal transitoria para generar mecanismos permanentes con el fin de lograr la igualdad adjetiva y sustantiva entre géneros. El desarrollo de marcos legales nacionales e internacionales ha permitido la creación de tales acciones y desde ahí han surgido formas de equidad pero también de contención de la violencia que, semánticamente se conectan con materias como el derecho penal creando supuestos de antijuridicidad; sin embargo la técnica tipológica penal, evidencia contradicciones en su aplicación volteando género contra género y alejando el sentido humano de la prevención.

Palabras Claves: Tópica, acción afirmativa, justicia sustantiva, justicia distributiva, tipología penal, prevención, violencia de género.

ABSTRACT: Affirmative actions are the transitional legal measure to generate permanent mechanisms to achieve adjective and substantive equality between genders. The development of national and international legal frame works have allowed the creation of such actions and from that have emerged forms of equity but also containment of violence that, semantically, are connected with matters such as criminal law creating an assumption of unlawful; However the typological criminal technique, evidences contradictions in its application turning gender against gender and moving away the human sense of prevention.

Keywords: Topical, affirmative action, substantive justice, distributive justice, criminal typology, prevention, gender violence.

Recibido: 16 de marzo de 2017. Aprobado: 20 de mayo de 2017.

SUMARIO. I. Introducción y objetivos • II. Acciones afirmativas y el marco legal mexicano e internacional. Génesis del problema • III. Diversas acepciones de Acciones Afirmativas • IV. Concepciones Básicas al Concepto de Igualdad • V. El contexto semiótico y la problemática de justicia igualitaria relacionadas con acciones afirmativas y temas de género • VI. Política de Derechos Humanos en el Actual Contexto de Globalización Planteado por De Sousa Santos • Conclusiones • Fuentes

INTRODUCCIÓN Y OBJETIVOS

El objetivo primordial de este trabajo es: reflexionar respecto de las acciones afirmativas, su complejidad y tratamiento bajo la óptica de las ciencias básicas del derecho y en particular de la semiótica jurídica; mediante el estudio, manejo y aplicación en el tratamiento de “conceptos” que construyen estas temáticas con la finalidad de poder dar explicación a las cargas distributivas de justicia y alcanzar la igualdad material entre los sujetos involucrados y las resoluciones de los juzgadores. Como objetivo complementario, se reflexionará respecto de la utilidad jurídica de estas acciones como modo general preventivo respecto de los actos discriminatorios y la violencia entre hombres y mujeres generada en el caso del tema “género”, pero también respecto del origen de la nueva confrontación invirtiendo lentamente el papel de los roles, llevando el empoderamiento femenino a un camino sin salida donde las acciones afirmativas y la desigualdad, se vuelven el tema central.

El tema de acciones afirmativas encierra de entrada dos problemáticas muy complejas; la primera de ellas tiene que ver con el verdadero alcance y significación del mundo real con el conceptual para lograr la igualdad; segundo, los alcances de la justicia sin demeritar en la relación privilegiada (que da el derecho) en la generación de contrarios vulnerados, es decir, de invertir las cargas de la justicia y sus consecuencias.

La acción afirmativa busca en su concepto esencial “garantizar las situaciones de igualdad” partiendo de las diferencias materiales, culturales e históricas que hemos creado en la cotidianidad y la costumbre y que al final, han generado posiciones de superioridad entre los contrarios, no obstante que las leyes se basen en la concepción de la igualdad sustantiva. Es a partir del acto discriminador y la sobreprotección de la ley que, se genera empoderamiento y violencia, sin que ello implique resolver el fondo del problema: mujer, víctima y discriminada.

I. ACCIONES AFIRMATIVAS Y EL MARCO LEGAL MEXICANO E INTERNACIONAL

Génesis del problema

Con las reformas hechas a nuestra Carta Magna el diez de junio de dos mil once, México entró a una nueva etapa denominada constitucionalismo, la cual es vista desde varios enfoques por diversos autores, en virtud de que ahora lo que se cuestiona es cómo se debe entender al derecho y cómo hay que interpretarlo.

En ese sentido, existen diversas teorías formuladas sobre el constitucionalismo, por ejemplo, Manuel Atienza, refiere que “el constitucionalismo contemporáneo ha modificado nuestra manera de entender el derecho y nos ha llevado, en cierto modo, a poner en un primer plano la dimensión argumentativa del derecho, este ejercicio ha sido denominado por dicho autor como “el Derecho como argumentación” (2007:22).

Para Ferrajoli, el iusnaturalismo, fue sustituido por el positivismo jurídico con la llegada del Estado moderno y la existencia de sistemas exclusivos y exhaustivos de fuentes jurídicas, este positivismo clásico adecuado a los esquemas del Estado liberal de Derecho, tiene en nuestros días que ser sustituido por el nuevo paradigma del

constitucionalismo, esto “no supone un abandono o una superación del positivismo, sino su completa realización” (2007:23).

Para Ferrajoli, dice Atienza, “el derecho no consiste ya en un sistema unitario de fuentes, dada la posibilidad de existencia de normas formalmente válidas, pero sustancialmente inválidas. Ahora la función esencial de la ciencia jurídica es la de mostrar y tratar de corregir las lagunas y contradicciones generadas por la violación de derechos...” (2007:24).

El constitucionalismo defendido por este jurista, dice Leopoldo Gama Leyva, posee tres dimensiones esenciales: “la primera está constituida por un conjunto de principios a partir de los cuales se infiere un grupo de derechos fundamentales; la segunda se constituye a partir de los requerimientos impuestos por un modelo de democracia deliberativa, y la tercera se funda en el respeto a la Constitución de un país” (2007:245).

La vía adoptada por este autor para argumentar a favor de la relevancia de la Constitución histórica, consiste en apelar a su carácter convencional-limitativo de la democracia, esta idea encuentra apoyo en la de MacCormick, según la cual la operatividad de una democracia depende en gran medida de su arraigo en un orden constitucional.

En ese contexto, el neoconstitucionalismo aparece con la exigencia de que la Carta Magna de un país sea práctica, esto es, que deje ser ideológica y ahora se ocupe más de lo material.

Antes de las reformas a nuestra Constitución, México ya había firmado y ratificado en 1966, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. De igual forma, el dieciséis de diciembre de 1998, nuestro país reconoció la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Como consecuencia de ello, México ha recibido diversas recomendaciones en las sentencias en las que se ha declarado responsa-

ble al Estado mexicano de la violación de Derechos Humanos. Así las cosas, los derechos fundamentales ahora no sólo son en el eje central de nuestra Carta Magna, sino también lo son en la impartición de justicia y las políticas públicas.

Cuando el Estado mexicano firmó la CEDAW (Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la mujer –por sus siglas en inglés–), y la Convención Belém Do Pará (Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer), se comprometió a adoptar acciones orientadas a prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia contra la mujer, tales como:

- Velar porque las autoridades e instituciones se comporten de conformidad con las obligaciones de prevención, sanción y erradicación;
- Tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer.
- Actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer;
- Establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación
- Asegurar, a través de los medios apropiados, la realización práctica del principio de la igualdad del hombre y la mujer, y garantizar por conducto de los tribunales (protección efectiva de la mujer)
- Implementar, de forma progresiva, medidas específicas e inclusive programas para:
 - » Fomentar el conocimiento y la observancia de los derechos de las mujeres;
 - » Promover la educación y capacitación de quienes aplican la ley, y

- » Modificar los patrones socioculturales de conductas de hombres y mujeres a fin de contrarrestar y eliminar prejuicios, costumbres y todo tipo de prácticas que se basen en la premisa de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los géneros o en los papeles estereotipados para el hombre y la mujer que legitiman o exacerban la violencia (SCJN, 2013:24).

El artículo primero de la Constitución General, convirtió a nuestra carta magna como el eje rector de los derechos humanos; consolida la igualdad ante la ley entre hombres y mujeres en congruencia con los compromisos adquiridos por México en las Convenciones citadas en líneas que anteceden.

Ley Federal del Trabajo, reformada el treinta de noviembre de dos mil trece.

En el artículo 2º de la Ley Federal del Trabajo vigente, se incorporaron los principios de la Organización Internacional del Trabajo sobre el trabajo decente y se instrumentó su observancia efectiva con la federalización y reforzamiento de las funciones de la Inspección del Trabajo.

También se precisó en el artículo 3º que el trabajo es un derecho humano universal y un deber social inalienable, intransferible e irrenunciable. No es un artículo de comercio, exige respeto para las libertades, dignidad de quien lo presta, reconoce la diferencia entre hombres y mujeres.

En concordancia con las reformas constitucionales, también dispone que no podrán establecerse distinciones, exclusiones, preferencias o restricciones basadas en: sexo, género, edad, credo religioso, doctrina política, condición social, condición física, preferencia sexual, estado civil, etnia, discapacidad y condiciones de salud, etcétera.

Asimismo, establece que no se considerarán discriminatorias aquellas medidas, mecanismos o acciones de carácter temporal que suponen un trato desigual tendiente a asegurar la igualdad entre hombres y mujeres. No podrá ejercerse ninguna forma de discriminación hacia las mujeres expresada como violencia física, psicológica, sexual, moral o verbal que atente contra su dignidad.

Artículo 2.

En atención a los principios mencionados, en el artículo segundo de la Ley Federal del Trabajo, se introdujo la figura de la igualdad sustantiva como un mecanismo tendiente a eliminar la discriminación contra las mujeres.

La igualdad sustantiva es la que se logra eliminando la discriminación contra las mujeres que menoscaba o anula el reconocimiento, goce o ejercicio de sus derechos humanos y las libertades fundamentales en el ámbito laboral. Supone el acceso a las mismas oportunidades, considerando las diferencias biológicas, sociales y culturales de mujeres y hombres.

Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación se publicó en el Diario Oficial de la Federación el uno de diciembre de dos mil dieciséis, en ella se establece que es al Estado a quien corresponde promover las condiciones para que la libertad y la igualdad de las personas sean reales y efectivas; y que serán los poderes públicos federales quienes deberán eliminar aquellos obstáculos que limiten.

Capítulo IV de la ley en estudio, titulado “De las Medidas de Nivelación, Medidas de Inclusión y Acciones Afirmativas”, establece que los órganos públicos llevarán a cabo, entre otras, medidas positivas y compensatorias a favor de la igualdad de oportunidades para las mujeres.

Ley General para la Igualdad entre hombres y mujeres:

Al ser la igualdad entre mujeres y hombres un principio jurídico universal derivado de la Declaración Universal de Derechos Huma-

nos, el Estado mexicano ha adquirido varios compromisos con la suscripción de diversos instrumentos internacionales, entre otros, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) y su protocolo facultativo, en el que se establece la obligatoriedad para los Estados Parte de condenar la discriminación contra la mujer.

En ese contexto, México, dentro de su función legislativa expidió la Ley General para la Igualdad entre Mujeres y Hombres, publicada el dos de agosto de dos mil seis, en la cual se sientan las bases generales para que las entidades federativas incorporen en su normatividad local las herramientas y mecanismos proscritos en la misma.

Artículo 1º

Refiere a los lineamientos de los instrumentos internacionales suscritos por México y de los cuales se desprenden las acciones afirmativas.

Artículo 5º

Se definió a las acciones afirmativas de la siguiente manera: “Es el conjunto de medidas de carácter temporal correctivo, compensatorio y/o de promoción, encaminadas a acelerar la igualdad sustantiva entre mujeres y hombres”.

Artículo 6º

La igualdad entre mujeres y hombres implica la eliminación de toda forma de discriminación en cualquiera de los ámbitos de la vida, que se genere por pertenecer a cualquier sexo.

Artículo 17º

Este dispositivo se encuentra dentro del capítulo primero del título tercero, que se titula: “DE LA POLÍTICA NACIONAL EN MATERIA DE IGUALDAD”

- I. Fomentar la igualdad entre mujeres y hombres en todos los ámbitos de la vida; (...)
- V. Promover la igualdad entre mujeres y hombres en la vida civil;

- VI. Promover la eliminación de estereotipos establecidos en función del sexo;
- VII. Adoptar las medidas necesarias para la erradicación de la violencia contra las mujeres;
- VIII. El establecimiento de medidas que aseguren la corresponsabilidad en el trabajo y la vida personal y familiar de las mujeres y hombres;
- IX. La utilización de un lenguaje no sexista en el ámbito administrativo y su fomento en la totalidad de las relaciones sociales.

III. DIVERSAS ACEPCIONES DE ACCIONES AFIRMATIVAS. LEGISLACIÓN INTERNACIONAL

Por lo que toca a las acciones afirmativas, éstas son medidas que deben tomar los Estados para el debido cumplimiento de los compromisos orientados a prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia contra la mujer.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, señala que los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas (SCJN, 2013:36).

Convención Americana de los Derechos Humanos

PARTE I - DEBERES DE LOS ESTADOS Y DERECHOS PROTEGIDOS

CAPÍTULO I - ENUMERACIÓN DE DEBERES

Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color,

sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno

Convención para eliminar las formas de discriminación para las mujeres

La Convención para eliminar las formas de discriminación para las mujeres, en los artículos 2º, 4º, 5º y 11º establece los siguientes deberes para todo Estado Parte.

Asimismo, en el artículo quinto, de la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, se establece que “no se considerarán conductas discriminatorias las acciones afirmativas que tengan por efecto promover la igualdad real de oportunidades de las personas o grupos. Tampoco será juzgada como discriminatoria la distinción basada en criterios razonables, proporcionales y objetivos cuya finalidad no sea el menoscabo de derechos”.

Finalmente, después de analizar todos estos cambios y modificaciones en la legislación mexicana, se hace necesario resaltar lo que Manuel Atienza considera respecto de la argumentación de tipo legislativo, “no se trata propiamente de aplicar la Constitución, sino de interpretarla y desarrollarla y, sobre todo, de alcanzar objetivos, de desarrollar políticas que sean compatibles con la Carta Magna; por ello, la argumentación legislativa obedece al modelo de la argumentación medio-fin”.

IV. CONCEPCIONES BÁSICAS AL CONCEPTO IGUALDAD

Son múltiples y diversas las nociones que existen del concepto de igualdad. La doctrina alude a tres nociones de igualdad que constituyen valores básicos de nuestras sociedades: la igualdad política, la igualdad ante la ley, y la igualdad a través de la ley. La igualdad política como lo señala Manuel Atienza, “tiene que ver con el reparto o la distribución del poder político en una sociedad; la segunda, la igualdad ante la ley, se refiere al principio de que la ley no debe tratar de manera diferente a aquellas personas que se encuentren bajo un mismo sistema jurídico; la tercera, al hablar de igualdad a través de la ley, su aplicación produzca los mismos resultados en cuanto a las condiciones de vida de los ciudadanos” (De la Rosa, 2005:35).

Por otra parte, la igualdad puede entenderse también en dos dimensiones: como principio y como derecho. Como principio, fundamenta y da sentido a todo el andamiaje jurídico de origen nacional e internacional que derivan de él, ya sean formal o materialmente administrativos, legislativos o judiciales.

Como derecho, la igualdad constituye una herramienta subjetiva para acceder a la justicia; es decir, otorga titularidad a las personas para reclamar, por diversas vías. Como principio y como derecho, la igualdad implica una obligación a cargo del Estado, derivada de un mandato constitucional y convencional que condiciona y sustenta todo su quehacer (SCJN, 2013:32).

Finalmente se abordarán los conceptos de igualdad de género e igualdad sustantiva, los cuales se definen en el artículo 5º de la Ley General para la Igualdad entre Mujeres y Hombres de la siguiente manera:

Igualdad de Género. Situación en la cual mujeres y hombres acceden con las mismas posibilidades y oportunidades al uso, control y beneficio de bienes, servicios y recursos de la sociedad, así como

a la toma de decisiones en todos los ámbitos de la vida social, económica, política, cultural y familiar.

Igualdad Sustantiva. Es el acceso al mismo trato y oportunidades para el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos y las libertades fundamentales.

V. EL CONTEXTO SEMIÓTICO Y LA PROBLEMÁTICA DE JUSTICIA IGUALITARIA RELACIONADAS CON ACCIONES AFIRMATIVAS Y TEMAS DE GÉNERO

Hablar de acciones afirmativas encierra en su práctica y en su conceptualización un sentido *aporético*¹ “pues si la idea es tratamiento preferencial, privilegiado, diferente, respecto a los existentes, para evitar, trato preferencial, privilegiado y diferente, que se da en la praxis, es decir, se busca conceptualmente equilibrar situaciones de hecho que, sustantivamente están en el ideal general que da normalidad y equilibrio de condiciones entre sujetos”²; sin embargo y a la luz de la lógica formal esto significa contradicciones sustantivas para logros adjetivos.

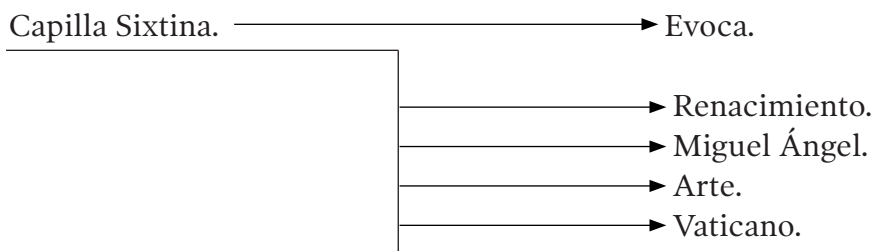
Es decir, que “Las acciones afirmativas solo pueden entenderse en ámbito de la discriminación, que, al estar basadas en estereotipos y prejuicios, define relaciones desiguales injustificadas, y de modo que algunas personas o grupos pueden disfrutar de sus derechos mientras a otros les son negados. Los hábitos que se derivan de esto producen relaciones jerárquicas fundamentadas en una cultura de desventaja para algunas personas, al tiempo que mantienen al margen del desarrollo y la justicia real a otras... (Bucio, 2011: p. 7).

1. Planteamiento problemático.

2. Cfr. Consejo Nacional para Prevenir y Sancionar la Discriminación. Fundamentos básicos.

Bajo estos argumentos de inicio, tenemos que decir que, el concepto “acción afirmativa” es polisémica, es decir, que por su solo nombre evoca referencialmente muchos significados y posibilidades de ser percibido, entendido y confrontado en relación con otros conceptos es decir, la relación sujeto-objeto que genera es amplísima y por tanto requiere que todos sus referentes sean perfectamente articulados de lo contrario alguno de ellos quedará fuera produciendo efectos abstractos o materiales equívocos o contradictorios.

Para entenderlo mejor daremos una conceptualización, (Alvarez, 2005) como ejemplo:

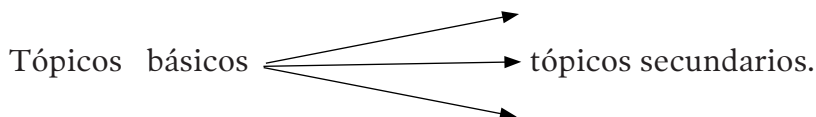


El sentido del concepto base Capilla Sixtina, es tan amplio, que cualquier palabra o concepto inferior derivado de lo que explica al primero en toda su esencia, evoca de inmediato a la primera y a todas las demás en contrasentido.

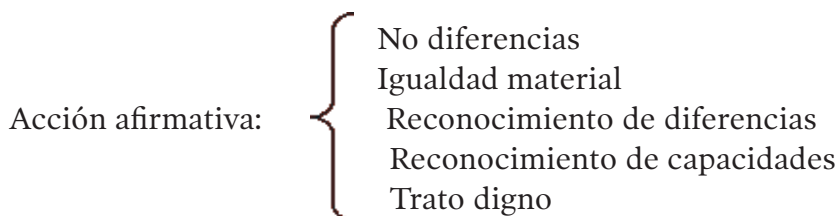
Esto significa que Capilla Sixtina es un concepto superior, primario o clave, y el resto serían ideas o palabras secundarias.

En el lenguaje de la tópica jurídica³ (lugar de los conceptos claves para argumentar o interpretar) la explicación de lo anterior sería de la siguiente forma:

3. “La tópica aparece en el derecho como remedio práctico ante el problema definitorio, es decir, en los métodos de interpretación y argumentación jurídica así como en la construcción legislativa pues los usos lingüísticos son comunes, de hecho obligados, por tanto su referente práctico se circunscribe a una forma de comunicación que no implica una técnica definida, específica para el derecho, pues la elaboración semántico-sintác-



Y justo en este punto es necesario detenernos, pues aparentemente es clara la problemática, donde la acción afirmativa evocaría:



Y por ello entonces, sería necesario que los instrumentos legales, resolvieran la vida de diferencias culturales de ventaja material y sustantiva.

Esto evidenciaría, que el problema es tan claro cómo la respuesta, que le hemos dado al tema de las acciones afirmativas marcos legales que, sustantiva y adjetivamente posicionen a los diferentes en sentido material con los otros (los que tienen las ventajas) y así generar equilibrios materiales de plena igualdad.

Sin embargo, el problema estriba en que la palabra clave “acción afirmativa” (tópico o semema⁴) y todo lo que refiere en los diferentes textos legales y sus contextos para lograr prácticas materiales igualitarias y respetuosas no logran responder a las interrogantes:

tica se guía en el lenguaje (...). Definir no significa conceptuar. Pero en el uso tópico, cuando se articula el lenguaje para resolver un planteamiento la definición debe volverse concepto, partícula cerrada evitando matices” Tomado de: Álvarez León, Op. Cit p 52.

4. Topos=lugar. En la tónica jurídica, lugar de la palabra clave, en el discurso jurídico para argumentar ya sea estático (escrito) u oral. Topos, es también visto en la metodología jurídica como el “semema”, es símbolo que da referencias lingüísticas.

¿por qué?, ¿en qué plenitud?, ¿qué pasará con el otro? Y la respuesta es simple en forma y compleja en sustancia, veamos por qué:

1. Acción afirmativa es una palabra contextual por sus alcances, sí, por sus alcances materiales de señalamiento, pero no así en lo material.
2. El punto uno ubica al concepto clave en una posición intermedia respecto de otros conceptos, es decir, es contextual en un uso, pero contexto referido en otros; implica entonces una palabra o *topoi*⁵ intermedio; múltiples significantes.
3. La palabra acción afirmativa, como concepto clave refiere: “igualdad”, que a su vez simboliza a una palabra superior, “dignidad de las personas”.
4. Por lo tanto es necesario replantear el uso derivado del concepto “acción afirmativa y sus referentes en las leyes ya elaboradas y en los procesos de culturización, de lo contrario el resultado previsto no será alcanzado o bien, invertirá las cargas conceptuales tal como explicaremos en las líneas siguientes.

Como también ya es precisado en otros estudios, la “cláusula universal de igualdad”⁶ da las justificaciones de origen a las acciones afirmativas, es decir crear situaciones de equilibrio legal y cultural, la base es la igualdad, pero los extremos que quedan en cada extremo del uso igualdad dificulta la realidad tangible entre lo fáctico y lo ideal.

Aceptarse diferente y desde ahí generar igualdad en la lógica distributiva siempre implicará un problema porque las cosas son en cuanto son, es decir, la personas son iguales por el hecho de ser

5. *Topoi*= Palabra o aditivo, semema. Dentro de la Tópica, es una palabra subordinada a una palabra clave cuya jerarquía se expresa en una ley también de mayor orden.

6. Cfr. Estudios de igualdad y discriminaciones internacionales y locales. Un referente es la CONAPRED.

personas, de otra forma, decirme desigual para que me trates igual puede revertir justificadamente los alcances de la ley, haciendo desigual al otro. El problema *aporético* implica:

Igualdad Humanitaria (contexto) contextos referenciados

Sub complementos	{	Justicia. Igualdad Afinidad Beneficio.
------------------	---	---

Y los sub-complementos contextuales a su vez generan otro sub-contenido es decir, otros sub conceptos, veamos:

A) Justicia	{	Distributiva Procesal Compensatoria
B) Igualdad	{	Sustantiva Adjetiva Material

Ahora obsérvese qué, si se toma a su vez un sub-completo de otro se ramifican las opciones de tener referentes precisos, ejemplo.

B.1) Igualdad Material-Oportunidades	{	De resultados De trato De circunstancias.
--------------------------------------	---	---

Como se puede apreciar, llevar palabras de contexto al campo de las acciones afirmativas puede tener problemas serios en lo esencial por ejemplo: en los casos de diferencia de género; queda claro

que el género refiere igualitariamente a los dos sexo, pero si ese contexto de “no violencia” se aterriza en una norma cuyo efecto sea prevenir y sancionar la misma, pero donde el sujeto controlado termina siendo víctima, entonces sustantivamente logramos un posicionamiento igualitario, pero en la justicia distributiva no, y la víctima termina siendo victimario véase:

Ley General de Acceso de la Mujeres a una Vida Libre de Violencia (LGAMVLV). Artículo 5, fracciones VI y VII. La fracción **VI**. Víctima. La mujer de cualquier edad a quién se le inflige cualquier tipo de violencia. **VII**. Agresor.- La persona que inflige cualquier tipo de violencia a la mujer.

Estas fracciones referirían a hombres y otras mujeres, pero la designación contextual de la norma siempre evoca como fin último y primero a la víctima mujer porque es a quién quiere proteger; entonces ¿en verdad buscará protegerla incluso de otras mujeres? Ese es el problema *aporético* y en la *praxis*.

Esta ley posiciona en el rol protección igualitaria en lo esencial a la mujer, porque no puede ser igual culturalmente, por los abusos del hombre sobre ella en la historia de los roles.

Sin embargo, la ley en comento, al situar a la mujer víctima, coloca siempre al hombre en el rol de sujeto activo; esto implica que la herramientas que se dan en esta ley como formas de atención inmediata y de prevención se dirigirán administradas desde si, a otras leyes sustantivas, y la posición del sujeto del cual se genera la herramienta legal, siempre vulneren al hombre en todas circunstancias incluso a los buenos hombres en caso no graves.

Es decir, la correlación de esta ley y sus medidas de protección obligan a los fiscales a relacionar a la víctima y victimario en un rol determinado desde la medida de protección; la pregunta sería ¿existen hombres víctimas protegidos por esta ley? y la respuesta semántica sería no, no obstante las otras leyes que califiquen la violencia

puedan ser genéricas, por tanto, la mujer es un grupo vulnerable culturalmente, pero ¿así lo dirán los datos empíricos hoy día?

Para entender mejor tendríamos que referirnos a la tópica que nos permite saber si una palabra clave pese a sus contextos es fundamental en un lenguaje legal razonable o es secundaria y por tanto requiere de tratamientos diferentes.

La tópica se posiciona en el discurso, es decir, en la ley y ubica palabras claves de acuerdo a la posición del concepto, es decir, donde la colocó el legislador y de ahí en forma descendente deberán de relacionarse las demás leyes sustantivas al respecto. Si la palabra se ubica en un uso vertical, refiere a una norma de derecho público y observa una caída, o sea subordinación de conceptos verticales que impiden contradicciones, pues la norma superior somete a la inferior; si la norma es común o de relativa importancia o requiere de complementos del mismo nivel, entonces es de uso privado y horizontal.

Así, la tópica primero detecta si la palabra es concepto, de qué tipo y luego nos permite ubicarla en el ordenamiento jurídico como horizontal o vertical. Si la palabra clave es “concepto y en su uso debe ser vertical⁷ y su contexto obligadamente general”; si es definición (no concepto), el *topoi* (clave) es horizontal y permite usos del mismo nivel dependiendo las situaciones. Esto permite controlar los diferentes rangos de significación de los conceptos y en el caso que nos ocupa limitaría las diferenciaciones operacionalizando criterios del mismo nivel es decir: en el rango superior tendría que significarse igualdad y dar su supuesto de no discriminación, en caso de que no quede claro abriría un ambigüedad de uso y de contexto. Esto último es lo que pasa en el marco mexicano, donde la “igualdad es, referida abiertamente sin límites” y para operacionalizarla deri-

7. La definición siempre describe lo que es la cosa; el concepto da sustancia y relaciona de forma universal la condición de algo, entendible de una sola manera, sin matiz.

van o interpretan el concepto “discriminación como no igualitario” lo que materialmente termina volteado el verdadero sentido al que se tiene o bien respecto de quién ejerce la ventaja.

Todo esto hace que la igualdad sustancial se vea desigual, luego entonces, las resoluciones o interpretaciones judiciales terminan siendo justificaciones legaloides para resolver a favor de la legitimidad discursiva no objetiva y social.

En México, y de acuerdo a Ley General para que las Mujeres Vivan Libres de Violencia (LGAMVLV), y desde la tipología penal, hombre, es símbolo y referente de: sujeto activo siempre y mujer, sujeto pasivo. No sólo se determina un rol obligado sino refiere a consecuencias no igualitarias, es decir, la justicia distributiva y material se hace presente, rompiendo los elementos de generalidad de la ley que hacen del discurso jurídicamente bien elaborado un lugar no general sino particular (recuérdese que es desde la visión estricta de la metodología legal) esto ratifica entonces en la tópica que, acción afirmativa y posicionamiento de roles es entonces, un contexto legitimador y no aplicación vertical de la ley.

En el caso de los Estados Unidos de Norteamérica, su *topoi* igualdad, se operacionaliza con la enmienda XIV, donde se afirma: “... las personas no deben de ser tratadas como iguales sino deben de ser tratadas de forma similar”.

Véase: principio universal constitucional: todos son iguales.

Tratamiento práctico material justicia distributiva: Blancos y negros.

Se atiende igual bajo circunstancias específicas.

Pensemos, acaso es igual ante la justicia un rico que un pobre; un poderoso político que un sujeto cualquiera; la respuesta es: sí, sustantivamente, no de acuerdo a la condición; por ello esa condición es justicia distributiva, dependiendo del abordaje en la práctica de la justicia procesal y no en la sustantiva, de lo contrario posiciona-

mos siempre en la *praxis* a uno sobre el otro, y con antelación podemos revertir el problema.

De acuerdo con los diferentes tratadistas en temas de filosofía jurídica y de argumentación, la solución posible radica en el uso de los conceptos claves o los *topoi* básicos de primer nivel; sería necesario poder interpretar en el entendido judicial y con claridad, cual sujeto ubica en qué extremo del concepto es decir, a qué nos referimos o a quién, y, en qué circunstancias y bajo qué idea sustantiva es decir, en que concepto base, y así podremos bajar de nivel en los conceptos para lograr las referencias que le corresponden al concepto clave superior y a quién se aplica, todo esto nos daría la llamada “justicia por asignación”.

La justicia o el ámbito de justicia por asignación se refiere a: qué cosas designa la ley, y a quienes alcanza; también nos remite por necesidad a su extremo, el ámbito de justificación o justicia por formalidad, es decir, tipo de formas en las que se llega a alguien “el por qué”.

Esto en sentido **tópico** sería:

Concepto es: Unión de tres elementos y un referente sujeto-objeto.

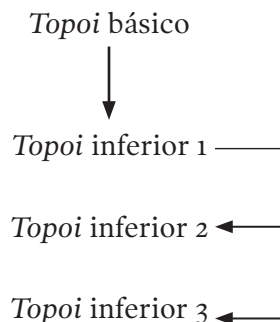
A qué me refiero $\longleftrightarrow$ palabra clave $\longleftrightarrow$ circunstancias

Si el enunciado legal sigue esa lógica la justicia igualitaria sería (en el mismo esquema del concepto *tópico*:

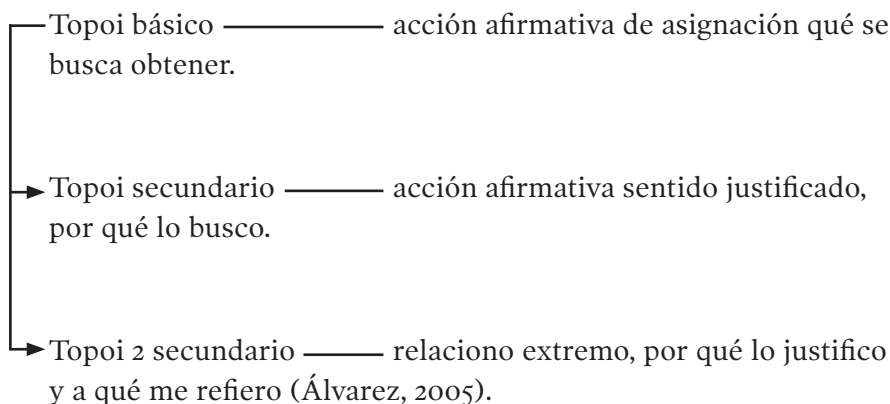
Justificación sustantiva

concepto $\longleftrightarrow$ palabra clave $\longleftrightarrow$ asignación

Y lo mismo pasa cuando de este esquema básico se derivan leyes secundarias o enmiendas.



En la idea de la acción afirmativa es:



Bajo los razonamientos anteriores entonces, la protección de la diferencia estriba en el control directo que hace el Estado para atender los reclamos de igualdad distributiva y/o descriptiva y el rango de justificación lo dará el “solicitante” permitiéndole alcanzar sus metas.

Ejemplo: Reclamo al Estado de un trato igualitario para obtener empleo. El supuesto básico será, “todos tenemos el mismo derecho a laborar” reclamos al Estado, supuesto justificador, “si estamos capacitados para el empleo”

El Estado resuelve: descriptivamente a todos; incluye la no diferencia sustancial para aplicar a un empleo (no importa raza, sexo, color, condición).

Distribución por justificación: si somos diferentes es por la capacidad para realizar el empleo (no por la condición sustantiva origen)

Otro ejemplo: todos tenemos derecho a la seguridad e integridad personal.

- Justicia descriptiva tópico base: Nadie tiene derecho a lesionarnos
- Justificación: No importa el rol, todos somos protegidos, en particular si estoy al seno de la familia sin importar rol.

Ahora pensemos, en nuestro ejemplo inicial “protección de la mujer para que viva libre de violencia”:

- Si me refiero al género: es justicia descriptiva. Todos merecemos respeto.
- Si nos referimos a la justificación: Por qué soy mujer la violentada, y el otro siempre es el agresor.

¿Qué pasa en la *praxis* cuando esto es usado? ¿Qué pasa cuando no hay certeza material de esto? ¿Vale más una mujer dentro de una relación que fuera?

Y nos remite a la evidencia empírica para saber si la justicia descriptiva en México protege a las minorías, en este ejemplo a las mujeres:

Hombres golpeados por mujeres: 1997 --- 1% de denuncias contra 99% mujeres, 2005 --- 10%, 2013 --- 23%⁸

8. Datos tomados de: Iris Concha y, Martínez Edith, Fuente Internet, Estudios de Tesis UNAM, Julio 2016 s/e.

En otro estudio,⁹ de cada 10 mujeres asistidas por el organismo de ayuda y asesoría a mujeres víctimas de violencia de la Procuraduría General de Justicia del DF., 2012, 2013.

9 son sometidos a medida cautelar de acuerdo a ley de protección a mujeres; 6 se consignan y 1 recibe sentencia condenatoria; es decir, de los 10 acusados 1 es sancionado, el resto, regresa por perdón de la mujer, se levantó la medida por efecto temporal, alcanzó fianza o se amparó durante el proceso.

Otro dato revelador es la afirmación el psicólogo Óscar Chávez: “(...) 6,503 denuncias de hombres que, en el periodo de enero de 2014 a noviembre de 2015, sufrieron agresiones o abusos de parte de su pareja, esposa u otro familiar cercano. (...) Por el momento las denuncias de hombres maltratados son mucho menos que las presentadas por mujeres 23,965 casos (...)” (sic) (*Reforma*, 2016).

La pregunta ¿es un problema de distribución material? Sí, porque la ley define justificando sustantivamente y describiendo una desigualdad, y en el tratamiento judicial la diferenciación material surge y el juez aplica al *topoi* superior de protección distributiva porque el quejoso no alcanza a mostrar la diferencia perseguida sin dañar al acusado o sin encontrar motivos que cambien el hecho esencial por circunstancias diversas en el proceso; esto a su vez demuestra por ejemplo, que proteger un género atacando al otro sustantivamente siempre regresa el problema a su origen.

De acuerdo con los resultados los ministerios públicos de la Ciudad de México, no siempre ven la relación del daño y la acreditación fehaciente del hecho delictivo, pero por determinaciones o acuerdos de los procuradores se les ordena consignar o llevar a proceso a los hombres respecto de la mujeres en temas de género y no al revés (o medida política que explicaría una forma genérica

9. Datos realizados por el autor de este artículo, de la Investigación Violencia y Prevención de Género en el DF., tratamiento preliminar cifra negra, trabajo inédito.

de crear un contexto). Al llegar a la esfera jurisdiccional, el juez pondera y valora distributiva y sustantivamente, por eso el número de mujeres protegidas cambia la realidad, la regresa a su estatus de origen (se desisten), son amparados los quejosos o en su momento debido al sistema de justicia “anterior” son liberados los hombres en auto de plazo constitucional y la pregunta sería ¿y la protección de la víctima? ¿Y el agresor? ¿Cambió el sistema contextual? ¿Se responderá con la idea de dar una lección a los hombres como medida temporal?

Sin embargo y pese a lo antes expuesto, las variaciones que puedan surgir en un proceso influyen en los datos comentados, pues el juez en muchos casos niega, el acceso a la justicia cuando se trata de hombres maltratados, pues estos (jueces) deducen qué, no se cumplen supuestos de violencia o de tratamiento de género. Esto es en parte obvio, pues las medidas de protección especial a la violencia de género refieren al hombre como agresor, y por tanto sólo están a lo dispuesto en leyes familiares o penales donde se requieren dictámenes psicológicos de afectación o meras imputaciones de la mujeres, como pruebas objetivas del hecho, que no son requeridas para las mujeres (bajo contexto cultural o de forma específico en las normas de operacionalización), obsérvese el siguiente ejemplo, tomado de la solicitud de medidas de protección y consignación respecto de una mujer agresora a su esposo, por parte del ministerio público en el enfoque de género y donde el servidor público ve la idea del contexto sustantivo en leyes familiares y penales, es decir no ve “en el agresor” un rol sino un actitud de acción y el juez operacionaliza las leyes y regresa la práctica legaloide donde el juez, busca a diferencia y no acepta en la posición del victimario:

Caso de Consignación y Búsqueda de medidas de protección de un hombre contra una mujer en la Ciudad de México, con base en igualdad sustantiva y la negación de la justicia por carga material. Se reproducen partes de una causa, cambian nombres y se omiten

datos de las partes como fines ilustrativos pero, bajo una secuencia empírica que comienza a ser tendencia.

Fiscalía Desconcentrada en Gustavo A. Madero
Agencia Investigadora del M.P GAM-2, Turno Segundo
Indagatoria: 2/t2/00863/XXXX
Violencia Familiar, Agresor Reincidente.
Directa: Junio 6 del 2015.

---HACE CONSTAR Se presentó el denunciante OSVALDO XXXXXXXX, quien viene a presentar denuncia por el delito de violencia familiar al (AGRESOR REINCIDENTE) de nombre MARI XXXXXXXXXX, (...) En virtud de que fue agredido por ella con un desarmador y le profirió insultos y amenazas verbales. HECHOS--- La señora XXX, me agredió, me amenazó a mí y mis hijos, fue a buscarme a casa de mi abuela en una camioneta grande cerrada color amarillo; me alejé de ella el día diez de mayo y desde esa fecha sigue buscándome y agredéndome, me sigue echando en cara que soy UNA *****,QUE NO HAGO NADA NI POR MI NI POR MIS HIJOS, QUE SOY MANTENIDO, UN *****, PORQUE REGRESÉ CON LA MADRE DE MIS HIJOS, DESPUÉS ME AGREDIO CON UNA LIMA INTENTANDO ENTERRARMELA EN EL ESTÓMAGO, ME RASGUÑO EN LA CARA Y EN EL BRAZO IZQUIERDO, MESES ATRÁS ME ATACO CON UN CUCHILLO EN EL PECHO Y ME ENTERRO UN PEDAZO DE VIDRIO EN LA CABEZA.

SE HACE CONSTAR--- se reciben informes psicológicos del CAVI¹⁰---informe médico legista, SE DA FE DE LESIONES QUE TARDAN EN SANAR MENOS DE QUINCE DIAS, NO ES TOXICOMANO

SE ACORDÓ--- ESTA REPRESENTACIÓN SOCIAL CON LAS FACULTADES QUE ASÍ LA LEY LE CONFIERE DECRETA MEDIDAS CAUTELARES EN FAVOR DE LA víctima DE VIOLENCIA FAMILIAR...MEDIDAS QUE SE DECRETAN DE MANERA PROVISIONAL MÁS NODEFINITIVA

10. (CAVI) Centro de Atención a Víctimas.

NI LIMITATIVA Y LAS CUALES PODRAN AMPLIARSE POR LA AUTORIDAD JUDICIAL O ADMINISTRATIVA QUE SIGA CONOCIENDO DE LOS HECHOS. FUNDAMENTOS artículos 21 Constitucional, 9 fracción XXII, 9 Bis fracción XVII y XVIII, 12, y 273 del Código de Procedimientos Penales del DF, y 2, fracción VII y 12 fracción I de la Ley Orgánica de la Procuraduría de Justicia del DF, se ordena Código Águila en el domicilio de la víctima. **Con la finalidad de que abstenga de cometer actos de violencia contra la víctima y de preservar en núcleo familiar del agraviado y su integridad física.**

Junio 25 del 2015.

ACTUACIONES... SE ACORDÓ: Remítase actuaciones para su prosecución y perfeccionamiento a la **Fiscalía de Procesos en Juzgados Familiares y a los Juzgados Penales de Delitos no graves, para que se cumplan medidas cautelares y se sigan las causas.**

CONSIGNACIÓN:

JUEZ PENAL DE DELITOS NO GRAVES EN TURNO EN EL DF.

EL C, MP ADSCRITO SOLICITA.: JUNIO 29 2015.

(...) Se solicita a su Señoría, el OTORGAMIENTO DE MEDIDAS CAUTELARES EN FAVOR DE LA VÍCTIMA DE NOMBRE OSVALDO XX XX, DE 23 AÑOS DE EDAD, EN CONTRA DE LA IMPUTADA MARI XX XX, DE 30 AÑOS DE EDAD (...) MEDIDAS

1.- artículo 9 TER CAUTELARES.

Fracción II.- La prohibición a la probable responsable de nombre MARI XXXX, de acercarse o ingresar al domicilio o lugar de trabajo de la víctima o cualquier otro lugar que éste frecuente.

Fracción IV.- La prohibición de la probable responsable MARI XXXX, de comunicarse por sí o por cualquier medio o interpósita persona con la víctima de nombre OSVALDO XXXX.

Fracción VI.- Apercibir a la probable responsable a fin de que se abstenga de ejercer cualquier tipo de violencia en contra de la víctima OSVALDO XXXX.

Y cualquier otra que su señoría considere.

AUTO DE RADICACIÓN: 29 DE JUNIO JUZGADO 17 DE DELITOS NO GRAVES DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DF. SRÍA: A, EXP: xx/2015.

RESPONSABLE: AMRI XXXX.

DELITO: VIOLENCIA FAMILAR

EN CONTRA DE: OSVALDO XXXX.

Auto de radicación.- --- en relación al pedimento ministerial, es oportuno señalar, que el MP deberá de solicitar las medidas cautelares y precautorias que sean necesarias para la protección y auxilio de las víctimas. EN CASO DE LAS MUJERES, menores de edad, víctimas de violencia que estén en riesgo o peligre su vida, integridad física, la libertad o la seguridad... en tanto el 9 Ter de la codificación procesal establece que: “para delitos que impliquen violencia contra las mujeres”... ..en correlario de lo anterior el actuar del Ministerio Público no está debidamente fundado en contra de MARI XXXX en virtud de que a quién se considera víctima en el pliego que atiende no reúne las características de género, para la aplicación de medidas de protección... es decir no se trata de un menor o adulto mayor....en tales condiciones atendiendo al dispositivo antes mencionado, no resulta procedente la petición ministerial.....(...). No obstante no debe pasar inadvertido que el investigador acorde al 202 del Código Penal del DF, está facultado para apercibir al inculpado, sin distinción de género.

De esta terrible resolución se observa, lo planteado semánticamente. Un Juez, se atiene a conceptos subordinados y no a criterios genéricos de igualdad. Para el juez, el Ministerio Público, puede

“apercibir” a quién sea, tal como lo ordena el código sustantivo, porque ahí ve un criterio contextual, y para él, ahí se da una aplicación distributiva, pero no advierte en su razonar que las medidas cautelares impuestas desde la misma ley y la procesal no determina roles, por eso el fiscal, no se abocó a la ley con corte de género. Esto demuestra como tendencia práctica una desigualdad desde la ley y un cambio de roles.

Ahora pensemos, y cuando la víctima es la mujer y el fiscal se funda en una ley de género ¿Cuál es la defensa del inculpado?

En el caso expuesto, ¿dónde quedó la valoración que acreditó el fiscal si es la misma requerida cuando se trata de una mujer y ahí se tiene resultados materiales?

En ejemplos como estos, los efectos sociológicos muestran también que, una acción de corte afirmativa y sus derivados pueden generar empoderamientos¹¹ y criminalización de sujetos e incluso, *modus operandi* de delitos como en el caso de los delitos de acoso sexual en lugar cerrado, como lo que sucede en el Sistema de Transporte Colectivo Metro de la Ciudad de México, donde ahora las víctimas son los hombres, por las extorsiones de mujeres que se valen de leyes enunciativas sin sentido distributivo.

Como se aprecia, el problema es complejo, y para poder lograr cambiar la lógica de la desigualdades se requerirá primero de dimensiones legales no contradictorias a la hora de la aplicación y judicialización; pero también que el Estado genere patrones de pre-

11. La especialista indicó que son varias las razones que generan esta situación. Por ejemplo, dice, un hombre sin trabajo se siente humillado, derrotado, y esos factores sociales lo afectan de manera personal. Inclusive, señala, los varones se suicidan con más frecuencia que las mujeres, “lo cual revela insatisfacción e impotencia; se saben maltratados y son incapaces de darle salida al problema”, indicó. Galán, José. “La violencia contra hombres, tema poco abordado en México”, Diario *La Jornada Electrónica*, México, 17 junio 2016

vención política- social que cierre diferencias materiales y conceptuales, porque un sistema jurídico es un sistema cultural.

Concebir sujetos que entiendan la universalidad de conceptos es más práctico y elemental que si volvemos conceptos de radicalización y diferenciación de unos sobre otros donde al final siempre habrá un vencido y un sometido o señalado.

VI. POLÍTICA DE DERECHOS HUMANOS EN EL ACTUAL CONTEXTO DE GLOBALIZACIÓN PLANTEADO POR DE SOUSA SANTOS

Desde el punto de vista de este autor, la tarea central de las políticas emancipadoras de nuestro tiempo, consiste en transformar la conceptualización y práctica de los derechos humanos de un localismo globalizado (definido por el autor como un proceso por el cual un fenómeno local dado es exitosamente globalizado, por ejemplo, la globalización de la comida rápida), a un proyecto cosmopolita, esto es, a la defensa de los intereses comunes de los Estados-nación, regiones, clases o grupos sociales.

Para lograr esta transformación, este sociólogo menciona cinco premisas:

La primera, es imperativo trascender el debate sobre el universalismo y el relativismo cultural, afirmando que ambos, como postura filosófica, son erróneos. Contra el universalismo debemos proponer diálogos interculturales sobre preocupaciones isomórficas; y, contra el relativismo, se deben desarrollar criterios procedimentales interculturales para distinguir las políticas progresistas de las reaccionarias, el apoderamiento del desapoderamiento y la emancipación de la regulación. Afirma que dado el debate que provocan los derechos humanos éste puede convertirse en un diálogo competitivo entre diferentes culturas sobre los principios de la dignidad humana, lo

que hace imperativo que tal competencia incentive a las coaliciones transnacionales a correr hacia la cima y no hacia el fondo.

La segunda premisa es que todas las culturas tienen concepciones de dignidad humana pero no todas ellas la consideran como un derecho humano.

La tercera, es que todas las culturas son incompletas y problemáticas en su concepción de la dignidad humana, por el hecho mismo de que existe una pluralidad de culturas, por lo que una de las tareas más cruciales en la construcción de una concepción multicultural de los derechos humanos es elevar la conciencia de la incompletud cultural a su máximo posible.

La cuarta premisa es que todas las culturas tienen versiones diferentes de la dignidad humana. Por ejemplo, la modernidad occidental se ha desdoblado en dos concepciones y prácticas de derechos humanos altamente divergentes, la liberal, o la socialdemócrata o marxista, la primera enfatiza los derechos civiles y políticos y la segunda da prioridad a los derechos económicos y sociales.

Por último, **la quinta** premisa es que todas las culturas tienden a distribuir a las personas y grupos sociales de acuerdo con dos principios competitivos de pertenencia jerárquica.

De Sousa dice que éstas son las premisas de un diálogo intercultural sobre la dignidad humana que eventualmente puede conducir a una concepción mestiza de los derechos humanos.

Por otra parte, el autor habla de la *Hermenéutica diatópica*, cuyo objetivo menciona que es elevar la conciencia de la incompletud a su máximo posible participando en el diálogo, como si se estuviera con un pie en una cultura y el otro en la restante, de donde yace su carácter diatópico.

Afirma que esta hermenéutica diatópica puede ser llevada a cabo entre el *topos* de los derechos humanos en la cultura occidental, el *topos* del *dharma* en la cultura hindú y el *topos* del *umma* en la cultura islámica, y que si pareciera que es incorrecto o ilegítimo

comparar o contrastar una concepción secular de la dignidad humana (la occidental) con concepciones religiosas (la islámica o la hindú), él tiene dos respuestas en contra de tal argumento. “Primero, que la distinción secular/religiosa es distintivamente occidental y en consecuencia lo que distingue cuando es aplicada a la cultura occidental no es equivalente a lo que distingue cuando es aplicada a una cultura no occidental. La segunda respuesta es que la secularización nunca ha sido completamente alcanzada en occidente, lo que se considera como secular es el producto de un consenso”. (Boaventura, 2002: 64)

Por tanto, las concepciones de los derechos universales, son identitarias y progresivas, luego entonces, si las diferencias existen entre iguales, la diferencia no significa cancelación o agresión del contrario para alcanzar un estándar de igualdad, eso sería diferenciar un derecho universalizado.

CONCLUSIONES

Las acciones afirmativas son innegablemente un instrumento que busca salvar las diferencias y lograr la igualdad en un contexto cultural machista. Sin embargo, la estructuración enunciativa de ellas atiende únicamente a un sentido semántico y con ello de justicia descriptiva.

El ejercicio y dificultad de alcanzar la justicia para las mujeres en la práctica no se ha logrado a cabalidad por las práctica de justicia distributiva y las posiciones de roles sociales que aún siguen marcando diferencias. Incluso, en el mismo caso donde las mujeres posicionadas por el éxito del ejercicio de una acción afirmativa ha dado como resultado un trato diferenciado que lejos de buscar igualdad ha desplazado a su contrario.

Las acciones afirmativas, en el andamiaje semántico de leyes que favorecen la llamada equidad de género, contradicen sus resulta-

dos en la justicia material, pues partir de la diferencia para generar igualdad, es una trampa verbal cuando la ley enfrenta en realidad a unos contra otros y como resultado, lesiona al sujeto que, en contexto debería de valorar la diferencia para ser iguales.

Las acciones afirmativas son tan amplias en su espectro semántico qué, se vuelven discursos que generan grupos de protección llamados minorías, abren el alcance de la ley casi a cualquier ámbito de la vida humana descrita por ella y por ese solo hecho deberían de ser de forma atípica (no común a lo que es prevención negativa o social), ejes para evitar delitos contra la mujeres y cualquier individuo posicionando como centro la palabra “género”. Sin embargo, la relación de fundamentos legales de prevención en la violencia a las mujeres y la no discriminación en México, produce contextos negativos desde la tipología penal.

El hombre, debe estar acotado en sus prácticas por leyes que en un contexto discusivo le hagan entender la justicia sustantiva de la igualdad a partir de las diferencias, y con ello, ser valorado únicamente como un igual, en pleno sentido, no en función de aparejamientos numéricos, o de poder, que en realidad logran una contra prevención y la evidencia muestra que el victimario hoy se empieza a ubicar en el rol de víctima.

Los jueces y las demás autoridades, en aplicación de la justicia pro hombre, deberán de tener bien claro que, el varón también es víctima no obstante que los campos semánticos lo ubiquen en un solo extremo de la ley; deberán de ser valientes para no caer en sesgos legalistas y destruir las trampas semánticas para evitar el supuesto entendimiento de la palabra género para luego negar la justicia.

El juez que estima que las pruebas que permite la ley como base para acreditar violencia familiar o de género contra minorías o las mujeres son diferentes o se miden distintos cuando se trata de probar que las mujeres comenten violencia contra los hombres y evi-

dencia dos cosas: actitud mediocre y servil ante la pasividad y mediocridad de la intención legislativa; segunda, la actitud legaloide y desinteresada por hacer del derecho un instrumento de cordialidad con base en empirismo científico.

La mujer deberá entender desde la ley y las políticas públicas, que usar la ley para golpear al hombre y luego renunciar a sus derechos por solo una parte de la justicia también material, también contribuye al no cambio de la cultura.

La ley penal, no puede estar inscrita desde campos de diferenciación objetiva del sujeto activo y pasivo, pues su resultado siempre lograr la injusticia por designación, no importa la aplicación dogmática que se haga.

Prevenir delitos, está en el cambio cultural, las políticas de educación, las estrategias de inhibición y no las de agresión que tarde o temprano, endurecerán la propia violencia ante la ponderación del activo por la sanción en resultados (evitando que el activo decida realizar la conducta más contra agresiva respecto del pasivo, al considerar que por la conducta leve encuentra la misma consecuencia que por la grave, de tal suerte que piense: si por la llamada violencia psicológica se va a la cárcel, un golpe no estaría de más).

Justicia sustantiva, distributiva y por asignación, requieren vinculaciones semánticas claras y subordinadas, expresadas en los cuerpos legales.

Un sistema legal es un sistema cultural y no cambia por el solo hecho de que la ley someta actores o rompa sus propias premisas; se requiere de tiempo, práctica, evidencia plena, igualdad de las partes y sobre todo de no cometer los mismos errores históricos de lo contrario estaremos condenados a seguir igual, tal como ya se muestra en la ley mexicana.

FUENTES

- Alvarez León, José Antonio: *Estudio de la Conformación de la Agenda Penal Nacional (1999-2003), en el Contexto de la Regionalización de Norteamérica. Un acercamiento Tópico Cibernético*. Tesis Doctoral, Fes Acatlán UNAM, 2005.
- Atienza, Manuel: *Las razones del Derecho*, 3ªed., Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 2007.
- Boaventura, de Souza Santos: *Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos, El otro derecho*, Ed. ILSA, Bogotá, número 28, julio de 2002.
- Bucio, Mujica, Ricardo: *Art. Introducción. Acciones Afirmativas*, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, México, 2011.
- Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal
- Código Penal del Distrito Federal
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Convención Americana de Derechos Humanos
- Declaración Universal de Derechos Humanos
- Diccionario de la lengua española*, Ed. Espasa- Calpe, Madrid, 2001.
- Enmienda XIV de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica
- Ley Federal del Trabajo
- Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación
- Ley General de Acceso a las Mujeres a una Vida Libre de Violencia
- Ley General para la Igualdad entre Hombres y Mujeres
- Ley Orgánica de la Procuraduría de Justicia del Distrito Federal.
- Luhmann, Niklas: *Poder*, Ed. Anthropos y Universidad Iberoamericana, México, 2005.
- Pacto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.
- Reforma Diario Electrónico. *6500 Hombres son golpeados por sus parejas en el DF*, (4 de enero del 2016)<http://www.sopitas.com/567491-6-mil-500-hombres-son-golpeados-por-sus-parejas-en-el-df/#sthash.bnQ3vnU9.dpuf>, Visto Enero 2016.

- Rivadeo, Ana María: *Epistemología y política en Kant*, Ed. UNAM – Acatlán, México, 2001
- Rosa Jaimes, Verónica de la: *Una aproximación a la noción de igualdad sustancial*, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- SCJN: Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Protocolo para juzgar con perspectiva de género*, Ed. SCJN, México, 2013.





Análisis del Modelo Competencia de Michael Porter desde la Perspectiva del Derecho Corporativo

Guillermo Martínez Cons

Doctor en Planeación y Liderazgo Educativo, Maestro en Derecho Corporativo Internacional. Profesor por Oposición del Departamento de Ciencias Sociales y Jurídicas, Universidad de Guadalajara, Centro Universitario de Ciencias Económico Administrativas. Correo: gmcons@hotmail.com

RESUMEN: Michael Porter señala que el trabajo del estratega es entender y enfrentar la competencia, para esos efectos diseñó un modelo para evaluar los rendimientos que posiblemente se encuentran en sectores determinados de la economía, ahora bien, si el modelo a primera vista se puede ver muy lejano de los tópicos que cotidianamente se abordan desde la ciencia jurídica, es importante señalar que la interdisciplinariedad, nos permite transferir métodos de una disciplina a otra, en consecuencia, encontramos un modelo de planeación estratégica que los juristas pueden utilizar para detectar obligaciones jurídicas que debe cumplir el agente económico que desea ingresar o mantenerse en el mercado.

Palabras Clave: Derecho Corporativo, Estrategia, Interdisciplinariedad, Modelo de Planeación Jurídica.

ABSTRACT: Michel Porter points out that the job of the strategist is to understand and face competition, for these purposes he designed a model to evaluate the revenues in specific sectors of the economy, however, if the model at first sight can be seen very far from legal science, it is important to note that interdisciplinary allows us to transfer methods from one discipline to another, as a result, we find a model of strategic planning that jurists can use to detect legal obligations of the competitor who wishes to enter or remain in the market.

Keywords: Corporate Law, Interdisciplinary, Legal Planning Model, Strategy

Recibido: 23 de abril de 2016. Aprobado: 10 de junio de 2017.

SUMARIO: I. La empresa como agente básico de la competencia • II. Competencia económica como contexto en que se desenvuelve la empresa • III. Modelo de las ‘Cinco fuerzas’ de Porter y su relación con la organización de la empresa • III.1 La empresa de nuevos entrantes. III.2 Productos o servicios sustitutos • III.3 El poder de los compradores. III.4 El poder de los proveedores • III.5 la Rivalidad entre los competidores existentes • Anexos • Fuentes

I. LA EMPRESA COMO AGENTE BÁSICO DE LA COMPETENCIA

La empresa entendida como una unidad económico-social básica de producción de bienes o servicios dirigidos a satisfacer necesidades sociales a cambio de una utilidad, se presenta como un fenómeno complejo y de difícil definición, cuya presencia en la realidad y su importancia social es incuestionable.

Como primer punto de referencia encontramos el texto normativo contenido en el artículo 16 de la Ley federal del trabajo que refiere a la empresa como “la unidad económica de producción o distribución de bienes o servicios” y la diferencia del establecimiento, definiéndolo como “la unidad técnica que como sucursal, agencia u otra forma semejante, sea parte integrante y contribuya a la realización de los fines de la empresa”.

Un segundo referente legislativo lo encontramos en el artículo 16 del Código fiscal de la federación que confunde la unidad económica con la persona, al definir empresa como “la persona física o moral que realice las actividades a que se refiere este artículo”.

Para entender mejor qué es empresa, resulta pertinente un abordaje desde la doctrina jurídica, merced de lo cual referimos a Garrigues (1998, p. 174) y Cervantes (2004, p. 495), ambos doctrinistas coinciden en que se trata de una universalidad de hecho que carece de individualidad jurídica, consecuentemente no se trata de una persona, y se manifiesta a través del conjunto de actividades que lleva a cabo el empresario –persona– y que consisten en: a) Organizar

una actividad económica que busca satisfacer necesidades sociales, b) comprometer su patrimonio económico, c) asumir los riesgos que presenta una situación *de facto* caracterizada por la competencia y la incertidumbre del mercado.

En un sistema de libre mercado, la competencia se traduce en la concurrencia o incidencia de oferentes y demandantes de bienes o servicios en un mercado delimitado en un sentido geográfico, temporal y productivo, con la finalidad de obtener un bien o servicio o una ganancia en las mejores condiciones de utilidad y precio, dado un ambiente de rivalidad entre competidores. (Witker, Varela, 2003, p.3).

Es evidente, como *empresa* es un fenómeno que necesariamente opera en el mercado; pero resulta relevante señalar que estos fenómenos eminentemente económicos se encuentran regulados por la ley, en consecuencia sujetos a una serie de restricciones dispersas en el sistema jurídico mexicano, lo que dificulta su cumplimiento, y esto necesariamente implica que la operación empresarial enfrentará numerosos riesgos.

En la medida en que un empresario conoce y cumple con estos requisitos, encuentra condiciones que le permiten ingresar de manera más eficiente a los mercados o mantenerse en los mismos. Por otro lado, en la medida en que se incumple con la regulación ya sea por desconocimiento o por falta de voluntad, el empresario enfrentará situaciones que le colocarán en una posición de desventaja que eventualmente pueden terminar por desplazarlo del mercado.

De ahí la importancia de desarrollar un plan de organización que de manera ordenada tome en cuenta todos los aspectos legales relacionados con la actividad que la empresa lleve a cabo en el contexto de competencia que corresponda al mercado en donde se desempeñe.

II. LA COMPETENCIA ECONÓMICA COMO CONTEXTO EN QUE SE DESENVUELVE LA EMPRESA

Competencia deviene en un concepto elusivo y un tanto complicado de entender, dada su naturaleza *compleja*, en consecuencia, consideramos de vital importancia tener un marco de referencia que oriente la significación.

Al respecto, Frisch propone entenderla desde dos tipos de situaciones diferentes, la primera que identifica como “relativa a situaciones habituales” y lo define como:

La relación entre sujetos, personas físicas o morales que ejercen actividades económicas en forma independiente, por medio de venta de mercancías o prestación de servicios similares, con relación a una clientela también similar, de modo que puedan resultar repercusiones entre dichos sujetos, a causa del ejercicio de sus actividades en tal forma que pueda beneficiarse la actividad de otro. (Frisch, 1996, p. 6).

La segunda la identifica como la “relativa a situaciones singulares” y la define como:

Puede también resultar por causas distintas a las señaladas, tales como la similitud de mercancía y clientela; por ejemplo, en caso de que dos industriales requieran la misma materia prima para elaborar los productos, se da una relación de competencia que puede afectar a cualquiera de ellas. (Frisch, 1996, p. 2).

Identificando que la competencia se compone de tres elementos que son: a) el competidor, b) la mercancía, c) la clientela. (Frisch, 1996, p. 2)

De manera analógica encontramos que la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN, Registro: 161 274), sigue este criterio

al referirse a los conflictos que se suscitan entre competidores que utilizan marcas idénticas o similares en el mercado, ya que dicha autoridad considera que no basta que los signos que utilizan los competidores sean semejantes, para considerar que su uso puede ocasionar confusión en el público consumidor, sino que además se deben tomar en cuenta los siguientes elementos:

- a) Naturaleza. Se refiere al examen físico de los productos o servicios, para lo cual se atiende a su composición, principio de funcionamiento, estado físico, apariencia y valor, desde una perspectiva comercial;
- b) Destino. Es la aplicación prevista para los productos y servicios, excluyendo cualquier uso accidental que pueda dárseles, este factor pone de manifiesto la necesidad que pretende satisfacer o el problema que busca resolver;
- c) Utilización. Define la forma en que se usa el producto o servicio para satisfacer su destino;
- d) Carácter de competidor/intercambiable. Se refiere a aquellos productos o servicios que tienen el mismo destino, pues posibilitan al público consumidor a elegir uno u otro a fin de satisfacer la misma necesidad;
- e) Carácter complementario. Los productos o servicios tienen este carácter cuando existe entre ellos una relación de coexistencia, en el sentido de que uno es indispensable para el otro, y no meramente auxiliar o accesorio;
- f) Público de referencia. Se refiere a los clientes reales y potenciales de los productos y servicios en litigio, debiendo distinguir entre un consumidor promedio y uno profesional o especializado y,
- g) Canales de distribución. Este factor se ve reflejado en el tipo y número de agentes que intervienen en la venta o distribución de los productos y servicios. Cabe señalar que estos factores no pueden analizarse aisladamente, pues el riesgo de confusión debe apreciarse globalmente, teniendo en cuenta todos los facto-

res pertinentes que caracterizan a la relación entre los productos sometidos a estudio.

Pereznieto y Guerrero (2002, p. 4) conceptúan la competencia como “una conducta de los diversos agentes económicos en el mercado,” es decir la competencia necesariamente requiere la presencia de agentes económicos que efectúen actos que de alguna manera afecten a sus rivales.

En conclusión, identificamos que la competencia no es un concepto abstracto, sino que de hecho deben existir agentes económicos (empresarios) que pueden ser personas físicas o morales, que en un contexto de rivalidad ofrecen productos o servicios a un público consumidor que busca satisfacer una gran diversidad de necesidades mediante la adquisición de bienes o servicios.

Entender la competencia es importante, ya que es el escenario que ordinariamente enfrentaran los agentes económicos (empresarios) cuando ingresen al mercado en competencia imperfecta, es decir “aquel en el que alguno de los vendedores puede influir o controlar en alguna medida el precio de sus productos.” (Pereda, 2004, p. 6).

III. EL MODELO DE LAS ‘CINCO FUERZAS’ DE PORTER Y SU RELACIÓN CON LA ORGANIZACIÓN DE LA EMPRESA

Michael Porter (Harvard Business Review, 2010, p. 8) conceptuó un modelo que denominó: *Las cinco fuerzas competitivas que le dan forma a la estrategia*, mediante el cual propone una metodología para estudiar sectores económicos en términos sistémicos y generales, con el objetivo de identificar si el futuro es bueno para la actividad pretendida. Este modelo teórico desagrega de forma detallada cada una de las “fuerzas” que influyen en la competencia, que consisten en cinco elementos fundamentales que son: a) amenaza de nuevos entrantes, b) Productos o Servicios sustitutos, c) Poder de nego-

ciación de los compradores, d) Poder de negociación de los proveedores, e) Rivalidad entre los competidores existentes.

Si “el trabajo del estratega es entender y enfrentar la competencia” (Porter, 2010, p. 9), la planeación estratégica es una actividad que debería llevar a cabo de manera permanente cualquier abogado corporativo, aprovechando los beneficios de la interdisciplinariedad, entendiendo que ésta tiene por objetivo transferir métodos y de una disciplina a otra. (Domingo, 2008, p. 34).

En este sentido, el modelo de Porter resulta de utilidad para el abogado corporativo encargado de la planeación estratégica de las estructuras jurídicas que los agentes económicos necesitan para ingresar o mantenerse en los mercados, porque entendiendo las fuerzas que inciden en la competencia, se pueden identificar derechos y obligaciones concretos emanados de las leyes que regulan cada una de las actividades que se deben realizar para ingresar o mantenerse en el mercado y competir, y no verse desplazado por algún aspecto regulatorio o de competencia desleal, al efecto, realizamos un análisis de cada uno de los elementos que componen al modelo, desde la perspectiva del derecho corporativo.

III.1 La amenaza de nuevos entrantes

Lo que Porter conceptúa como “amenaza de nuevos entrantes en el mercado” implica la posibilidad de que nuevos agentes económicos se integren al mercado y compitan con los ya existentes, lo que en consecuencia limita a la rentabilidad potencial del sector.

Al respecto, lo que Porter identifica como un riesgo, desde la perspectiva jurídica se conceptúa como *Libre Concurrencia*, derecho de rango constitucional y garantizado por el Estado Mexicano, en beneficio de cualquier agente económico que quiera realizar actividades lícitas, tal y como se puede constatar de la interpretación concatenada de los artículos 5º y 25º la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM).

Por lo tanto, si bien, la Libre Concurrencia es una “amenaza” en el modelo de Porter, desde la dimensión jurídica, debemos tomar las medidas necesarias para: a) respetar las reglas de acceso al mercado, b) evitar que el agente económico lleve a cabo actividades de competencia desleal prohibidas entre otros cuerpos legislativos como el Código de comercio (CC), la Ley federal de competencia económica (LFCE), la Ley de la propiedad industrial (LPI), y la Ley federal de protección al consumidor (LFPC) entre otros ordenamientos.

Los nuevos entrantes se encontraran con barreras de entrada, que son ventajas que tienen los actores establecidos en comparación con los nuevos entrantes, e identifica siete fuentes importantes:

1. Economías de escala por el lado de la oferta. Estas economías aparecen cuando empresas que producen a volúmenes más grandes disfrutan de costos más bajos por unidad, pues pueden distribuir los costos fijos entre más unidades, usar tecnología más eficaz o exigir mejores condiciones de los proveedores.
2. Beneficios de escala por el lado de la demanda. Aparecen en sectores donde la disposición de un comprador para pagar por el producto de una empresa aumenta con el número de otros compradores que también usan la empresa.
3. Costos para los clientes por cambiar de proveedor. Cuando los compradores cambian de proveedor, deben asumir ciertos costos fijos. Por ejemplo la capacitación de los empleados respecto al uso del nuevo producto. Mientras más altos los costos por cambiar de proveedor, más difícil será para un recién llegado adquirir clientes.
4. Requisitos de capital. La necesidad de invertir grandes sumas de recursos financieros para poder competir puede impedir la entrada de nuevos competidores, especialmente cuando el capital se requiere para pagar gastos irre recuperables.
5. Ventajas de los actores establecidos independientemente del tamaño. Los actores establecidos tendrán ventajas de costos o de

calidad que no están al alcance de sus potenciales rivales, pueden ser tecnologías, mejor acceso a fuentes de materias primas.

6. Acceso desigual a los canales de distribución. Mientras más limitados son los canales mayoristas o minoristas y mientras más copados os tienen los competidores existentes, más difícil será entrar al sector.
7. Políticas gubernamentales restrictivas. Las políticas gubernamentales pueden obstaculizar o promover en forma directa la entrada de nuevos competidores a un sector, y también pueden extender (o eliminar) las otras barreras de entrada. (Porter, 2010, p. 12)

Desde lo jurídico, estas barreras las podemos clasificar como Regulatorias y No Regulatorias.

Por lo que se refiere a las barreras regulatorias, los nuevos entrantes deben cumplir primero con las reglas de la Ley Inversión Extranjera, cuerpo normativo que cataloga diversas actividades económicas, mediante las cuales, se establecen barreras de acceso que limitan la entrada de los agentes económicos en el sector, y que se refieren a: a) las actividades estratégicas cuya operación corresponde de manera exclusiva al Estado Mexicano, b) actividades que únicamente pueden desarrollarse por nacionales mexicanos, finalmente, c) aquellas en las que se admitirá participación extranjera en la proporción que dicha ley los señale.

Otro aspecto regulatorio importante lo encontramos en la relación del Agente económico con la Administración Pública en sus tres niveles de gobierno, que de manera coordinada le autorizaran el ingreso al mercado para que pueda competir una vez que obtenga los permisos, concesiones, autorizaciones relacionadas con la actividad económica que se pretenda desarrollar. Esto implica cumplir con los requerimientos para obtener desde el permiso de uso de suelo, seguido de la licencia municipal para operar el giro comercial, hasta las autorizaciones de diversas Secretarías de las Entida-

des Federativas y de las Federales, que tienen el efecto de autorizar al agente económico para realizar determinadas actividades como operar minas, hospitales, fábricas, o explotar flora o fauna, sólo por señalar algunos ejemplos.

Por lo tanto no tomar en cuenta estas regulaciones podría resultar en una catástrofe financiera, ya que si el empresario realiza inversiones sin cumplir con las reglas de entrada, se va a enfrentar con diversas barreras que le provocaran pérdidas por la dilación en la entrada al mercado pretendido, multas, clausuras, o la imposibilidad de operar legalmente.

Por lo que se refiere a las barreras no regulatorias, además de las señaladas en los puntos 1 a 6 de Porter, en tanto dichas actividades o ventajas no se constituyan en:

Barreras a la competencia y la libre competencia: Cualquier característica estructural del mercado, hecho o acto de los agentes económicos que tenga por objeto o efecto impedir el acceso de competidores o limitar su capacidad para competir en los mercados; que impidan o distorsionen el proceso de competencia y libre competencia, así como las disposiciones jurídicas emitidas por cualquier orden de gobierno que indebidamente impidan o distorsionen el proceso de competencia y libre competencia (artículo 3 fracción IV, LFCE)

en los términos de lo regulado en Libro Segundo de la LFCE, que se refiere a conductas anticompetitivas, que incluyen actos que se clasifican como prácticas monopólicas absolutas y prácticas monopólicas relativas, serán consideradas como legales, por lo tanto, disponibles y utilizables por los agentes económicos compitiendo.

Una barrera no regulatoria que se hace relevante durante el sexenio del Ex presidente Felipe Calderón Hinojosa, y que continua hasta la fecha la constituye la llamada *Delincuencia Organizada*, Esto implica que grupos delincuenciales han tomado control de diversos

sectores económicos como el minero (Nájar, 2014, en línea) o el restaurantero por citar algunos.

En el caso del sector restaurantero, poco se habla sobre el tema, sin embargo, es notoriamente conocida la práctica del llamado ‘*cobro de piso*’, situación que evidentemente implica desalentar a los nuevos competidores, por los riesgos que implica la operación del negocio (*El Informador*, 2016), y por otro lado, la merma sistemática a las utilidades, en un contexto en donde todo indica que el gobierno en sus tres niveles adopta una postura complaciente que beneficia a los delincuentes y desprotege a los agentes económicos que llevan a cabo actividades lícitas.

III.2 Productos o servicios sustitutos

Porter (2010), señala que “un sustituto cumple la misma función –o una similar– que el producto de un sector mediante formas distintas. Cuando la amenaza de sustitutos es alta, la rentabilidad del sector sufre. Un sustituto no es comprar algo, comprar un producto usado en lugar de uno nuevo, o hacerlo uno mismo (llevar el servicio o el producto a la propia empresa)” (p. 18).

En el contexto mexicano, además de las indicadas por Porter, identificamos que las falsificaciones de productos, operarían como sustitutos, al efecto, toman relevancia las reglas para sancionar la competencia desleal contemplada por el artículo 213 de la Ley de la Propiedad Industrial (LPI), relativas al uso ilegal de marcas o de inventos patentados.

También podríamos considerar que una forma de sustitución de productos o servicios se actualiza cuando éstos son proporcionados o puestos a disposición del público mediante actos de competencia desleal llevados a cabo por trabajadores en perjuicio del patrón; por ejemplo, el uso y la divulgación de información confidencial de la cual tengan conocimiento por razón del trabajo que desempeñan, situación regulada por la Ley Federal del Trabajo (LFT) en el artículo:

Artículo 134. Son obligaciones de los trabajadores:

XIII. Guardar escrupulosamente los secretos técnicos, comerciales y de fabricación de los productos a cuya elaboración concurren directa o indirectamente, o de los cuales tengan conocimiento por razón del trabajo que desempeñen, así como de los asuntos administrativos reservados, cuya divulgación pueda causar perjuicios a la empresa.

Situación que constituye una causa de rescisión de la relación de trabajo, sin responsabilidad para el patrón de acuerdo a lo dispuesto por la fracción IX del artículo 47 de LFT, esto concatenado con el Título Tercero titulado “De los Secretos Industriales”, y las fracciones III, IV y V del artículo 223 de LPI que contemplan estas actividades como *Delitos Especiales*. Como se puede observar, las medidas para sancionar estas actividades las encontramos en el trámite de los procesos administrativos de infracción ante el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial, o la presentación de la denuncia de hechos ante el Ministerio Público Federal.

La medida para evitar esta indebida sustitución de productos o servicios, son los pactos de no competencia y confidencialidad que se pueden celebrar entre el trabajador y su patrón, entre socios y entre el comprador y el vendedor de una negociación mercantil.

Este pacto de no competencia es jurídicamente muy delicado, ya que puede violentar la garantía de *libre concurrencia* establecida en el artículo 5º constitucional, para orientar el sentido de estos pactos es importante identificar si la limitación se sujeta a cierto plazo, territorio, clientes, actividad, productos o servicios específicos, o por otro lado se trata de una restricción ilimitada.

De acuerdo con el criterio sustentado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis “PACTOS DE NO COMPETENCIA EN LA ENAJENACIÓN O TRASPASO DE EMPRESAS. NO VIOLAN LA LIBERTAD DE OCUPACIÓN” (Registro: 165 500), en el primer supuesto plantea-

do, es decir, cuando la restricción se encuentra limitada, se puede considerar legal, en el segundo caso, se le considera ilícita y en consecuencia violatoria del dispositivo constitucional indicado.

Si bien el Estado mexicano por mandato Constitucional está obligado a garantizar la concurrencia y la competencia con la finalidad de promover la eficiencia económica (Witker, Varela, 2003, p.10), en términos de lo dispuesto por los artículos 5º, 25º y 28º de la CPEUM, en relación con la ley federal de competencia económica, la ley de la propiedad industrial, la ley federal de protección al consumidor como leyes secundarias que operacionalizan los preceptos constitucionales indicados, aparece un intrincado sistema que establece límites a la actividad empresarial, cuyo objetivo consisten en inhibir actos de competencia desleal, situación que debe estar siempre presente en el proceso de estructuración y operación empresarial.

III.3 El poder de los compradores

Según Porter (2010), “los clientes poderosos son capaces de capturar más valor si obligan a que los precios bajen, exigen mejor calidad o mejores servicios (lo que incrementa los costos) y, por lo general, hacen que los participantes del sector se enfrenten, todo en perjuicio de la rentabilidad del sector.” (p. 16).

Por mandato de la ley, los competidores (empresarios) están obligados a observar una conducta que en todo momento respete los derechos de los consumidores en varias dimensiones.

Primero encontramos los derechos tutelados por la Ley Federal de Protección al Consumidor, que de acuerdo al artículo primero consisten en:

El objeto de esta ley es promover y proteger los derechos y cultura del consumidor y procurar la equidad, certeza y seguridad jurídica en las relaciones entre proveedores y consumidores.

Son principios básicos en las relaciones de consumo:

- I. La protección de la vida, salud y seguridad del consumidor contra los riesgos provocados por productos, prácticas en el abastecimiento de productos y servicios considerados peligrosos o nocivos;
- II. La educación y divulgación sobre el consumo adecuado de los productos y servicios, que garanticen la libertad para escoger y la equidad en las contrataciones;
- III. La información adecuada y clara sobre los diferentes productos y servicios, con especificación correcta de cantidad, características, composición, calidad y precio, así como sobre los riesgos que representen;
- IV. La efectiva prevención y reparación de daños patrimoniales y morales, individuales o colectivos;
- V. El acceso a los órganos administrativos con vistas a la prevención de daños patrimoniales y morales, individuales o colectivos, garantizando la protección jurídica, económica, administrativa y técnica a los consumidores;
- VI. El otorgamiento de información y de facilidades a los consumidores para la defensa de sus derechos;
- VII. La protección contra la publicidad engañosa y abusiva, métodos comerciales coercitivos y desleales, así como contra prácticas y cláusulas abusivas o impuestas en el abastecimiento de productos y servicios.
- VIII. La real y efectiva protección al consumidor en las transacciones efectuadas a través del uso de medios convencionales, electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología y la adecuada utilización de los datos aportados;
- IX. El respeto a los derechos y obligaciones derivados de las relaciones de consumo y las medidas que garanticen su efectividad y cumplimiento;
- X. La protección de los derechos de la infancia, adultos mayores, personas con discapacidad e indígenas, y

XI. La libertad de constituir grupos u otras organizaciones de consumidores que, sin contravenir las disposiciones de esta ley, sean garantes de los derechos del consumidor.

Los derechos previstos en esta ley no excluyen otros derivados de tratados o convenciones internacionales de los que México sea signatario; de la legislación interna ordinaria; de reglamentos expedidos por las autoridades administrativas competentes; así como de los que deriven de los principios generales de derecho, la analogía, las costumbres y la equidad.

Esto implica que el consumidor debe estar debidamente informado de sus derechos, y garantías, además de asegurar que los productos o servicios cumplen con las regulaciones sanitarias con el objetivo de proteger la salud, en consecuencia, esto evidencia como se imbrican las normas contenidas en la ley general de salud, ley federal de protección de datos personales en posesión de los particulares, ley federal para prevenir y eliminar la discriminación, en relación con las disposiciones técnicas de las normas oficiales mexicanas y normas mexicanas que correspondan a cada sector.

III.4 El poder de los proveedores

Porter (2010), señala que “los proveedores poderosos capturan una mayor parte del valor para sí mismos cobrando precios más altos, restringiendo la calidad o los servicios, o transfiriendo los costos a los participantes del sector.” (p. 15).

Este sector se podría caracterizar por la realización de actividades que constituyen prácticas monopólicas absolutas o relativas, contempladas en la Ley Federal de Competencia Económica, en relación con el Título Decimocuarto, titulado *Delitos Contra la Economía Pública*, que inicia a partir del artículo 253 del Código Penal Federal.

III.5 La rivalidad entre los competidores existentes

Porter (2010), señala que “la rivalidad entre competidores existentes adopta muchas formas familiares, incluyendo descuentos de precios, lanzamientos de nuevos productos, campañas publicitarias, y mejoramiento del servicio.” (p. 20).

Al respecto, consideramos que las reglas que imperan en relación con los competidores del segmento inician en lo dispuesto por el artículo 6 bis del Código de Comercio que ordena que:

Los comerciantes deberán realizar su actividad de acuerdo a los usos honestos en materia industrial o comercial, por lo que se abstendrán de realizar actos de competencia desleal que:

- I. Creen confusión, por cualquier medio que sea, respecto del establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial, de otro comerciante;
- II. Desacrediten, mediante aseveraciones falsas, el establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial, de cualquier otro comerciante;
- III. Induzcan al público a error sobre la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de los productos, o
- IV. Se encuentren previstos en otras leyes.

Las acciones civiles producto de actos de competencia desleal, sólo podrán iniciarse cuando se haya obtenido un pronunciamiento firme en la vía administrativa, si ésta es aplicable.

Y se concatenan con: a) las infracciones señaladas en el artículo 213 de la Ley de la Propiedad Industrial, b) las prácticas monopólicas indicadas en los artículos 52 a 57 de la Ley Federal de Competencia Económica, c) prohibición de la publicidad engañosa y abusiva.

En este entorno de competencia, los signos que sirven para distinguir a los diferentes competidores y las condiciones de calidad y precio que se encuentran relacionadas y que sirven a los consumidores para efectuar sus decisiones de compra, ponen de manifiesto la gran importancia de la Ley de la Propiedad Industrial que nos garantizan el uso exclusivo de las marcas y otros signos distintivos.

Por otro lado, todas las operaciones cotidianas se encuentran relacionadas a contratos de naturaleza mercantil o civil, de ahí la necesidad de cumplir con las disposiciones del Código de Comercio y el Código Civil.

CONCLUSIÓN

La empresa como unidad básica de producción de bienes o servicios destinados a satisfacer necesidades del mercado además de responder las preguntas básicas de qué, cuánto, cómo, dónde y para quién producir, debe ocuparse de otros factores que resultan de gran trascendencia como la rentabilidad del sector al que le interesa integrarse, así como el cumplimiento de toda la normativa jurídica que regula la entrada y permanencia en el sector económico que corresponda a sus actividades.

El modelo de las cinco fuerzas que propone Porter (2010) fue concebido para evaluar los rendimientos que posiblemente se encuentran en sectores determinados de la economía, sin embargo, los juristas lo podemos utilizar como un marco de referencia cuando nos encontramos en: a) la fase de planeación y estructuración de una empresa que busca ingresar al mercado, b) enfrentando un proceso de reingeniería jurídica para corregir problemáticas legales, ya que nos permite identificar actividades y objetivos empresariales que deben ser atendidos por el abogado corporativo.

En consecuencia, resulta de gran utilidad para detectar obligaciones que debe cumplir el agente económico que desea ingresar o

mantenerse en el mercado y competir en mejores condiciones, así como para prevenir y enfrentar la competencia desleal, mediante el cumplimiento de la intrincada y dispersa legislación que regula las actividades empresariales/económicas.

ANEXOS

Anexo 1.

Registro: 161 274

MARCAS. FACTORES QUE PERMITEN DETERMINAR OBJETIVAMENTE LA EXISTENCIA DE SIMILITUD EN GRADO DE CONFUSIÓN DE AQUELLAS QUE PRETENDEN REGISTRARSE CON OTRA REGISTRADA Y VIGENTE.

El artículo 90, fracción XVI, de la Ley de la Propiedad Industrial establece que no son registrables como marcas, aquellas que sean idénticas o semejantes en grado de confusión a otra registrada y vigente, aplicada a los mismos o similares productos; esto es, establece la posibilidad de que marcas idénticas o similares, pertenecientes a titulares diversos, coexistan en el mercado, siempre que los productos o servicios que amparen sean distintos, a fin de no generar confusión en el público consumidor. Por ello, no basta que los signos sean similares o idénticos para considerar que su uso puede ocasionar confusión en el público consumidor, sino que, además, se requiere que los productos o servicios que amparan sean susceptibles de inducir al error y, de esta manera, generar una competencia desleal, pues la propiedad de una marca tiende, primordialmente, a proteger el prestigio del fabricante, de manera que otro no pueda crear otra semejante que explote las ventajas publicitarias de aceptación de aquélla y de su reputación ante los consumidores. En este sentido, y a fin de determinar si una marca puede generar confusión en el público consumidor respecto de otra registrada y vigente, debe realizarse el análisis de los productos o servicios amparados a partir de diversos factores que, en cada caso, permitan determinar

objetivamente la existencia de similitud en grado de confusión, los cuales son: a) Naturaleza. Se refiere al examen físico de los productos o servicios, para lo cual se atiende a su composición, principio de funcionamiento, estado físico, apariencia y valor, desde una perspectiva comercial; b) Destino. Es la aplicación prevista para los productos y servicios, excluyendo cualquier uso accidental que pueda dárseles, este factor pone de manifiesto la necesidad que pretende satisfacer o el problema que busca resolver; c) Utilización. Define la forma en que se usa el producto o servicio para satisfacer su destino; d) Carácter de competidor/intercambiable. Se refiere a aquellos productos o servicios que tienen el mismo destino, pues posibilitan al público consumidor a elegir uno u otro a fin de satisfacer la misma necesidad; e) Carácter complementario. Los productos o servicios tienen este carácter cuando existe entre ellos una relación de coexistencia, en el sentido de que uno es indispensable para el otro, y no meramente auxiliar o accesorio; f) Público de referencia. Se refiere a los clientes reales y potenciales de los productos y servicios en litigio, debiendo distinguir entre un consumidor promedio y uno profesional o especializado y, g) Canales de distribución. Este factor se ve reflejado en el tipo y número de agentes que intervienen en la venta o distribución de los productos y servicios. Cabe señalar que estos factores no pueden analizarse aisladamente, pues el riesgo de confusión debe apreciarse globalmente, teniendo en cuenta todos los factores pertinentes que caracterizan a la relación entre los productos sometidos a estudio.

CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 62/2011. Honeywell International, Inc. 2 de junio de 2011. Unanimidad de votos. Ponente: Jean Claude Tron Petit. Secretario: Marco Antonio Pérez Meza.

[TA]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; XXXIV, Agosto de 2011; Pág. 1380; Registro: 161 274, Numero de Tesis: I.4o.A.78o A

Anexo 2.

Registro: 165500

PACTOS DE NO COMPETENCIA EN LA ENAJENACIÓN O TRASPASO DE EMPRESAS. NO VIOLAN LA LIBERTAD DE OCUPACIÓN.

Estos acuerdos son actos que no contravienen leyes de orden público ni las buenas costumbres, ya que en el ámbito mercantil se tutela la libertad de competencia como valor primordial y lleva inmerso el principio de lealtad. Por tanto, no violan por sí mismos, la libertad de ocupación, sino cuando se extiendan más allá de los límites necesarios para evitar la competencia desleal de que pueda ser objeto el comprador, lo que es materia de determinación en cada caso concreto, de existir controversia entre las partes. Efectivamente, el primer párrafo del artículo 50. de la Constitución Federal, establece una distinción importantísima de los actos lícitos e ilícitos a través de los cuales se desempeña o ejerce una profesión, industria o trabajo, y de esos dos conjuntos sólo tutela los primeros, mediante el mandamiento imperativo de que nadie está autorizado para impedir a los demás su ejercicio, salvo las autoridades, en los supuestos que precisa enseguida el propio párrafo primero. Tal consideración hace patente que la libertad en comento sólo comprende y protege las actividades de carácter lícito. Ahora bien, el acto ilícito se define en el artículo 1830 del Código Civil Federal, como el que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres. Las leyes de orden público son las reglas sobre las que reposa el bienestar común y ante las cuales ceden los derechos de los particulares, porque interesan a la sociedad más que a los ciudadanos aisladamente considerados, funcionan como un límite por medio del cual se restringe la facultad de los individuos sobre la realización de ciertos actos para que tengan efectos dentro de un orden jurídico, pues el

Estado exige su cumplimiento como una necesidad y considerando su irrenunciabilidad, siempre con miras al mantenimiento del orden público o bien común. En cuanto a las buenas costumbres, si bien no se puede acuñar una definición universal y absoluta del concepto, por la relatividad inherente a su propia naturaleza, la armonización de los elementos y modalidades destacadas uniformemente por un sector importante de la doctrina jurídica que ha servido de guía frecuentemente para la interpretación e integración de la normatividad jurídica mexicana, conduce a determinar las buenas costumbres que deben servir de soporte para resolver un caso concreto, con base en el conjunto de prácticas reiteradas en los actos y relaciones de la generalidad de los integrantes de una comunidad humana organizada social, económica y políticamente en un lugar y tiempo determinado, y unida por una tradición cultural definitiva y un núcleo axiológico fundamental común, que les genera la conciencia y convicción de la obligatoriedad moral de esas formas de acción u omisión, como medios indispensables para la consecución del bien general e individual, y los lleva consecuentemente al rechazo y reprobación de las conductas que se aparten de ese acervo ético, aunque se practique la tolerancia parcial de algunas. Es común que en el traspaso o venta de la negociación o empresa, las partes para prevenir el ejercicio desleal de la competencia, adopten cláusulas *ad hoc*, donde determinan específicamente la obligación de no competir, las cuales deben ser analizadas cuidadosamente, a fin de advertir si en realidad tienen ese cometido, y para tal efecto, debe atenderse si es un acuerdo ilimitado, o si se sujetó a cierto plazo, territorio, clientes y actividad, productos o servicios. En el primer supuesto es indudable que se trata de un pacto ilícito, porque restringe de manera absoluta la actividad, y por ende, se enfrenta a las buenas costumbres de los comerciantes. El segundo caso no revisa tal ilicitud, toda vez que se orienta a preservar el valor tutelado dentro de este ámbito, consistente en la libertad de competencia,

por ser medidas preventivas de prácticas desleales, que inclusive aun cuando no se estipularan, el deber resultaría como una consecuencia natural del acto celebrado, de conformidad con el artículo 1796 del Código Civil Federal, donde se prevé que los contratantes se obligan no sólo a lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que según su naturaleza, sean acordes a la buena fe, al uso o a la ley. Ciertamente, como la empresa constituye una unidad económica, compuesta de bienes, derechos y obligaciones, con relaciones propias o exclusivas de ella, tales como la clientela, la propiedad comercial, la actividad intelectual o industrial del empresario, como el nombre comercial, patentes, marcas, etcétera, la cesión o venta de la misma implica, precisamente, el de todos estos elementos, y de competir el vendedor o cedente frente a su adquirente, abusa de los secretos de la negociación, puesto que nadie mejor que él los conoce, pero ya no le pertenecen. Con tal actitud también resta valor al nombre comercial, reduce o acapara toda la clientela, y con ello perjudica al adquirente en el ámbito mercantil.

Amparo en revisión 348/2008. Inelap, S.A. de C.V. 19 de marzo de 2009. Unanimidad de votos. Ponente: Leonel Castillo González. Secretaria: Ma. Luz Silva Santillán.

Época: Novena Época, Registro: 165500, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXXI, Enero de 2010, Materia(s): Civil, Tesis: I.40.C.240 C, Página: 2171

FUENTES

- Cervantes Ahumada, Raúl. (2004). *Derecho Mercantil*. (3ª ed.) México: Porrúa
- Domingo Mota, Raúl. (2008). *Filosofía, Complejidad y Educación en la Era Planetaria*. México: Universidad Autónoma de Nuevo León.
- Frisch Philipp, Walter. (1996). *Competencia Desleal*. (2ª ed). México: Oxford University Press Harla México.
- Garrigues, Joaquín. (1998). *Curso de Derecho Mercantil, Tomo I*, (9ª ed., 2ª reimp.) México: Porrúa.
- Hernández y Rodríguez, Sergio. (1994). *Introducción a la Administración*. (1ª ed.) México: McGrawHill.
- Informador, El. (2 marzo 2016). "Asesinan a hombre dentro de restaurante en colonia Providencia." Recuperado de <http://www.informador.com.mx/jalisco/2016/648070/6/asesinan-a-hombre-dentro-de-restaurante-en-colonia-providencia.htm>
- Nájar, Alberto. (1 mayo 2014). *Minería, el nuevo negocio de los carteles mexicanos*. BBC Mundo, recuperado de: http://www.bbc.com/mundo/noticias/2014/03/140318_mexico_mineria_nuevo_negocio_carteles_narcotrafico_templarios_zetas_an
- Peredo Rivera, Amilcar. (2004). *Competencia Económica. Teoría y Práctica*. México: Porrúa.
- Pereznieto Castro, Leonel, Guerrero Serreau, Renato Roberto. (2002). *Derecho de la Competencia Económica*. México: Oxford.
- Porter, Michael. (2010). *Las cinco fuerzas competitivas que le dan forma a la estrategia*. Harvard Business Review. Febrero (Edición Extraordinaria).
- Serra Rojas, Andrés. (1996). *Derecho Económico*, (4ª ed.) México: Porrúa.
- Witker, Jorge y Varela, Angélica. (2003). *Derecho de la Competencia Económica en México*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.



El poder del estado y los derechos humanos del migrante

Guadalupe Leticia García García

Doctora en Derecho, profesora de tiempo completo nivel "C" adscrita a la Coordinación de Posgrado en Derecho de la Facultad de Estudios Superiores Acatlán de la Universidad Nacional Autónoma de México, pertenece al Sistema Nacional de Investigadores Nivel 2.

RESUMEN: Se habla de los tres tipos de poder del Estado, el político, el económico y el ideológico, sin embargo, la supremacía estará siempre del lado del capitalista por una simple y sencilla razón, es el único que cuenta con los tres tipos de poder. Esto incide directamente en la creación del "enemigo" a través de las leyes, y ya sea que se hable de la Unión Europea o de América Latina, siempre habrá seres humanos, en este caso los migrantes, a quienes deben aplicarse tales leyes con mayor severidad y en casi todos los casos, con la pérdida de garantías y derechos humanos.

Palabras Clave: Poder del estado, Derechos humanos, Migrantes.

ABSTRACT: There is talk of the three types of State power, political, economic and ideological; however, supremacy will always be on the side of the capitalist for a simple and simple reason, is the only one that has all three types of power. This directly affects the creation of the "enemy" through laws, and whether there is talk of the European Union or Latin America, there will always be human beings, in this case migrants, who should be applied with greater severity and in almost all cases, with the loss of guarantees and human rights.

Keywords: State power, Human rights, Migrants.

SUMARIO: I. ¿Quiénes son los enemigos del estado? • II. Ejercicio de poder del estado • III. La norma jurídica como instrumento de poder del estado • IV. Situación actual de los migrantes a nivel mundial • V. La respuesta del estado en cuanto a la defensa de los derechos de los migrantes • Conclusión • Fuentes

Recibido: 17 de abril de 2017. Aprobado: 28 de mayo de 2017.

I. ¿QUIÉNES SON LOS ENEMIGOS DEL ESTADO?

En el fascismo y el nazismo se percibe claramente que el enemigo era la persona que no fuera italiana o alemana, según correspondiera. Sin embargo, al hacer un análisis superficial de quiénes han sido los enemigos del Estado, el ejemplo más ilustrativo es el de Estados Unidos y por la influencia y poder de este país en los países en vías de desarrollo, podría decirse que la creación de “enemigos”, se dio paralelamente.

El endurecimiento del Derecho Penal (con el mínimo respeto de garantías y derechos) se ha dirigido, a quien conviene a los intereses del Estado, en determinada época y momento. En el país antes mencionado ha sido como sigue:

- Inicios del Siglo XX: contrabandistas y comerciantes de bebidas alcohólicas.
- Medios del Siglo XX: Después de la segunda guerra mundial y para protección de los Aliados, el enemigo común fue el comunismo. Se identifica a Rusia como representante del comunismo y enemigo número uno de Estados Unidos. La Guerra Fría se encuentra en sus primeros años. Estados Unidos debe proteger sus intereses, incluyendo los que pudiera tener en América Latina.
- Fines del Siglo XX: La delincuencia organizada, principalmente referente al narcotráfico. En este sentido se lleva a cabo la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas celebrada el 19 de diciembre de 1988, en Viena, Austria. Por poner un ejemplo del alcance de la influencia, jurídicamente hablando, de los países dominantes sobre los que se encontraban en vías de desarrollo, esta Convención es ratificada por México y promulgada a través del Diario Oficial de la Federación del 5 de noviembre de 1990, donde curiosamente no aparece su contenido. Ésta contenía preceptos que iban en contra de lo establecido por el Capítulo de

Garantías Individuales en nuestra Constitución Política, razón por la cual, al existir más presión externa, sobre todo de Estados Unidos, nuestra norma fundamental fue reformada en 1996, para posteriormente, en ese mismo año publicar una de las leyes más represiva que nuestro poder legislativo ha creado en los últimos años, es decir, la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada. Principios del Siglo XXI: Los terroristas.

- Segunda década del Siglo XXI: Los migrantes.

En un círculo que se antoja perverso, se retorna a las ideas del fascismo y del nazismo, se piensa en una “raza superior” que debe dominar y no permitir la intromisión de cualquier extranjero en su territorio.

¿Cómo es posible que esto pueda llevarse a cabo? La respuesta tiene que ver con el poder. Abordemos algunos aspectos teóricos de su ejercicio:

II. EJERCICIO DE PODER DEL ESTADO

Con relación al concepto de poder, John Locke (1983, p. 114) plantea la existencia de tres tipos de poder, en primer lugar está el poder paternal, es decir, el poder de los padres sobre los hijos; en segundo lugar se encuentra el poder político que es el que todos los hombres poseen en el estado de naturaleza y al que luego renuncian y ponen en manos de la sociedad. Ésta les confiere a los gobernantes la facultad de regir la vida social, con la misión expresa o tácita de emplear el poder para el bien de los miembros de la colectividad y la salvaguarda de sus propiedades. Y en tercer lugar existe el poder despótico que es absoluto y arbitrario en tanto que permite a un hombre atentar contra la vida de otro cuando así le parezca.

En esta clasificación, lo que se nos presenta es la combinación del poder político y el despótico, absoluto y arbitrario. Hacia el interior

primero, hacia el exterior segundo, es decir, “en tanto que permite a un hombre atentar contra la vida de otro cuando así le parezca” (John Locke, 1983, p. 114). Y en este sentido sólo es necesario recordar las incursiones del ejército norteamericano en América Latina, Vietnam, Irak, etc. Por su parte y más recientemente, Max Weber definió el poder como la probabilidad de que un actor, dentro de una relación social, esté en posición de ejercer su voluntad a pesar de la resistencia que se le presente. El poder político cuenta con medios de coacción física y cuando se finca sobre bases legítimas, recibe el nombre de autoridad. Weber (1976, pp.41-50) considera, además del poder político, el económico que se basa en la posesión de bienes o riquezas, y el poder ideológico que se apoya en el control de los medios de persuasión. Lo que distingue al poder político de los demás es la exclusividad para el uso de la fuerza contra el resto de los grupos que actúan en determinado contexto social. Desde esta perspectiva, hablamos de tres tipos de poder: el político, el económico y el ideológico.

Poder económico

A nivel mundial empezaron a destacar, a inicios del siglo pasado, la industria automotriz, el petróleo y el caucho. Los norteamericanos se sumergieron en una etapa de euforia. Confiaban plenamente en su país, sus industriales y sus banqueros. El poder económico del país se hacía patente en el resto del mundo. No se buscaba ya la moda francesa, el estilo de vida americano sutilmente “conquistaba” el mundo. La publicidad europea de los años veinte del siglo pasado, mostraba ya que los europeos podían usar artículos de marcas como Colgate, Gillette, General Electric o McCormick.

La sociedad estadounidense promovió la superación personal (individual) con la meta de ser triunfador a toda costa; todo medio lícito o ilícito era válido. Después de todo, el fin justifica a los

medios, y el fin en este caso era convertir todo quehacer humano en dinero.

El alza especulativa en la bolsa de Wall Street inició hacia 1924. Según relata D. Solar (2004, pp. 30 a 39), en esta época el valor medio de las acciones cotizadas era de 110 puntos, en octubre de 1929 el valor fue de 415 puntos y a partir de ahí inició su carrera descendente, el último día que dejó de bajar fue el 8 de junio de 1932 en el que el valor de las acciones llegó a 58.46 puntos. Al día en que sucedió el peor colapso de la Bolsa se le llamó “el martes negro”: 29 de octubre de 1929.

En la actualidad se considera que Estados Unidos lidera el bloque capitalista mundial y su poder está basando en la fuerza económica acumulada a lo largo de los siglos de explotación colonial e imperialista, el control de las principales organizaciones económicas supranacionales, el ejercicio del poder político-militar y su hegemonía cultural que nace del control de los medios de comunicación de masas y la irradiación de la ideas y valores del neoliberalismo.

A la par, sin embargo, un bloque similar se ha formado en la Unión Europea.

Poder ideológico

En el nivel ideológico, los individuos entablan una relación simbólica en la medida en que participan voluntaria o involuntariamente, de un conjunto de representaciones sobre el mundo, la naturaleza y el orden social. Siguiendo a Althusser, las ideologías cumplen la función de ser “concepciones del mundo” que penetran en la vida práctica de los hombres y son capaces de animar e inspirar su *praxis* social. Para la sociedad de Estados Unidos priva una ideología de autoconcepción mesiánica, de la superioridad en relación con el resto del mundo. En medio Oriente la ideología queda supeditada principalmente al fanatismo religioso.

González Vidaurri y Sánchez Sandoval (2004, p. 27), identifican la ideología como el conjunto de contenidos de una particular conciencia de la realidad, objetiva-históricas, que han sido institucionalizadas por quien tiene el poder para hacerlo y que se mantienen a través de las generaciones, mediante controles sociales formales e informales derivados de los mecanismos de sumisión y obediencia jerárquica.

El momento histórico posterior al 11 de septiembre de 2001 (que también fue considerado un “martes negro”) es una clara muestra de lo que aquí se expone. La “realidad interpretada” por una nación es su “deber” de defender a los indefensos (a los iraquíes de Sadam Hussein), de expandir su modelo de vida, de intervenir en todos los asuntos que considere que atentan contra sus intereses independientemente que se trate de países “soberanos”, y para la otra es su fanatismo religioso, creer firmemente en la obligación personal de terminar con los infieles y con cualquier forma de vida alejada de los mandamientos de Alá, tomando como referencia, claro, la propia estructura social.

Desde el poder, se tiene la capacidad de definición de la realidad, una realidad a través de la cual se aporta la explicación de los acontecimientos sociales, se definen los problemas, las necesidades, y, claro está, también las soluciones “adecuadas”. Desde esta capacidad de definición se tiende también a difundir una versión única de la realidad,¹ una racionalización de la misma, en lugar de dar elementos para razonar. Esto podría expresarse como una forma de violencia cultural ya que sólo con opciones se puede optar. La actividad del poder tiende a poseer y distribuir “la realidad” en lugar de ofrecer una interpretación de la misma. De este modo se preserva el orden cultural establecido, los modos de entender, puesto que ello va a posibilitar el

1. Recuérdese el control de la información realizado a través de los medios de comunicación respecto de las imágenes transmitidas a los estadounidenses con relación a la guerra.

mantenimiento del orden social establecido que es, por cierto, privilegiado por el poder (García-Borés, 1996, pp. 349-350).

En los inicios del Siglo XXI al poder económico y aún político de Estados Unidos se contrapuso un poder ideológico ajeno. La ideología sustentada en el fanatismo religioso destruyó los símbolos del país expansionista, de la potencia más poderosa, para dar el mensaje al mundo de que aún él es destruible. Muchos han comparado esta contraposición a David y Goliat, el débil contra el gigante, pero a diferencia de aquel enfrentamiento, en éste, el gigante es lastimado pero no vencido, y su furia en el contraataque se dejó sentir.

Como ya se mencionó, desde los grupos de poder se cuenta con la capacidad de definir la realidad que conviene: justificar una invasión, una guerra o actuar en nombre de Alá para castigar al infiel, aun a costa de la propia vida. Los atentados que ejecutan y las muertes que les son acreditables a los atacantes suicidas, quizás sean el objetivo de su ideología, quizás signifiquen un fin cumplido, el problema es que no disponen únicamente de su propia vida sino de la de centenares de víctimas inocentes, y en ningún caso, en ninguno, pueden justificarse tales muertes. Ninguna ideología, ningún sentimiento mesiánico, ningún afán de venganza las justifica. Las torres gemelas, Irak o Auschwitz han tenido distintas justificaciones, pero el mismo resultado. Aquí es cuando se piensa en las similitudes entre los crímenes de guerra, y los crímenes terroristas. Y sin embargo, no puede dejar de percibirse lo obvio. Más allá del poder ideológico contra el poder económico, la supremacía estará siempre del lado del capitalista, quien es el único que cuenta con el poder político, el económico y el ideológico.

Lamentablemente el país más poderoso del orbe, en el año 2001 contó con el poder suficiente para enfrentar a los organismos internacionales y a pesar de ellos llevar a cabo su venganza, para, entre otras cosas, hacer llegar un claro mensaje a toda la humanidad; nadie puede atreverse a atacar a Estados Unidos. La voluntad de este

Estado está por encima de cualquier orden jurídico y actuará en consecuencia.

La figura del enemigo adquiere fuerza en las acciones a tomar dentro de la política estadounidense. Lo que en un principio representaba el comunismo, posteriormente el narcotráfico, a partir de 2001 se ubicó en el terrorismo. En estos casos era más o menos claro el motivo por el cual la figura del “enemigo” surgía y se combatía. Actualmente, cuando ha pasado más de década y media del inicio del Siglo XXI el enemigo número uno, no sólo de Estados Unidos, sino también de los países europeos, es el inmigrante.

III. LA NORMA JURÍDICA COMO INSTRUMENTO DE PODER DEL ESTADO

Antecedentes

La interpretación de la realidad en su versión única ha hecho que en cada extranjero se vea a un posible delincuente, sin importar las causas, sin analizar la situación militar o de pobreza en los países que son abandonados. Se reafirma el nacionalismo y la identidad de los norteamericanos, el enemigo es el otro: el árabe, el mexicano, el diferente. En este sentido, Mezger en la Alemania de 1943, mencionaba lo siguiente:

En el futuro habrá dos (o más) “derechos penales”, un derecho penal para la generalidad (en el que esencia seguirán vigentes los principios que han regido hasta ahora) y un derecho penal completamente diferente para grupos especiales de determinadas personas, como por ejemplo, los delincuentes por tendencia. Lo decisivo es en qué grupo debe incluirse a la persona en cuestión. Una vez que se realice la inclusión, el “derecho especial” (la reclusión por tiempo indefinido) deberá aplicarse sin límites. Y desde ese momento carecen de objeto todas la diferenciaciones jurídicas (Muñoz Conde, 2003, p. 236).

Esto formó parte del Proyecto de Ley sobre el Tratamiento a extraños a la comunidad² y ésta incluía entre otras medidas, la entrega a la policía de los asociales (Extraños a la comunidad) y su reclusión por tiempo indefinido en campos de concentración.

Después de la Segunda Guerra Mundial, precisamente por la experiencia nazi, es que tiene inicio la búsqueda y establecimiento de los límites *al ius puniendi* (derecho del Estado a castigar), resurge el enfoque en los derechos humanos, explicando teóricamente la función del Estado a través del derecho penal: la aplicación de la pena sobre bases definidas que no podrán ser rebasadas (principio de necesidad de intervención, protección de bienes jurídicos y de la dignidad de la persona).

Si consideramos como el final de la vigencia de las leyes impuestas por Hitler el año de 1945, podemos ver que después de ese año, transcurrió sólo el tiempo necesario para que las naciones aliadas que resultaron triunfantes, establecieran la Declaración de los Derechos Humanos de 1948 (San José de Costa Rica). Los derechos humanos quedaron establecidos en una Declaración y actualmente se encuentran plasmados en la mayoría de las legislaciones, pero al hablar de migrantes, sea el país que fuere, tales derechos son simplemente letra muerta.

En Estados Unidos, a partir del 2001 las medidas tomadas como prevención de ataques terroristas implicaron una restricción de los derechos humanos. Lógicamente se dio mayor importancia a la seguridad que a la libertad, los aeropuertos, los centros comerciales, restaurantes etc. se vieron invadidos por cuerpos policíacos. Así, cuando la libertad es coartada en aras de la seguridad, las conductas ilícitas disminuyen.

2. Si pensamos en el Holocausto, debemos también recordar que éste fue legal, es decir, tal episodio de la historia se debió a la obediencia de las leyes expedidas por Adolfo Hitler.

Para brindar seguridad a los ciudadanos estadounidenses, al igual que en la Alemania de Hitler ha surgido un doble derecho penal. En Alemania se vivía un régimen totalitario que explicaba dicha existencia, el problema se presenta en la actualidad, cuando los derechos y garantías fundamentales son presupuestos irrenunciables del Estado de derecho. Siguiendo a Muñoz Conde (2003, p. 236), el desmantelamiento del Estado de derecho implica un ordenamiento jurídico puramente tecnocrático o funcional, sin ninguna referencia a un sistema de valores. De esta forma el derecho se somete a los intereses que en cada momento determine el estado de las fuerzas que controlen o monopolicen su poder. El derecho es entonces simplemente lo que en cada momento conviene al Estado y al mismo tiempo hace el mayor daño posible a sus enemigos. Finalmente no hay nada nuevo, la razón del Estado es aquí, al igual que a lo largo de la historia, el fundamento del derecho penal.

IV. SITUACIÓN ACTUAL DE LOS MIGRANTES A NIVEL MUNDIAL

Acercamiento a un diagnóstico

El número de personas que viven fuera de su país de origen alcanzó 244 millones en 2015, lo que supone un aumento de 41% con respecto al año 2000 (ONU, Informe enero 2016).

Estas personas, que representan un 3,3% de la población mundial, son quienes residen en un país distinto al que nacieron y, por tanto, incluye tanto a los cerca de 20 millones de refugiados que hay en el mundo, como también a inmigrantes económicos o estudiantes.

Por área geográfica, Europa es el mayor receptor de migrantes del planeta, con unos 76 millones, aunque seguido muy de cerca por Asia, que acoge a 75 millones, mientras, América cuenta con 54 millones, África con 21 millones, Latinoamérica y el Caribe con 9 millones y Oceanía con 8.

Entre 2000 y 2015, el número de migrantes aumentó en Asia en 26 millones, una media de 1,7 millones al año, mientras que Europa añadió 20 millones por cada año.

Esas cifras están por encima de las que se registraron en Norteamérica (14 millones) y África (6 millones) y muy lejos de las de Latinoamérica y el Caribe y Oceanía (3 millones cada una).

Por países, los inmigrantes se concentran en alrededor de 20 naciones, que acogen a dos tercios del total, liderados por Estados Unidos, con 47 millones.

Alemania y Rusia, con 12 millones cada uno, son los siguientes en la lista, seguidos de Arabia Saudita (10 millones), el Reino Unido (casi 9 millones) y los Emiratos Árabes Unidos (8 millones).

El país con una mayor diáspora -conjunto de personas del mismo origen establecidas en otro país- en todo el mundo es la India, que tiene a 16 millones de nacionales viviendo en el extranjero, seguido de México (12 millones), Rusia (11 millones) y China (10 millones).

Casi la mitad de los migrantes del planeta (un 43%) proceden de Asia, mientras que un 25% son originarios de Europa.

Además, la mayor parte de las personas que se van a vivir a otro país están en edad de trabajar, pues en 2015 el 72% de ellas tenían entre 20 y 64 años (ONU, Informe enero 2016).

De acuerdo con los comentarios realizados por Somini Sengupta (*New York Times*, junio 16, 2016), millones de migrantes huyen de la guerra y la pobreza en sus países, aún a sabiendas de los múltiples peligros a los que se exponen. Sengupta indica que en un segundo informe, el Fondo para la Infancia de Naciones Unidas advirtió sobre las amenazas crecientes de abuso, explotación y muerte de menores no acompañados que huyen hacia Europa.

En cuanto a muertes por esta situación, en general, el año pasado se estableció un récord espeluznante. 5,400 migrantes perdieron la vida al tratar de cruzar fronteras, en contraste con los 5,000 de 2014

y en los primeros cinco meses de 2016 murieron 3,100 personas (Somini Sengupta, junio 16, 2016).

Otras fuentes informan que en los últimos tres años cerca de dos millones de personas ingresaron a Europa de manera ilegal y poco más de doce mil migrantes murieron al intentarlo. Confirmando lo ya mencionado, agregan que se trata de oleadas descontroladas de seres humanos que huyen en masa de países de África y Medio Oriente azotados por los conflictos bélicos y la pobreza extrema, y que han desatado la mayor crisis migratoria y humanitaria desde la Segunda Guerra Mundial. Afirman que la irrupción de este fenómeno ha reconfigurado el escenario sociopolítico europeo, el cual impone en la sociedad el racismo y la xenofobia. El fenómeno se agrava ante el hecho de que esta crisis no es coyuntural. El crecimiento demográfico en África provocará la expulsión de millones de personas hacia Europa, al tiempo que ésta demandará mano de obra de migrantes para mantener la marcha de su economía, aquejada por el envejecimiento de su población trabajadora. El tema que se trata, es pues, el mayor desafío estructural que el viejo continente deberá enfrentar en el siglo XXI (Proceso, 2017, p. 3).

La migración hacia Europa en los últimos tiempos

La Organización Internacional para las Migraciones informó que miles de inmigrantes habían muerto tratando de cruzar mares y desiertos. Muchos de sus cuerpos no fueron encontrados, y los que fueron recuperados fueron a menudo imposibles de identificar.

En el Mediterráneo, en el año 2015, 3,770 personas murieron tratando de llegar a las costas de Europa, y 130 más murieron en suelo europeo, incluyendo 71 que se sofocaron en la parte trasera de un camión en Austria. El Sudeste Asiático registró 800 muertes de migrantes, principalmente en la turbulenta Bahía de Bengala...

Más del 90% de los niños refugiados y migrantes que llegaron a Europa a través de Italia este año no estuvieron acompañados, es de-

cir, al menos 7.009 niños no acompañados hicieron el cruce desde el norte de África a Italia en los primeros cinco meses del año 2016, el doble del total del año pasado (Somini Sengupta, Junio 16, 2016).

Por la importancia de su contenido, a continuación transcribimos una serie de datos importantes aportados en el Diario *El Financiero* en Octubre de 2016, por León Opalín:

Los desplazamientos de personas que huyen de la guerra, el hambre, la falta de oportunidades para una vida decorosa y la pobreza, entre otras múltiples causas, tanto al interior de los países como al exterior de los mismos han cobrado una fuerza inesperada. El número de migrantes se ha disparado en los últimos 5 años a raíz de la guerra civil en Siria y de los violentos conflictos que se han registrado en Sudan del Sur, Yemen, Burundi, Ucrania y la República Centroafricana, principalmente; de Acuerdo al Informe Anual 2015 del Alto Comisionado de la ONU para los Refugiados (ACNUR), el número de desplazados en el mundo sumó 65.3 millones al final del 2015, aumentó de 55.0% en cuatro años (la mitad de esta cifra referida a menores de 18 años), de ese total 40.8 millones son desplazados de sus propios países por la guerra, 21.3 millones son refugiados de guerra y 3.2 millones solicitaron asilo en otras naciones.

Tres países habían expulsado a la mitad de la población de refugiados en el mundo: Siria 4.9 millones; Afganistán 2.7 millones y Somalia 1.1 millones. Turquía ha sido el país que más desplazados ha acogido, 2.5 millones, casi todos de Siria; Pakistán que comparte frontera con Afganistán, 1.6 millones, Líbano, vecino de Siria 1.1 millones, Jordania 700 mil, Irak 245 mil y Egipto 120 mil. Hacia Europa aumentaron significativamente a partir del segundo semestre del año pasado para totalizar más de un millón en todo el año; lo que provocó una crisis política y humanitaria. Desde los ochentas más de 5 millones de personas han buscado asilo en Europa.

Los mares del Mediterráneo se han convertido en la tumba de miles de personas que se embarcan en las costas de Turquía y Libia

y aspiran llegar a Europa; en este ámbito, en la primera semana de octubre, en 48 horas fueron rescatados en las costas de Libia más de seis mil gentes que venían en sobrecargadas pateras, hasta de tres pisos, manejadas por organizaciones delincuenciales...

La compleja situación que vive Europa por el incesante flujo de refugiados no ha sido gestionada adecuadamente por los diferentes países del Continente y no sólo representa una catástrofe humana, sino se ha puesto en riesgo la identidad de una Europa “que debería estar a la altura de sus valores”. Existe particular preocupación por el número creciente de menores refugiados que están llegando a Europa. La ONG OXFAM *Oxford Committee for Famine Relief*, con sede en Gran Bretaña ha señalado que de acuerdo a la ACNUR Agencia de la ONU para refugiados, el número de menores no acompañados a Italia se ha duplicado en el 2016 y ya representan el 15.0% del total de las llegadas; Italia se ha convertido en el principal punto de arribo de refugiados y migrantes a Europa en virtud de que los gobiernos decidieron cerrar la ruta a través de los Balcanes Occidentales: Albania, Bosnia y Herzegovina, Bulgaria, Croacia, Macedonia, Serbia y Kosovo.

La crisis que experimenta Europa en virtud de los flujos masivos, de migrantes ha puesto “al filo de la navaja” a las instituciones y gobiernos europeos que han carecido de mecanismos eficientes para gestionar de manera humanitaria las corrientes de migrantes; se han dividido en cuanto a las medidas a tomar y algunos países han actuado por su cuenta, en muchas ocasiones contraviniendo los valores éticos y los principios en que se sustentan. Cierran unilateralmente las fronteras y se niegan a cumplir con los compromisos para recibir a los refugiados. Hungría ha sido uno de los países de Europa más renuentes a recibirlos, ha establecido una estrategia de doble blindaje – doble valla de 175 km en la Frontera con Serbia - y expulsiones, con lo que ha reducido la llegada de los migrantes. Polonia, Eslovaquia, la República Checa y Rumania, los países del

llamado Grupo de Visegrado, han apoyado a Hungría en su política. Europa, a un año de experimentar la mayor crisis de refugiados desde la Segunda Guerra Mundial, dispuso el 6 de octubre pasado, a través de la UE, la creación de un cuerpo de policía que dispondrá de 1,500 oficiales, “listos para intervenir en cualquier foco fronterizo crítico”. Las autoridades de Bulgaria han sido las primeras en solicitar la intervención comunitaria a pesar de que la frontera de esa nación no constituye el punto más crítico de llegadas de migrantes y refugiados a Europa. El comisario europeo de Migración ha mencionado que a pesar de la policía fronteriza, Europa mantendrá las puertas abiertas para quienes necesiten protección internacional, sin embargo, permanecerá cerrada para los migrantes irregulares, de aquí que el nuevo cuerpo fronterizo “reforzará sus atribuciones para expulsar a los extranjeros sin derecho a asilo” (Opalín, 2016).

La migración de América Latina hacia Estados Unidos

Un dato que da idea de la situación que se vive en la frontera de México con Estados Unidos, es que de 1998 a 2015, 6,571 cuerpos de personas fallecidas fueron encontrados en el lado americano de la frontera (Somini Sengupta, Junio 16, 2016).

León Opalín refiere que ante las dificultades crecientes que enfrentan los migrantes y refugiados para ingresar a Europa, parte de éstos buscan asilo en Estados Unidos de América, viajando a países de Latinoamérica y de allí a México. Así, en el presente están varados alrededor de 16 mil migrantes en Tijuana y en Chiapas con la expectativa de que EUA les dé asilo; los migrantes provienen de África, (Ghana y Etiopía), Afganistán, Haití y de varios países de Centro América. En esas localidades los migrantes viven una crisis humanitaria, particularmente en Tijuana, porque los pocos recursos económicos que poseían se les han agotado. Se encuentran desesperados después de viajar largos recorridos en condiciones

deplorables guiados por “polleros” sin escrúpulos a quienes pagan entre 10 mil y 15 mil dólares por persona al inicio de su travesía.

Los refugiados pernoctan en las calles o en campamentos improvisados; carecen de alimentos y otros bienes indispensables para su sobrevivencia. Las autoridades locales no tienen los recursos y tampoco están preparadas para apoyarlos. Diferentes organizaciones humanitarias han brindado ayuda a los migrantes, empero, su capacidad está ampliamente rebasada. El Instituto Nacional de Migración en Tijuana otorga 50 citas diarias a los migrantes para que se entrevisten con el Cónsul de EUA en esa ciudad, a fin de que puedan plantearle una solicitud de asilo; desafortunadamente la mayoría son rechazados, sin embargo, no quieren regresar a sus países de origen donde la situación económica, política y social es extremadamente difícil; muchos de los migrantes podrían ser encarcelados o ejecutados si regresan a sus hogares. La situación en Tijuana podría ser explosiva en un futuro próximo porque a la problemática que plantea la permanencia de los migrantes en esa ciudad se adiciona la de los mexicanos que son deportados de EUA y permanecen allí en busca de nuevas oportunidades de vida y/o intentan nuevamente cruzar ilegalmente la frontera de Estados Unidos. (Opalín, 2016).

Para la directora del Movimiento Migrante Mesoamericano, a través de las declaraciones y actos realizados por el presidente Trump a los migrantes irregulares, el daño ya está hecho, ya que abrió “una caja de pandora” de todos los extremistas estadounidenses que ahora se creerán con el derecho a expulsar y tener actitudes por demás racistas, lo que a su vez provocará una serie de fenómenos sociales, como podría ser la “autodeportación.” (Terán, 2016).

V. LA RESPUESTA DEL ESTADO EN CUANTO A LA DEFENSA DE LOS DERECHOS DE LOS MIGRANTES

Marco legal de la Unión Europea

De acuerdo a la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (*European Union Agency for Fundamental Rights*), la defensa de los derechos fundamentales de los inmigrantes en situación irregular en la Unión Europea, se expresa en su legislación, por ejemplo:

En los artículos 1, 14, 31, 35 y 37, incluidos en los capítulos de Dignidad, Libertades, Solidaridad y Justicia de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, se garantiza el derecho a la dignidad humana, la educación, unas condiciones de trabajo equitativas y justas, la asistencia sanitaria, a una tutela efectiva y a un juicio justo.

El derecho internacional y europeo en materia de derechos humanos impone a los estados miembros de la Unión Europea la obligación de garantizar tales derechos a todas las personas en su jurisdicción. Esto incluye a los inmigrantes irregulares.

Los términos “inmigrantes en situación irregular” o “inmigrantes irregulares”, se refieren a las personas que no son nacionales de ninguno de los Estados miembros de la UE, y que se encuentran en alguno de ellos sin visado ni permiso de residencia.

Los Estados miembros no están obligados a ofrecer las mismas prestaciones a los inmigrantes irregulares que a sus nacionales, sin embargo, han de atenerse a un conjunto esencial de normas en materia de derechos humanos entre las cuales se cuenta el acceso a asistencia sanitaria necesaria para todos, posibilidad de acceso a atención médica en igualdad de condiciones que los nacionales y acceso a la justicia como mecanismo que permita a las personas hacer reclamaciones.

Aunque los estados miembros tienen el derecho a controlar quién entra y permanece en su territorio, también tienen la obligación de asegurar las normas de derechos humanos cuando apliquen las leyes de inmigración. No obstante, en algunos estados miembros, tales medidas de control incluyen la detención de inmigrantes irregulares en, o cerca de hospitales y colegios. Del mismo modo, determinados órganos públicos, como los tribunales de justicia y los servicios de salud y educación, por obligación o costumbre, informan de la presencia de inmigrantes irregulares a las autoridades migratorias cuando aquéllos tratan de usar sus servicios. Estas prácticas de detección e información, reales o percibidas, pueden impedir que los inmigrantes irregulares accedan a sus derechos básicos por miedo a la deportación. Estos datos se dieron a conocer en tres informes de la FRA *European Union Agency for Fundamental Rights* publicados en 2011, sobre los derechos de los inmigrantes irregulares (Documentos Informativos FRA, 2011).

Cuando en la Unión Europea se habla de la política de inmigración, se menciona como uno de sus objetivos fundamentales, contar con una política de migración europea completa, con visión de futuro y basada en la solidaridad. La política de migración tiene por objeto establecer un enfoque equilibrado para abordar tanto la migración legal como la irregular (Chateau, Fichas técnicas sobre la Unión Europea, 2016). A pesar de esta afirmación, esta lucha por lograr un “enfoque equilibrado” ha llevado a serias violaciones contra los derechos de los seres humanos, para quienes la emigración es la única alternativa posible de salvar su vida.

La crisis migratoria de 2015 y 2016 reinante en el Mediterráneo obligó a los órganos administrativos en materia de migración a modificar sus legislaciones y hacer nuevas propuestas respecto de la inmigración ilegal. Por ejemplo, el 18 de marzo de 2016, se completó un nuevo acuerdo que fue firmado entre la Unión Europea y Turquía, por el que se establece el retorno a Turquía de todos los

migrantes irregulares llegados a Grecia a partir del 20 de marzo de 2016, en combinación, en el caso de los ciudadanos sirios, con un acuerdo de reinstalación (Chateau, Fichas técnicas sobre la Unión Europea, 2016).

Lamentablemente, la realidad nos revela situaciones tan inquietantes como la de que en el cruce del mar Egeo de Turquía a Grecia, los niños representaron un tercio de los muertos. La mayoría tenían menos de 10 años y al menos el 40 por ciento eran menores de 2 años (Somini Sengupta, Junio 16, 2016).

La situación para los migrantes en Europa es angustiante, permanecer en sus lugares de origen los llevarán a la muerte en cualquier enfrentamiento armado. Si históricamente se puede visualizar que el fenómeno de la guerra es permanente ¿Cómo será posible para una persona que se encuentra inmersa en esta situación involuntaria, proteger a sus hijos y a las personas que ama, sin salir de su país de origen?

Autores tales como Chueca Sancho y Arlettaz (Chueca y Arlettaz, 2010, pp. 278-279), ofrecen una conclusión con la cual sólo podemos estar de acuerdo: En la realidad soplan malos vientos para los inmigrantes, en general, y especialmente para aquellos que se hallan en situación irregular, sea originaria o sobrevenida. Así lo prueban la Directiva de retorno (con toda justicia calificada como “Directiva de la vergüenza”) y la Directiva de sanción a los empleadores de personas en situación irregular; y también puede decirse que existe un empeoramiento de ciertas legislaciones estatales, como la italiana, la francesa, etc. Frecuentemente se utiliza un peligroso mito para referirse a estas personas: son calificadas como “ilegales”, a pesar de que ninguna persona lo es. El mito esconde importantes dosis de xenofobia y de criminalización de personas que simplemente han atravesado irregularmente una frontera o se hallan con una documentación caducada. El respeto de los Derechos Humanos de las personas en situación irregular no siempre se produce

en nuestros democráticos Estados de Derecho; en ellos surge con demasiada frecuencia el cinismo del doble o triple lenguaje. El respeto efectivo de los Derechos Humanos (universales, indivisibles, interdependientes, inalienables e irrenunciables) interesa a todos y a todas. Cuando algún grupo de personas sufre su violación, otras personas (en esta hipótesis, muchos ciudadanos de la Unión) no se dan cuenta de que se cuestiona, sufre y peligra la misma esencia de la democracia.

Las leyes en México: Defensa de los derechos humanos y la Ley de Migración

El Artículo segundo de la Ley de Migración establece los principios que deben ser aplicados con el fin de llevar a cabo el respeto a los derechos humanos. Algunos de ellos son los siguientes:

Artículo 2. ...

Son principios en los que debe sustentarse la política migratoria del Estado mexicano los siguientes:

Respeto irrestricto de los derechos humanos de los migrantes, nacionales y extranjeros, sea cual fuere su origen, nacionalidad, género, etnia, edad y situación migratoria, con especial atención a grupos vulnerables como menores de edad, mujeres, indígenas, adolescentes y personas de la tercera edad, así como a víctimas del delito. En ningún caso una situación migratoria irregular preconfigurará por sí misma la comisión de un delito ni se prejuzgará la comisión de ilícitos por parte de un migrante por el hecho de encontrarse en condición no documentada.

Congruencia, de manera que el Estado mexicano garantice la vigencia de los derechos que reclama para sus connacionales en el exterior, en la admisión, ingreso, permanencia, tránsito, deportación y retorno asistido de extranjeros en su territorio.

Enfoque integral acorde con la complejidad de la movilidad internacional de personas, que atienda las diversas manifestaciones de migración en México como país de origen, tránsito, destino y retorno de migrantes, considerando sus causas estructurales y sus consecuencias inmediatas y futuras.

Responsabilidad compartida con los gobiernos de los diversos países y entre las instituciones nacionales y extranjeras involucradas en el tema migratorio.

Hospitalidad y solidaridad internacional con las personas que necesitan un nuevo lugar de residencia temporal o permanente debido a condiciones extremas en su país de origen que ponen en riesgo su vida o su convivencia, de acuerdo con la tradición mexicana en este sentido, los tratados y el derecho internacional.

Facilitación de la movilidad internacional de personas, salvaguardando el orden y la seguridad. Este principio reconoce el aporte de los migrantes a las sociedades de origen y destino. Al mismo tiempo, pugna por fortalecer la contribución de la autoridad migratoria a la seguridad pública y fronteriza, a la seguridad regional y al combate contra el crimen organizado, especialmente en el combate al tráfico o secuestro de migrantes, y a la trata de personas en todas sus modalidades.

Complementariedad de los mercados laborales con los países de la región, como fundamento para una gestión adecuada de la migración laboral acorde a las necesidades nacionales.

Equidad entre nacionales y extranjeros, como indica la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, especialmente en lo que respecta a la plena observancia de las garantías individuales, tanto para nacionales como para extranjeros.

Por otro lado, el Artículo sexto señala que:

El Estado mexicano garantizará el ejercicio de los derechos y libertades de los extranjeros reconocidos en la Constitución, en los tratados y convenios internacionales de los cuales sea parte el Estado mexicano y en las disposiciones jurídicas aplicables, con independencia de su situación migratoria.

Como podemos apreciar, en México existen unas leyes que garantizan el respeto a los migrantes en suelo mexicano, sin embargo, son leyes que no pueden ser aplicadas porque el sistema migratorio mexicano ha sido rebasado y algunas veces, lamentablemente, por el crimen organizado.

La “confrontación” de Estados Unidos de Norteamérica a los migrantes

En Estados Unidos, en los últimos periodos presidenciales, prácticamente desde la década de 1960, la xenofobia por los migrantes, sobre todo latinos, pareció haber descendido y probablemente por motivos de la diversidad laboral requerida, la situación para los mismos contó con una aceptación, aunque fuera mínima, hacia los migrantes.

Después del atentado a las torres gemelas en 2001, el control de entrada a ese país se convirtió en un asunto de seguridad nacional, sobre todo para la población de medio oriente.

No obstante, entre octubre de 2015 y septiembre de 2016, **el gobierno de Barack Obama admitió a casi 39.000 refugiados musulmanes en suelo estadounidense, unos 12.000 de ellos sirios**, según cifras del centro de investigaciones Pew. Esta cifra representa el 46% de los casi 85.000 refugiados que fueron aceptados durante el mismo periodo en el país (BBC Mundo, enero 28, 2017).

Actualmente, prácticamente al inicio de la actual presidencia los titulares y contenidos de los Diarios son: El presidente pide prohibir la entrada a EE.UU. de todos los musulmanes.

“Queremos asegurarnos de que no admitimos en nuestro país a las mismas amenazas que enfrentan nuestros soldados en el extranjero. Sólo queremos admitir a aquellos que apoyan a nuestro país y que aman profundamente a nuestra gente”, dijo el Presidente este viernes antes de la firma que tuvo lugar en el Pentágono (BBC Mundo, enero 28, 2017).

Y respecto de los migrantes de latinoamérica, se indica:

“Construye el muro”, “construye el muro”, “construye el muro”. “Ese era el grito con el que los seguidores del actual presidente respaldaron la promesa electoral de levantar una barrera infranqueable en la frontera con México...”

*En su tercer día de trabajo en la Casa Blanca, **el presidente firmó una orden ejecutiva para autorizar la construcción del muro fronterizo con México**, una de sus principales y más polémicas promesas de campaña”* (BBC Mundo, enero 25, 2017).

“El aumento sin precedentes de la inmigración ilegal desde América Central está dañando tanto a México como a Estados Unidos: ‘Creo que estos pasos que tomaremos a partir de ahora aumentarán la seguridad en ambos países. Va a ser muy, muy bueno para México’... Aseguró que el gobierno comenzará a trabajar en el muro de forma inmediata, que servirá para disuadir a los inmigrantes ilegales y a los miembros de bandas criminales... ‘Una nación sin fronteras no es una nación. A partir de ahora, Estados Unidos recupera sus fronteras’, apuntó. El presidente afirmó que trabajará de forma estrecha con las autoridades mexicanas para mejorar la

seguridad y las oportunidades económicas. **‘Vamos a salvar vidas a ambos lados de la frontera’.** dijo” (BBC Mundo, enero 25, 2017) .

CONCLUSIÓN

Al analizar la historia, podemos fácilmente advertir cómo el grupo en el poder dirige sus normas, sobre todo penales, hacia el sector que considera conveniente a sus intereses. A través de las leyes se determina quién es el “enemigo”, a quién deben aplicarse con mayor severidad tales leyes y en casi todos los casos, con la pérdida de garantías y derechos humanos.

Tal represión se ha dirigido a los comunistas, a los narcotraficantes, a los terroristas y ahora a los migrantes.

Si pensamos en la ideología del fascismo o del nazismo, donde la persecución penal se orientó a quien no era italiano, o a quien no era alemán, vemos que las normas jurídicas mundiales en la actualidad, se orientan a la represión del migrante irregular.

Aun cuando existen leyes que enunciativamente defienden los derechos humanos de estas personas, es preocupante el rechazo de refugiados en Europa y las órdenes ejecutivas del actual presidente de Estados Unidos, que se aplican en contra de cualquier tipo de migrante.

En resumen, se percibe en nuestra sociedad “moderna” un retroceso que nos lleva de nuevo a la xenofobia existente a mediados del siglo pasado.

FUENTES

BBC (25 de enero de 2017), Donald Trump firma la orden ejecutiva para la construcción del muro en la frontera de Estados Unidos con México, *BBC Mundo*, recuperado de <http://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-38750004>

- (28 de enero de 2017), Donald Trump firma una orden ejecutiva que suspende la entrada a EE.UU. de refugiados y de los ciudadanos de ciertos países musulmanes, *BBC Mundo*, recuperado de <http://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-38776156>
- Chateau, C. & Raffaelli, R. (septiembre de 2016) La política de Inmigración, *Fichas técnicas sobre la Unión Europea*, recuperado de [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/fiches_techniques/2013/051203/04A_FT\(2013\)051203_ES.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/fiches_techniques/2013/051203/04A_FT(2013)051203_ES.pdf)
- Chueca Sancho, Ángel G., Arlettaz, Fernando Emanuel, et al. (2010), *Derechos Humanos, inmigrantes en situación irregular y Unión Europea*, España: Editorial Lex Nova.
- Emol Mundo (12 de enero de 2016), Número de migrantes en el mundo aumentó 41% en 15 años: ya son 244 millones, *Emol Mundo*, Santiago de Chile, recuperado de <http://www.emol.com/noticias/Internacional/2016/01/12/768186/Migracion-en-el-mundo-aumento-41-en-15-anos.html>
- FRA European Union Agency for Fundamental Rights (2011), *Los Derechos fundamentales de los inmigrantes en situación irregular en la Unión Europea*, Informe mes de noviembre, 2011, recuperado de [file:///C:/Users/CRO/Downloads/1848-FRA-Factsheet_FRIM_ES_BAT%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/CRO/Downloads/1848-FRA-Factsheet_FRIM_ES_BAT%20(1).pdf)
- Inmigrantes en situación irregular empleados en el servicio doméstico: retos en el ámbito de los derechos fundamentales para la Unión Europea y sus Estados Miembros*, Informe mes de julio 2011, recuperado de [file:///C:/Users/CRO/Downloads/1848-FRA-Factsheet_FRIM_ES_BAT%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/CRO/Downloads/1848-FRA-Factsheet_FRIM_ES_BAT%20(1).pdf)
- Inmigrantes en situación irregular al acceso a la asistencia sanitaria en 10 estados de la Unión Europea*, Informe mes de octubre 2011, recuperado de [file:///C:/Users/CRO/Downloads/1848-FRA-Factsheet_FRIM_ES_BAT%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/CRO/Downloads/1848-FRA-Factsheet_FRIM_ES_BAT%20(1).pdf)
- García-Borés, J. M. (1996) *La desarticulación del discurso y la ‘versión única’ como fenómeno e instrumento de poder*, en Gordo López, A. J., y Linaza, J. I., (comps.) *Psicologías, discursos y poder*, Madrid, España: Visor.
- González Vidaurri, A., Sánchez Sandoval Augusto et. al. (2004), *Control social en México*. D. F., México, D. F., México: UNAM-FES ACATLÁN.

- Locke, J. (Impresión 1983), *Ensayo sobre el gobierno civil*, Barcelona, España: Orbis.
- Muñoz Conde, F. (2003), Edmund Mezguer y el Derecho Penal de su Tiempo, Valencia, Tirant lo Blanch
- ONU (12 de enero 2016) ONU cifra en 244 millones los migrantes que viven fuera de su país, *Centro de noticias ONU*, recuperado de <http://www.un.org/spanish/News/story.asp?NewsID=34205#.WE7uadLhCt8>
- Opalín, L. (24 de octubre de 2016). “Desbordado el flujo de migrantes a Europa,”*Diario El Financiero*, recuperado de <http://www.elfinanciero.com.mx/opinion/desbordado-el-flujo-de-migrantes-a-europa.html>
- Proceso (Febrero de 2017), Europa ante la Migración, el desafío del siglo XXI, *Revista Proceso, México, Edición especial* No. 54
- Sengupta, S. (16 de junio de 2016) Los graves peligros que enfrentan los migrantes que huyen de la guerra y la pobreza, *The New York Times*, recuperado de <http://www.nytimes.com/es/2016/06/16/mares-y-de-siertos-fronteras-mortales-para-los-migrantes/>
- Solar, D. (Octubre de 2004), 1929 La quiebra de Wall Street, *Revista La aventura de la Historia*, Año 6, Num. 72.
- Terán, S. (27 de noviembre de 2016), “Xenofobia, el enemigo de migrantes,”en *Plano Informativo*, recuperado de <http://planoinformativo.com/nota/id/492298/noticia/xenofobia,-el-enemigo-de-migrantes>
- Weber, M. (Impresión 1976), *Economía y sociedad*, México, D. F., México: Fondo de Cultura Económica.

Sentencias estructurales y protección de derechos sociales en México

Luisa Gabriela Morales Vega

Doctora en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México

RESUMEN: El presente artículo reflexiona en torno a la posibilidad de que la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver los Juicios de Amparo de que tenga conocimiento emita Sentencias Estructurales con la finalidad de impulsar de manera eficaz la garantía de derechos sociales, dotando de efecto útil las disposiciones constitucionales y convencionales al respecto, al tiempo de coadyuvar en el cumplimiento de las obligaciones contraídas por el Estado mexicano en materia de Derechos Humanos.

Palabras Clave: Sentencias estructurales, Amparo, Derechos Humanos

ABSTRACT: The present article reflects about the possibility that the Supreme Court of Justice of the Nation when resolves “Juicio de Amparo” trials in exercise of its functions, issues Structural Judgments with purpose to effectively promoting the guarantee social rights, giving them effectiveness to the constitutional and conventional provisions in this respect, at the time of contributing in the fulfillment of the obligations contracted by the Mexican State in the matter of Human Rights.

Keywords: Structural Judgments, Amparo, Human Rights

SUMARIO: Introducción • I. Obligaciones y deberes estatales en materia de Derechos Humanos • II. Las sentencias estructurales en el derecho comparado • III. Las sentencias estructurales en la Suprema Corte de Justicia de la Nación • Conclusión • Fuentes

Recibido: 12 de abril de 2017. Aprobado: 01 de junio de 2017.

INTRODUCCIÓN

La sentencia como institución procesal ha sido objeto de estudio de una inmensa cantidad de doctrinarios a lo largo de la historia, no sólo de México sino en el mundo entero. Ello debido a que la sentencia emitida dentro de un proceso, es fundamental en la vida democrática de todos los Estados pues representa la decisión pública y legítima que dirime las controversias suscitadas no sólo entre particulares, sino entre éstos y el Estado, entre órganos e integrantes del Estado, e incluso entre los propios Estados.

La razón de dedicar un estudio más a esta institución fundamental del Derecho Procesal, se justifica plenamente a partir de la instauración del régimen Constitucional actual, mismo que ha arrogado sobre las autoridades las obligaciones de proteger, promover, respetar y garantizar los derechos humanos reconocidos a todas las personas y que según la corta experiencia mexicana al respecto, han sido los jueces quienes han asumido el liderazgo en esta empresa.

Aunado a ello, la relativamente reciente entrada en vigor de la Ley de Amparo y de la propia reforma constitucional, permite válidamente prever que estamos en una etapa temprana de desarrollo del paradigma jurídico que es capaz de auspiciar la consolidación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y del Juicio de Amparo en auténticos medios de control constitucional y convencional pero adicionalmente, como herramientas eficaces para lograr el real ejercicio y disfrute de los derechos.

Así, el presente documento se propone por un lado, identificar qué son las sentencias estructurales y cómo se han presentado desde una perspectiva teórica así como también en el derecho comparado y por el otro, analizar los poquísimos y tímidos intentos de su emisión en México con el modesto propósito de iniciar la discusión sobre su pertinencia y sus posibles efectos en las obligaciones esta-

tales en materia de Derechos, concretamente aquéllos de naturaleza social o económica.

Para ello en un primer apartado se hace referencia a las obligaciones estatales en materia de Derechos Humanos, con énfasis en la complejidad de garantizar y salvaguardar los de naturaleza social o económica; después, se exponen de manera sucinta ejemplos de dichos fallos emitidos en otras jurisdicciones nacionales; más adelante se analizan los ejemplos derivados del quehacer de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y por último, se formulan algunas reflexiones finales a manera de conclusión.

I. OBLIGACIONES Y DEBERES ESTATALES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

Para empezar es necesario hacer referencia al artículo 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos vigente; dicho artículo contiene normas fundamentales respecto de las obligaciones que como Estado debe cumplir México. En efecto, el primer párrafo afirma categóricamente que las personas presentes en el territorio nacional gozarán de los derechos humanos reconocidos tanto en la propia Constitución como en los tratados internacionales en que el Estado sea parte.

El párrafo tercero del primer artículo constitucional establece la obligación para todas las autoridades de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de que son titulares todas las personas.

Es decir, el Estado se encuentra indudablemente obligado a la promoción, respeto, protección y garantía de los derechos humanos relativos a la totalidad de personas que estén en el país o se hallen bajo su jurisdicción, sean aquéllos reconocidos por el derecho interno o por el derecho internacional.

Ahora bien, el propio artículo en comento, remite expresamente a los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos de los que México es parte, entre los cuales y de forma principal se encuentra la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante la Convención), conocida como Pacto de San José. Remisión, dicho sea de paso, un tanto superflua, pues de acuerdo al Derecho de los Tratados, todos los Estados Parte de un tratado internacional se hallan constreñidos a su cumplimiento y observancia, independientemente de disposiciones jurídicas nacionales.

El Pacto de San José es considerado el principal instrumento en materia de Derechos Humanos en la región, cuyos dos primeros artículos aluden, primero; al compromiso de los Estados de respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar el ejercicio libre y pleno de los mismos a toda persona sujeta a su jurisdicción; y segundo; al compromiso de adoptar medidas legislativas o de cualquier otra índole para hacer efectivos tales derechos y libertades.

A fin de cumplir con el objetivo trazado en este documento, centraremos la atención en la segunda de las disposiciones, que consiste en emitir medidas legislativas o de cualquier otra índole para dotar de efectividad a los derechos y libertades. Respecto de tales normas, la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CoIDH), en su calidad de intérprete primigenia de la Convención ha sentado criterios específicos.

En inicio, el caso *Cantos vs. Argentina* resuelto en 2002, estableció que los Estados tienen un “deber positivo de garantía” consistente en la remoción de los obstáculos que existan para que los individuos sujetos a su jurisdicción disfruten efectivamente de los derechos que el Pacto de San José reconoce; esto es, no basta con que el Estado se abstenga de realizar conductas que atenten contra los derechos de las personas sino que debe activamente allanar el camino hacia el disfrute concreto de dichos derechos.

Ahora bien, las disposiciones internas que debe llevar a cabo el Estado para cumplir con sus obligaciones, no se limitan a la emisión de legislación o a la omisión de la misma (Opinión consultiva, 1994), sino que de acuerdo al voto razonado de Eduardo Ferrer sobre la sentencia emitida por la Corte en el caso *Cabrera García y otro vs México* de 26 de noviembre de 2010, el control de la observancia de la Convención debe ejercerse por los jueces nacionales y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles que contemple el sistema jurisdiccional de los Estados; esto es, los órganos encargados de la administración de justicia, al ser parte del Estado están sometidos a los tratados internacionales, lo que les obliga a verificar que las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. (Ferrer, 2010).

Por otro lado, las medidas internas que adopte el Estado para tutelar los derechos de las personas, deben estar dotadas de efecto útil, en otras palabras, las medidas serán efectivas si y sólo si el Estado adapta su actuación a la normativa de protección de la Convención. (Caso cinco pensionistas vs Perú, 2003).

Ahora bien, los criterios a los que hemos hecho referencia convergen en el punto de que el respeto y la protección de los derechos humanos no es asequible únicamente con la actitud pasiva u omisiva del Estado, dicho de otro modo, no implica únicamente el allanamiento del Estado ante el ejercicio de los derechos por parte de sus titulares, sino que es necesaria la adopción de medidas que doten de efecto útil a los mismos, es decir que sirvan para concretar el goce de los derechos de forma objetiva.

Como resultado de esta compleja serie de obligaciones que — como Estado parte de los diversos tratados internacionales que conforman los sistemas Universal e Interamericano de Protección de Derechos Humanos— ha contraído México, en la última década

se ha desarrollado una amplia actividad jurisdiccional, legislativa y programática tendiente a cumplirla.

Rebasa el objetivo de este ensayo, hacer referencia a todas esas formas y procesos que el Estado genera como medio de garantía de los derechos o de control de la convencionalidad, por ello únicamente nos referimos a la posibilidad de la emisión de sentencias estructurales, práctica que en México no ha sido utilizada regularmente y que probablemente ofrece condiciones propicias para el respeto a los derechos humanos.

En primer lugar, es menester recordar que el derecho mexicano cuenta con la institución centenaria del Juicio de Amparo, mismo que está regulado por la Ley de Amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Este Juicio se refiere a “una garantía judicial, un proceso constitucional, un mecanismo de protección específico para salvaguardar los derechos fundamentales dentro de los sistemas de control de la constitucionalidad de las leyes y dentro de la concepción genérica de la defensa de la Constitución.” (Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2014).

En ese sentido, el artículo 103 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) prevé las controversias que deberán ser resueltas por los Tribunales de la Federación mediante esta vía. La primera fracción de este artículo se refiere a las controversias que se susciten por normas generales, actos u omisiones de la autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por esta Constitución, así como por los tratados internacionales de los que México es parte. De ahí que resulta, como es sabido, el medio idóneo de protección de los derechos en México ante la conducta de las autoridades.

Bajo este contexto, a continuación se refieren diversos artículos de la propia Ley de Amparo, que dan pauta desde esta perspectiva, a

la posibilidad de emitir sentencias que, trascendiendo al peticionario de protección, provean o motiven la construcción de un marco jurídico más amplio de regulación y garantía con el propósito de realmente hacer efectivos los derechos, mismos que bajo el principio de universalidad corresponden a todas las personas.

En principio, el artículo 73 de la ley, a pesar de establecer en su primer párrafo textualmente “que las sentencias que se pronuncien en los juicios de amparo sólo se ocuparán de los individuos particulares o de las personas morales, privadas u oficiales que lo hubieren solicitado, limitándose a ampararlos y protegerlos, si procediere, en el caso especial sobre el que verse la demanda;” señala más adelante la obligación del pleno y de las salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), así como de los Tribunales Colegiados de Circuito (TCC) de hacer públicos los proyectos de sentencia a discutir cuando versen sobre la constitucionalidad o convencionalidad de una norma general.

La obligación de publicidad de los asuntos que establece este artículo no puede más que obedecer al interés general de que los derechos constitucionales y convencionales se encuentren debidamente protegidos.

En efecto, la universalidad, como principio ya invocado de los Derechos Humanos, proclama que la titularidad de los mismos corresponde a todas las personas sin excepción, de ahí que resulte de interés general el conocer cuando los tribunales revisen la constitucionalidad o convencionalidad de una norma general.

El mismo artículo prevé también que cuando los conceptos de violación aleguen la inconstitucionalidad de una norma general, el Tribunal que resuelva hará referencia a ello únicamente en la parte considerativa de la sentencia; es decir, dicho pronunciamiento no formará parte de los resolutivos.

Esta disposición podría llevarnos a conjeturar que al no conformar un punto resolutivo, el pronunciamiento de inconstituali-

dad, será utilizado únicamente como un argumento que dé solidez a una resolución concreta e individualizada, que sólo incumbe al peticionario; pero no es así pues entre las características de la ley están las de ser generales y abstractas y si una ley ha sido ya hallada inconstitucional entonces, por su naturaleza, tiene la capacidad de afectar a un número indeterminado de personas, además de alejar al Estado del cumplimiento de sus obligaciones, pues su mera vigencia representa un obstáculo a la garantía de efectividad que deben tener los derechos.

Por su parte, el artículo 74, fracción V establece que la sentencia debe contener los efectos o *medidas* en que se traduce la concesión del amparo; más adelante el artículo 77, establece textualmente que

...en el último considerando de la sentencia que conceda el amparo, el juzgador deberá determinar con precisión los efectos del mismo, especificando las medidas que las autoridades o particulares deban adoptar para asegurar su estricto cumplimiento y la restitución del quejoso en el goce del derecho.

Por último el artículo 78 de la propia ley señala que los efectos de la inaplicación únicamente se generarán respecto del quejoso; sin embargo, un aspecto de la declaración de inconstitucionalidad sería propiamente la inaplicación de la ley en el caso concreto, pero no es el único aspecto a considerar, pues el tercer párrafo de dicho artículo textualmente ordena que el juez de amparo “podrá especificar qué medidas adicionales a la inaplicación deberán adoptarse para restablecer al quejoso en el pleno goce del derecho violado.”

Así pues, una interpretación conjunta del artículo 1º. Constitucional, los artículos 74, fracción V, 77 y 78, 3er párrafo de la Ley de Amparo y el artículo 2 del Pacto de San José, permite válidamente concluir que a pesar de las indicaciones de relatividad que orientan a la sentencia de Amparo, existen elementos legales que posibilitan

trascender la esfera jurídica del o los quejosos a fin de impactar directamente en el orden jurídico vigente y en la actuación concreta de las autoridades competentes respecto de las materias que originaron el amparo.

Adicionalmente, el artículo 63.1 de la Convención establece que cuando la Corte Interamericana en ejercicio de su facultad contenciosa, determine la violación de los derechos, dispondrá también que se repare la situación de las medidas o situación que ha originado la vulneración de los derechos.

Respecto de la reparación que puede ser ordenada, la CoIDH ha reiterado que *entraña el deber del Estado de adoptar las medidas necesarias a fin de que hechos similares no se vuelvan a repetir y a contribuir a su prevención* (Cossio Díaz, 2015); al respecto, la CoIDH ha decidido en sendas sentencias de fondo, reparaciones y costas que

El artículo 63.1 de la Convención Americana contiene una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del Derecho Internacional contemporáneo sobre la responsabilidad de los Estados. De acuerdo con ello, al producirse un hecho ilícito imputable a un Estado, surge de inmediato la responsabilidad de éste por la violación de la norma internacional de que se trata, con el consecuente deber de reparación y de hacer cesar las consecuencias de la mencionada violación... además la reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere, siempre que sea posible, la plena restitución (*restitutio in integrum*), la cual consiste en el restablecimiento de la situación anterior... Las reparaciones, como el término lo indica, consisten en las medidas que tienden a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas. (Caso Myrna Mack Chang VS Guatemala, 2003) (Énfasis propio)

El criterio anteriormente transcrito fue también utilizado en otra resolución, donde la CoIDH además estableció que

*En lo que se refiere a la violación del derecho a la vida y algunos otros derechos (libertad e integridad personales, garantías judiciales y protección judicial), por no ser posible la restitutio in integrum y teniendo en cuenta la naturaleza del bien afectado, la reparación se realiza, inter alia, según la jurisprudencia internacional, mediante una justa indemnización o compensación pecuniaria. Es necesario añadir **las medidas de carácter positivo que el Estado debe adoptar para asegurar que no se repitan hechos lesivos** como los del presente caso. (Caso Bulacio vs Argentina, 2003)*

Los criterios establecidos por la justicia interamericana en los casos mencionados, entre otros (por ejemplo el antes mencionado “Cinco pensionistas” contra Perú), abonan al argumento de que la obligación del estado de adoptar medidas de carácter interno no se limitan a la emisión de legislación, sino que son impulsadas también e incluso con más fuerza, después de la constatación de una violación o conculcación de derechos, es decir a través de la sentencia que ha determinado la vulneración y la necesidad de reparación.

De las disposiciones normativas y judiciales comentadas en este apartado se concluye que la emisión de resoluciones judiciales que contengan disposiciones concretas y directas sobre lo que el resto de las autoridades estatales debieran hacer a fin de restituir el goce de los derechos o de prevenir nuevas violaciones o de forma más amplia, garantizar el ejercicio de los derechos no es ilegal ni atenta contra la naturaleza de la función jurisdiccional.

Esta posibilidad se estima útil para dotar de eficacia los derechos, pues desde nuestra perspectiva, pareciera que los derechos únicamente existen a través de su conculcación; es decir, la existencia material de los mismos sólo es percibida, aquilatada y valorada al

momento que debe repararse o investigarse su violación. Por ello, la posibilidad de que los jueces al momento de conocer de los asuntos, perciban realidades adversas a la garantía de los derechos y puedan remediar las mismas se considera un ejercicio garantista propio de un Estado constitucional.

Dicha garantía cobraría mayor relevancia si también fuera asequible respecto de los llamados Derechos Sociales. Los derechos fundamentales han sido clasificados bajo diversos criterios y uno de ellos, se refiere a la dimensión social o individual que poseen y que formalmente se estableció en 1966 con la emisión de los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. A partir de entonces se institucionalizó a nivel internacional la división formal de derechos en individuales y en sociales.³

Así pues, los derechos económicos, sociales y culturales incluyen los derechos 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 trabajo.

En los últimos años hemos presenciado una tendencia a someter a decisión judicial a los derechos de esta naturaleza, los que tradicionalmente habían sido considerados como “normas programáticas” título que quería significar el hecho de que dada la naturaleza de los derechos sociales, las autoridades (generalmente administrativas) cumplan con formular los planes y programas necesarios para hacerlos accesibles a la población, generalmente mediante la emisión de políticas públicas y el destino específicos del presupuesto o gasto público.

3. Por el motivo de que una crítica a dicha clasificación rebasaría el propósito de este artículo, se hace únicamente la mención de que en virtud de la indivisibilidad, interdependencia e interconexión que existe entre los derechos, la separación de los mismos no siempre es posible ni pertinente.

Las sentencias estructurales

Las sentencias estructurales son llamadas así puesto que se ocupan de identificar condiciones estatales estructurales que impiden o dificultan el ejercicio de los derechos. De manera más concreta, han sido definidas como *decisiones judiciales que, con el propósito de asegurar la protección efectiva de los derechos de extensos grupos de personas, ordenan el diseño y la implementación de políticas públicas por parte del Estado*. (Gutiérrez, 2016, pág. 9) .

Por su parte, Néstor Osuna las identifica como las *sentencias por medio de las cuales los jueces hacen un importante esfuerzo para darles efectividad a los enunciados constitucionales, cuando constatan la existencia de desconocimientos generalizados, recurrentes y graves de los derechos humanos*. [Énfasis propio] (Osuna, 2015, pág. 92).

Para formular la definición transcrita, el autor apela a la experiencia de los jueces en el ejercicio de sus funciones, a través de la cual perciben causas que de modo *sistemático producen ese déficit de derechos humanos, y que los casos que llegan a sus despachos, si se resuelven apenas como remedios individuales, no logran subsanar la problemática* [énfasis propio] general cuya constancia se encuentra en los expedientes. [Énfasis propio] (Osuna, 2015, pág. 92).

Bajo esta idea y ante la posibilidad de que las condiciones estatales que impiden la protección efectiva de los derechos, deriven de la omisión legislativa o de la legislación contraria a la constitución o alejada de la convencionalidad, es pertinente hacer referencia también a las sentencias exhortativas, definidas por Humberto Nogueira Alcalá como.

...un conjunto de sentencias que establecen recomendaciones o directrices al órgano legislativo, llamándolo a legislar sobre determinadas materias con determinadas orientaciones o principios para actuar dentro del marco constitucional, de no hacerlo así el legislador

podría venir una sentencia posterior que declare la inconstitucionalidad de la norma respectiva. (Olano García, 2004, p. 581)

A la par, existe una clasificación más amplia de sentencias constitucionales según los efectos que impriman, todas ellas han sido llamadas en conjunto como “atípicas” siempre en contraposición a las “clásicas” que se refieren a las que tradicionalmente han dictado las cortes constitucionales donde se limitan a estimar o desestimar la violación constitucional y a proteger en su caso, de los efectos negativos al quejoso.

La clasificación referida no ha sido aceptada de manera unánime en la doctrina, pues les han llamado, por ejemplo, “manipulativas”, “interpretativas”, o “modulatorias”; (Sagüés, 2006) “exhortativas”, “de inconstitucionalidad simple”, “normativas” y “desaplicativas” (Hernández, 2004) y tampoco existe *acuerdo absoluto respecto del radio de cobertura y del contenido de estas resoluciones*. [Énfasis propio] (Sagüés, 2006)

Ahora bien, Andrés Gutiérrez, en la tesis citada líneas arriba elaboró una caracterización de las sentencias estructurales, respecto de las cuales estima que su emisión obedece a la existencia de un *bloqueo institucional* en el ejercicio y goce de los derechos, también las caracteriza como *complejas* pues abarcan o debieran abarcar la función desarrollada por varias agencias estatales, para lo cual es necesario revisar una gama de legislaciones orgánicas y sustantivas; por último, la emisión de dichas sentencias conlleva necesariamente el *seguimiento* de su cumplimiento, pues no basta expedirla si después no se corrobora que todas las disposiciones contenidas en la misma se han cumplido o no. [Énfasis propio]

A partir de las referencias hechas a este tipo de sentencia se hace evidente su carácter controversial. En efecto, si tomamos en cuenta que las cortes mediante este tipo de resoluciones se encuentran en posibilidad de comunicar a otras autoridades (administrativas o le-

gislativas) las necesidades de actuación o de omisión que dicta un Estado constitucional a partir de un estudio de constitucionalidad necesariamente tendremos que preguntarnos sobre la legitimación y conocimiento que posea ese tribunal.

Por otro lado, es necesario reparar en el hecho de que una sentencia no es una recomendación, una declaración de buenas intenciones ni mucho menos una lista de deseos no satisfechos. La sentencia goza de potestad, su cumplimiento es coercible y su incumplimiento es sancionado.

En ese tenor, el exhorto, indicación o directriz que emita una corte en ejercicio de su función de garante de la constitucionalidad y de la convencionalidad, estará dotada del vigor que siempre han poseído las resoluciones judiciales, por lo que podría llevar a interpretarse como una invasión de facultades o una franca injerencia en el quehacer de la autoridad, lo que acarrearía el quebranto del sistema de separación de poderes.⁴

Por último, tanto la jurisprudencia como la doctrina, han referido que las jurisdicciones de Sudáfrica, Colombia, India, Argentina y Canadá, (Cossio Díaz, 2015) se encuentran a la vanguardia en la formulación de sentencias estructurales, que se han ocupado de asuntos importantísimos para la vida democrática de los países, como por ejemplo, la vivienda, los desalojos arbitrarios, las condiciones de vida en los centros de reclusión o la conservación de la identidad de los pueblos indígenas.

El presente apartado ofrece de forma breve una concreta conceptualización de las sentencias estructurales, de la utilización y del carácter controversial e instrumental de las mismas. Con ello se iden-

4. Esta consecuencia amerita un estudio aparte y mucho más amplio, pues implica un examen de la estructura propia del Estado y de su existencia. En esta ocasión se menciona únicamente como apoyo al argumento del carácter controversial de las sentencias estructurales.

tifica la capacidad de dichas sentencias en la consecución y efectiva atribución de derechos sociales. Lo anterior sin soslayar su eficacia para con los derechos indiscutiblemente individuales como las libertades fundamentales, pero que para efectos del presente trabajo y ante las carencias materiales tan apremiantes en nuestra sociedad, nos decantamos por su análisis como instrumento de generación de bienestar social, a través de los derechos que lo impulsen.

A partir de esta referencia, el siguiente apartado, presenta de manera detallada la incursión del Poder Judicial de la Federación en el pronunciamiento de resoluciones de esta naturaleza.

I. LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA UNIÓN Y LAS SENTENCIAS ESTRUCTURALES

De acuerdo a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, corresponde a los tribunales de la federación conocer del Juicio de Amparo. Específicamente la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante SCJN) en México es la instancia judicial que ha pronunciado sentencias de tipo estructural.

La emisión de sentencias estructurales por la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver el Juicio de Amparo, expande las atribuciones y facultades reservadas tradicionalmente a los jueces (como se deduce líneas arriba), lo que propicia el ejercicio de un control integral de la constitucionalidad y de la convencionalidad, modificando la separación del ejercicio del poder público dentro del Estado Constitucional mexicano

Por ello es que a continuación se presentan ejemplos concretos emitidos por el Poder Judicial Federal y en específico de la SCJN, con el propósito de determinar la postura que la corte constitucional mexicana tiene al respecto.

Amparo en Revisión 310/2013

Este juicio versó sobre la guarda y custodia de dos menores procreados durante la vigencia del matrimonio de sus padres, que fue otorgada en primera instancia a la madre, bajo la disposición normativa contenida en el Código Civil para el Distrito Federal donde se establecía llanamente que debía preferirse a la madre para que desempeñara dicha labor.

La sentencia que resuelve este Amparo en Revisión del que conoció la Primera Sala de la SCJN es de fecha 4 de diciembre de 2013 y en ella se determinaron las siguientes cuestiones fundamentales:

- las medidas sobre el cuidado y educación de los hijos deben ser adoptadas teniendo en cuenta el interés de éstos, que no el de los padres, pues no son las condiciones psicológicas o afectivas de los progenitores las que determinan las medidas a adoptarse, sino exclusivamente el bien de los hijos. Este criterio vincula tanto a los órganos jurisdiccionales como al resto de los poderes públicos e, incluso, a los padres y ciudadanos, de manera que han de adoptarse aquellas medidas que sean más adecuadas a la edad de los menores, para ir construyendo progresivamente el control acerca de su situación personal y proyección de futuro, evitando siempre que el menor pueda ser manipulado, buscando, por el contrario, su formación integral y su integración familiar y social. (p. 24).
- Los efectos y alcances de las sentencias emitidas por un Tribunal Constitucional varían acorde al proceso en el cual se emiten, y según la violación constitucional que se advierta en el caso en concreto. (p. 41).
- Las pretensiones de los reclamantes, la naturaleza y objeto del proceso marcan la pauta de las consecuencias de la sentencia emitida: ya sea la declaración de una inconstitucionalidad, el

reconocimiento de la lesión a un derecho fundamental, y el restablecimiento del mismo. (p. 41).

- Por tanto, pretender que los efectos de toda sentencia de amparo sean iguales para todos los casos, implicaría negar la naturaleza del juicio de amparo como el instrumento más importante de protección de los derechos fundamentales, situación que generalizaría de forma peligrosa todo problema jurídico (p. 42)
- No toda violación a los derechos fundamentales es igual, por lo que el efecto de una sentencia de amparo debe caracterizarse por una ductilidad que permita tutelar de la manera más efectiva posible los derechos de las personas (p. 43)

Como se aprecia de las transcripciones, en esta resolución se establece una postura clara de la Primera Sala de la SCJN en el sentido de que los efectos y alcances de las sentencias constitucionales, dependerán siempre de la naturaleza del asunto a resolver, siendo la variable determinante, el derecho fundamental que fue violado; también establece que pensar diferente condenaría al Juicio de Amparo a la ineficacia en su función de garante de los derechos fundamentales.

Este asunto generó la Tesis Aislada con número de registro 2005463, publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, en febrero de 2014, bajo el rubro Sentencias de Amparo. Los efectos están determinados por la violación al derecho fundamental de cada caso en concreto.

Bajo ese contexto, el Tribunal Colegiado en Materias penal y Administrativa del Vigésimo Segundo Circuito, emitió la tesis aislada con número de registro 2012583, publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación en septiembre de 2016, bajo el rubro: Sentencias constitucionales, para determinar cuáles son sus efectos, es necesario tener en cuenta, de forma casuística, qué tipo de acto es el reclamado y cuáles son las circunstancias normativas que

lo rodean, ya que dependiendo de las consecuencias que implique cada acto, los alcances de aquéllas deberán variar en cada caso concreto, en esta tesis de forma específica el Tribunal Colegiado establece que en muchas ocasiones las sentencias podrán ir más allá de lo demandado, al constituir la única forma de lograr una reparación o restitución integral del derecho violado.

Este mismo Tribunal Colegiado, emitió otra tesis aislada que constituye la única que ha generado el poder judicial sobre la tipología de las sentencias constitucionales. La tesis tiene el número de registro 2012584 y fue publicada también en septiembre de 2016 en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, bajo el rubro Sentencias constitucionales. Su tipología es compatible con los fines del juicio de amparo actual, en el texto de la misma el Colegiado hace ver que *las sentencias protectoras no necesariamente se reducen a un efecto vinculante respecto de la autoridad responsable, sino que en ocasiones engloban también otros efectos igual de vinculantes que deben acatar los órganos del Estado, con la finalidad de reparar de forma integral la violación cometida.*

También establece que dicha tipología guarda una relación lógica y compatible con la pretensión de que exista una reparación o restitución integral del derecho violado que resulta acorde a una interpretación conjunta y teleológica de los artículos 74, fracciones IV y V, 77, fracción I y 211, tercer párrafo, de la Ley de Amparo, pues la concesión del amparo debe trascender para eliminar todas las consecuencias jurídicas directas del acto reclamado, ya que su origen es restringir tanto el acto en sí, como sus consecuencias preestablecidas, así la naturaleza, tipos, alcances y límites de los efectos del fallo amparador no se limitan exclusivamente a lo determinado en la sentencia de amparo, sino que también las autoridades responsables deben entender inmersos en ellos las consecuencias jurídicas directas que tengan sobre otros órganos, leyes e instituciones.

Las anteriores tesis, si bien son aisladas, permiten vislumbrar los beneficios que podrían traer este tipo de sentencias al tener la posibilidad de generar acciones específicas para la reparación o restitución de los derechos violados.

Caso sobre el uso recreativo de la marihuana, Amparo en Revisión 237/2014

En el mes de noviembre de 2015, la SCJN resolvió el Juicio de Amparo 237/2014, conocido como el caso sobre el uso recreativo de la marihuana; resolución materialmente trascendente no sólo jurídica, sino política, económica y sobre todo socialmente. No obstante, los argumentos en que se pretende sostener este artículo se encuentran dentro de la Opinión que el Ministro José Ramón Cossío Díaz emitió con motivo de tal sentencia.

Dentro de dicha opinión, el Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha manifestado que en asuntos de tales dimensiones, caracterizados por ser complejos, por afectar a un gran número de personas y porque requieren acciones positivas del Estado a largo plazo, como el que se dirimió, no basta con declarar la inconstitucionalidad de determinadas normas, sino que es necesaria la existencia de un *marco regulatorio fuerte, ordenado, integral y consensado democráticamente*. (Cossío Díaz, 2015)

Bajo esa lógica, en el documento comentado se sostiene que en México el proceso ha iniciado a la inversa, pues la autorización administrativa otorgada para usar el estupefaciente, encuentra su base en un acto jurisdiccional y no emana de un marco regulatorio.

Este argumento es útil para referir en un primer momento, la importancia que los procesos judiciales tienen hoy en día, específicamente en materia de Amparo, debido a que la propia Ley de Amparo en sus artículos 75, fracción IV y 77 prevé que en el cuerpo de la sentencia deben establecerse con precisión los efectos del mismo,

especificando las medidas que las autoridades han de adoptar para cumplir cabalmente con lo resuelto.

Ello implica que la obligación de reparar las violaciones de los derechos, bajo el paradigma del Estado Constitucional, requiera de la acción positiva de los agentes y funcionarios estatales y en este tenor, el ministro llega a la conclusión de que ambos ordenamientos han ocasionado que los jueces federales no limiten su actuación a “meros legisladores negativos” sino que además ahora son encargados de la “más amplia protección de la Constitución y los derechos humanos;” lo que sustenta también en el artículo 63.1 del Pacto de San José.

Bajo este tenor, en la opinión se propone de forma explícita la emisión de una sentencia estructural, misma que tiene como finalidad exhortar, a través de una indicación precisa, a las más diversas autoridades a llevar a cabo las conductas que el juez considera apropiadas para desarrollar el marco normativo integral que piensa adecuado y que pueden leerse de la propia opinión, a manera de ejemplo, tenemos que pretender exhortar al poder legislativo a revisar normas jurídicas que ahí mismo especifica al tiempo de señalar la finalidad de dicha revisión. Y hace lo mismo respecto del Poder Ejecutivo Federal.

Contradicción de tesis 58/2015

A través de los dictámenes contenidos en las sentencias, tesis y opiniones anteriormente referidos, podríamos de forma optimista prever la inminente producción de sentencias de ese tipo, que como ha quedado escrito líneas arriba traerá consecuencias importantes en la garantía y restitución de derechos en México; no obstante, dicha suposición tiene ante sí un obstáculo, pues en Agosto de 2016, con carácter de Jurisprudencia, el Pleno de la SCJN dio marcha atrás a la tendencia que comenzaba a gestarse al emitir la tesis P./J. 5/2016 (10a.) con número de registro 2012228, bajo el rubro *Derechos Huma-*

nos. La obligación del órgano de amparo de promoverlos, respetarlos, protegerlos y garantizarlos, prevista en el artículo 10. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sólo se actualiza en el ámbito de su competencia, por lo que carece de atribuciones para pronunciarse respecto de violaciones a los que no formen parte de la litis constitucional.

A continuación se presentan en forma de lista, los razonamientos que de forma contundente han cerrado por ahora la puerta a la emisión de sentencias estructurales:

- Si bien del precepto constitucional referido deriva la obligación de todas las autoridades de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, lo cierto es que ese compromiso se limita a que se ejerza dentro de la competencia de cada autoridad en particular
- El órgano de Amparo está impedido para pronunciarse sobre la posible violación de un derecho humano que perciba durante el trámite o resolución de un juicio pues, de lo contrario, modificaría la litis constitucional, desnaturalizaría el fin último del juicio, afectando los principios que le rigen, entre otros, el de instancia de parte.
- Cuando se advierta una violación a derechos humanos ajena a la controversia esencial que es materia del juicio, el órgano de amparo debe denunciar, dar vista o poner en conocimiento de la autoridad que resulte competente de investigar los hechos correspondientes
- La sentencia de Amparo no debe emitir condena, recomendación o incluso sugerencia de carácter vinculatorio en relación con las consecuencias de la probable violación ni a la forma de restituir el derecho que se advierta posiblemente violado, sin que ello descarte la posibilidad de que a la denuncia, vista

o puesta en conocimiento, se acompañen elementos técnicos que permitan a la autoridad competente apreciar objetivamente la posible violación a derechos humanos.

De los anteriores puntos, se deducen los siguientes razonamientos: la SCJN ha anclado al Juicio de Amparo a características anacrónicas, revestidas de una exacerbada legalidad; es decir, de manera similar a su origen, el Juicio de Amparo está constreñido a los inflexibles principios que lo informan como el de Petición de Parte Agraviada o como el de Relatividad.

Con esta caracterización obvia instituciones procesales constitucionales garantistas de primer orden pues a pesar de que el órgano encargado de ejercer el control concentrado tanto de la constitucionalidad como de la convencionalidad, disponga de información certera y consignada en autos sobre violaciones a derechos humanos, se encuentra impedido de utilizar esa situación a favor de los gobernados.

Paradójicamente al final de la tesis, el Pleno considera que *con este proceder, los órganos de amparo, sin desnaturalizar el juicio, ni excederse en sus facultades, reafirman su compromiso en materia de derechos humanos*; paradoja que se refuerza con lo vertido en el primer punto en el sentido de que las obligaciones y las atribuciones estipuladas en el artículo 1 Constitucional, deben atenderse de manera desarticulada por las autoridades del Estado.

No debe interpretarse esta lectura de la Jurisprudencia en comentario como sesgada o desconocedora de la división de poderes, del principio de legalidad o de la distribución competencial de las autoridades, pero como se aprecia de los apartados I y II de este documento, la tendencia no sólo en el extranjero, sino en el Sistema Interamericano del que México forma parte contradice fuertemente los razonamientos del Pleno de la SCJN.

Encima, como dice la Jurisprudencia en comento, si alguno de los jueces de Amparo en el ejercicio de su función advierte posibles violaciones a los derechos fundamentales, y desea (como es su deber) hacerlas del conocimiento de las autoridades “competentes” debe acompañar a su denuncia *elementos técnicos que permitan a la autoridad competente apreciar objetivamente la posible violación a derechos humanos*. Es decir, no basta con su dicho, sino que además debe convencer a la procuraduría, instancia o agencia a la que se dirija. Lo que se traduce en una obstaculización aún mayor.

Definitivamente, la postura del Pleno se considera desacertada ante la configuración actual del Estado, del que no podemos afirmar que actúe bajo una articulación óptima, una transparencia intachable o bajo criterios éticos e institucionales bien definidos.

Por el contrario, a veces resulta imposible identificar canales de comunicación entre las autoridades y las personas, los gobernados, ubicados en un plano de notoria desigualdad están a expensas de las deficiencias o corruptelas de las autoridades.

Por ello es que negar la posibilidad de que a nivel judicial puedan impulsarse reformas, políticas o programas de trascendencia nacional y social, abona a la desprotección y falta de garantía de los derechos, y a nivel internacional, posiciona a México en un sitio de arcaísmo jurídico al negarse sistemáticamente a dotar de operatividad a la tan mencionada reforma constitucional de 2011 en materia de Derechos Humanos, lo que se sustenta en las sendas tesis de jurisprudencia que limitan la protección de derechos a las restricciones constitucionales y la que se comenta.

CONCLUSIÓN

Si bien es cierto que mueve a reflexión la capacidad que tendrían las decisiones judiciales de prescribir a los otros órganos del gobierno las actividades a realizar, lo cierto es que bajo este análisis prelimi-

nar, consideramos necesario cuestionar las consecuencias que este actuar, permitido y alentado tanto por la Ley de Amparo como por el paradigma constitucional actual, tendría sobre la efectividad de los Derechos, específicamente aquéllos de naturaleza social.

Asimismo, es sugerente prever qué pasaría ante la renuencia de las autoridades de actuar según las normas contenidas en la sentencia. Me parece que a partir de las experiencias extranjeras e internacionales, y con base en los razonamientos vertidos en los amparos en revisión 310/2013 y 237/2014, podríamos realmente considerar la acción de la judicatura como protectora y garante de los derechos consagrados constitucionalmente

Ante la falta de marcos normativos integrales que garanticen el disfrute de los derechos, la sentencia de Amparo constituye una alternativa propiciatoria de tales normas. Esta situación obedece a que este tipo de tribunales son los que ejercen el control concentrado de la Constitucionalidad y de la Convencionalidad, a través del cual resulta factible emitir sentencias estructurales.

Por lo pronto, desafortunadamente las posturas de la SCJN, colocan al Estado en una situación de inmovilidad e incapacidad de echar andar mecanismos que resultan muy necesarios.

No se afirma categóricamente que las sentencias estructurales en México traerían de manera implícita el mejoramiento del ejercicio y protección de los derechos humanos, pero lo cierto es que ante el panorama de violencia, precariedad, desigualdad, insuficiencia presupuestal e institucional, desconocimiento, atraso e indiferencia, cualquier mecanismo que abone a la protección y garantía de los derechos se percibe útil.

Tampoco se minimizan las cuestiones presupuestarias, no obstante, un mandamiento concreto de acción podría generar estrategias de obtención, distribución y gasto del haber público.

De lo aquí comentado se concluye que a pesar de las obligaciones internacionales y de las posibilidades legales que nuestra propia le-

gislación establece, los jueces no serán por el momento, los impulsores de las mejoras que se necesitan; no obstante, no debemos soslayar que la Jurisprudencia a pesar de su obligatoriedad, representa un criterio u opinión y que como tal se encuentra históricamente determinada y por ello es dinámica.

FUENTES

- Caso Bulacio VS Argentina (Corte Interamericana de Derechos Humanos 18 de Septiembre de 2003). Recuperado el 28 de Marzo de 2017, de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_100_esp.pdf
- Caso Cinco Pensionistas VS Perú (Corte Interamericana de Derechos Humanos 28 de Febrero de 2003). Recuperado el 28 de Marzo de 2017, de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_98_esp.pdf
- Caso Myrna Mack Chang vs Guatemala (Corte Interamericana de Derechos Humanos 25 de Noviembre de 2003). Recuperado el 28 de Marzo de 2017, de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_101_esp.pdf
- Cossío Díaz, J. R. (04 de Noviembre de 2015). *Suprema Corte de Justicia de la Nación*. Recuperado el 28 de Enero de 2017, de Opinión del ministro José Ramón Cossío Díaz en el amparo en revisión 237/2014 (Uso recreativo de marihuana): <https://www.sitios.scjn.gob.mx/jrcossio/sites/default/files/articulos/noto41115.pdf>
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
- Convención Americana sobre los Derechos Humanos.
- Ferrer, E. (26 de Noviembre de 2010). Voto Razonado. *Caso Cabrera García y otro VS México*.
- Gutiérrez, A. (2016). El amparo estructural de los derechos. *Tesis para obtener el grado de Doctor en Derecho y Ciencia Política*, 17. Madrid, España: Universidad Autónoma de Madrid. Recuperado el 28 de Diciembre de 2016, de <http://hdl.handle.net/10486/676669>
- Hernández, R. (2004). La problemática de las Sentencias Normativas. *Estudios Constitucionales*, 2(1), 337-349.

Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. (2014). *Diccionario de Derecho Constitucional y Convencional* (Vol. Tomo I). México: IIJ UNAM Poder y Judicial de la Federación.

Ley de Amparo

Olano García, H. (Diciembre de 2004). Tipología de nuestras sentencias constitucionales. *Universitas* (108), 571-602.

Opinión consultiva, OC-14/94 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 9 de Diciembre de 1994). Recuperado el 8 de Febrero de 2017, de http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_14_esp.pdf

Osuna, N. (2015). Sentencias estructurales. Tres ejemplos de Colombia. En V. B. (ed.), *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. La protección de los Derechos Sociales. Las sentencias estructurales* (págs. 91-116). Colombia: KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG Y FACULTAD DE DERECHO UNIVERSIDAD DE CHILE. Recuperado el 20 de Diciembre de 2016, de http://www.kas.de/wf/doc/kas_41796-1522-4-30.pdf?150622205823

Sagüés, N. (2006). “Las sentencias constitucionales exhortativas”. *Estudios Constitucionales*, 189-202.



Nuevas formas de expresión: Obras dinámicas y formatos no convencionales

Hilda Villanueva Lomelí

Doctora en Derecho por la Universidad de Guadalajara.

RESUMEN: El arte evoluciona conforme avanza la tecnología, al servirse de ésta para expresarse utilizando las nuevas herramientas tecnológicas; sin embargo, los medios legales de protección tienen que ser analizados a efecto de determinar si estos son o no lo suficientemente eficaces para proteger estos nuevos medios de expresión del arte y en su caso, romper los paradigmas existentes para brindar a la industria creativa la protección más amplia posible.

Palabras Clave: Arte, tecnología, relación simbiótica, efímera, formato no convencional

ABSTRACT: Art evolves as technology advances, using it to express itself by the new technological tools; however, the legal means of protection have to be analyzed in order to determine whether or not they are effective enough to protect these new means of expression of art and, if necessary, to break the existing paradigms to provide the creative industry with protection as extensive as possible.

Keywords: Art, technology, symbiotic relationship, ephemeral, non-conventional format

SUMARIO: Introducción • I. Relación simbiótica: arte y tecnología • II. La redefinición del arte a través de la tecnología • III. Protección legal • IV. Reflexiones • Conclusiones • Lista de Referencias

Recibido: 10 de enero de 2017. Aprobado: 01 de abril de 2017.

El arte reta a la tecnología y la tecnología inspira al arte
*The art challenges the technology, and the technology inspires the art*¹
Lasseter, 2010.

INTRODUCCIÓN

El avance de las nuevas tecnologías, brindan posibilidades de establecer mecanismos de comunicación novedosos, lo que a su vez conlleva a que la expresión cambie respecto los formatos convencionales, consecuentemente no es de sorprender que tal situación afecte también al arte, entendido éste como la *manifestación de la actividad humana mediante la cual se interpreta lo real o se plasma lo imaginado con recursos plásticos, lingüísticos o sonoros*. (RAE, 2016).

El arte es la culminación de la expresión humana y, a través de éste se crean productos intelectuales en ciencias, letras o artes y que de acuerdo a lo definido por la Real Academia Española, es considerado como una *obra*. (RAE, 2016).

Justamente es la modernidad lo que genera nuevos panoramas sobre el conocimiento que se tiene sobre las ciencias, creencias y disciplinas; lo que invita a romper paradigmas de lo que se cree o lo que se conoce, obligando a la sociedad a hacer nuevos cuestionamientos; en el arte, tiene un impacto la modernidad cuando se utilizan técnicas vanguardistas para la producción de las obras, lo que potencializa la relación entre arte, ciencia y tecnología, (Gianetti, 2002), máxime que el arte es la máxima expresión humana y el hombre siempre tiene algo que comunicar, consecuentemente el arte es el reflejo de las emociones que rodean al hombre.

A lo largo del presente artículo, analizaremos si, al interactuar las nuevas tecnologías con el día a día en la generación de las obras

1. Traducción propia.

artísticas modernas, la legislación mexicana, en materia de derechos de autor, brinda protección jurídica a los autores de obras creadas mediante o con apoyo de herramientas tecnológicas o que son resultado de las nuevas tendencias artísticas, como es el caso de las obras efímeras cuya fijación se realiza en un soporte que no es perdurable o las obras generativas, cuyo resultado deviene de un sistema con cierta autonomía del hombre.

I. RELACIÓN SIMBIÓTICA: ARTE Y TECNOLOGÍA

No es algo nuevo que los desarrollos tecnológicos puedan tener una relación directa con la vida diaria del ser humano en todas sus esferas, incluido el arte, ya que desde tiempos inmemoriales, la tecnología ha servido como una herramienta para fijar el arte o inclusive como un instrumento o recurso para generarlo, como parte del examen de la realidad contemporánea, cuando algunas de prácticas e interacciones pasan casi necesariamente por un dispositivo tecnológico. (Pijamasurf, 2016).

La relación de estas dos disciplinas, concebidas como independiente una de la otra y de naturaleza diversa, ha propiciado la evolución del arte, que ha hecho de la tecnología una fuerza fundamental en su desarrollo y a la inversa. (BBC, 2016).

Es clara la relación simbiótica entre el arte y la tecnología en virtud de que muchas obras de arte se han logrado gracias a instrumentos tecnológicos que permiten al artista crear la obra, trascendiendo los límites de lo convencional; de igual manera los desarrolladores de tecnología han encontrado en el arte un objeto de inspiración para generar nuevos desarrollos tecnológicos. (Pijamasurf, 2016)

En virtud de lo anterior, es necesario replantear el concepto de artista. Artista es toda persona que en base a su sensibilidad y sentido estético, es capaz de transformar materiales básicos y/o usar la tecnología como herramienta para crear una obra que sea capaz de

conmover por su belleza, ingenio, sabiduría, intensidad, colorido, profundidad, extrañeza, realismo, crudeza, etcétera. Artista es aquel que desarrolla diversas habilidades y competencias tales como un uso adecuado de la técnica, la sensibilidad y el conocimiento que le permiten utilizar los materiales básicos para crear una obra única, personal e irrepetible. (Peral, 2016)

Antiguamente el concepto de artista estaba circunscrito a una élite y el público era un mero observador pasivo; hoy en día, en un mundo conectado casi cualquier persona se puede convertir en creador o autor ya que las nuevas tecnologías de fabricación, mezcla, edición, manipulación, edición de fotos y distribución facilita la creación de obras y poder compartirlas globalmente; (BBC, 2016) lo que genera diferentes tipos de arte, íntimamente vinculados con estas nuevas formas de expresión.

Vassukt Kandinsky señala que una creación artística es el reflejo de un periodo cultural, *hija de su tiempo*. (Kandinsky, 2016). Por lo que el estilo o las obras que se realicen en determinada época, estarán marcadas por un determinado estilo, lo mismo ocurre hoy en día con el fácil acceso a la tecnología. Durante el desarrollo de la historia, los artistas han manifestado a través de sus obras, ya sean colectivas o individuales, su sentir, sus inquietudes y sus vivencias de un determinado momento, ahí radica la *función social del arte*. (Callejerorev, 2017)

Por su parte, Lila Pagola “*manifiesta que la tecnología surge en momentos históricos determinados*”, ya que se encuentra vinculado a fenómenos sociales, políticos y económicos, tal y como ocurrió con la Revolución Francesa o la Revolución Industrial y si bien es cierto, no es la total responsable de dichos cambios, la relación entre la tecnología y el arte, es lo que algunos autores llaman *momento tecnológicos*; tal es el impacto que guarda la tecnología con el arte, que inclusive pueden materializarse en costumbres y concepciones de la época distintas, es decir un modo de vida diferente. En la histo-

ria, podremos encontrarnos frente a la discusión o cuestionamiento acerca de cómo un dispositivo tecnológico cuestiona la producción artística o toda la institución del arte. Esta misma autora hace la referencia al caso de la fotografía, es decir, de cómo la tecnología logró un efecto, sobre la sociedad burguesa de la época, en la que encontró con la fotografía, el cumplimiento de la “necesidad” para auto-representarse. (Pagola, 2017).

Cabe destacar que existe una discusión sobre la sinergia entre el arte y la tecnología, que se centra en los siguientes cuestionamientos: al generar arte, ¿Es lo mismo hacerlo con un pincel que con una computadora?, ¿Es un nuevo lenguaje el uso de la tecnología al aplicarla al arte? Sin embargo, una obra artística puede ser realizada indistintamente con los elementos que tenemos al alcance de todos (ya sean los elementos *tradicionales* como un lápiz o un pincel o a través de una computadora, ya dependerá la elección del uso de dichas herramientas por cuestionamientos de economía, rapidez, facilidad o por simple gusto del autor. (Pagola, 2017).

II. LA REDEFINICIÓN DEL ARTE A TRAVÉS DE LA TECNOLOGÍA

La cultura es la mezcla entre la ciencia y la tecnología, en donde el hombre utiliza las herramientas que tenga disponibles para la creación de sus obras artísticas, (Fargas, 2017), consecuentemente la tecnología está redefiniendo el arte y propiciando nuevas formas de expresión entre las cuales encontramos las siguientes:

- El arte efímero o en proceso
- El arte cinético o en movimiento
- El arte generativo o algorítmico

El arte efímero o como algunos lo llaman arte en proceso, es un tipo de expresión humana en la cual la desaparición o degradación de la

obra forma parte del mensaje que se desea transmitir. (Mayorga-Toledano, 2010-2011).

Richard Long define a la obra efímera como una obra de arte que solo ocurre una vez, y que no puede ser encarnada en un objeto perdurable que permita que sea mostrada por ejemplo en un museo o galería. (Long, 2016).²

Una característica muy importante y que impacta en el ámbito de la protección legal es que este tipo de obras basan su conservación en la documentación que se realice de la misma. (Rubiales, 2014).

El arte cinético o el arte en movimiento es una forma de arte plástico en la que el movimiento de las formas, los colores y los planos constituyen el medio, para obtener un todo cambiante. (Eco, 2010) Las obras dinámicas tienen diversas variantes algunas de las más relevantes son:

- a) Las obras bi o tridimensionales estáticas pero que producen efectos de carácter óptico es decir movimiento. (Vasarely, 2016).
- b) Las obras que incorporan movimiento real a un objeto artístico de carácter bi o tridimensional. (Černého, 2017).³
- c) Aquellas en las que el efecto de movimiento se logra a través del desplazamiento del espectador.⁴
- d) Las que incorporan luces en constante variación, como puede ser el encendido y apagado de parte o la totalidad de estas. (Bruce, 2016).

Las nuevas formas de expresión, las obras dinámicas o los formatos no convencionales permiten la Interacción de diversos elementos,

2. Traducción propia.

3. La *escultura de la cabeza de Frank Kafka* es una escultura de acero inoxidable que no para de moverse.

4. Un claro ejemplo de este tipo de obras es "*El retrato de Mae West*", del maestro Salvador Dalí, expuesto en el Teatro Museo-Dalí, ubicado en Figueras, España, en donde los espectadores observan en una sala los muebles de un departamento de estilo surrealista, para que al recorrer la sala, sean dirigidos y subir unas escaleras y así disfrutar y observar el rostro de Mary Jane West, compuesto por los propios muebles

inclusive del ser humano en un ambiente multidimensional. (Rie-land, 2016). Existen manifestaciones que se valen de modos o medios no tecnológicos y otros tecnológicos, para lograr la aproximación entre el espectador y la obra, a esto se le ha denominado como arte participativo. (Giannetti, 2002).

La tecnología implica la creación de otros productos de propiedad intelectual (ejemplo: robots, software, etc.) que coadyuvan en los procesos de creación de las obras o en las obras mismas y esto propicia que los artistas o creadores incursionen en otras ciencias. (González y Ruipérez, 2010).

Con la incorporación la tecnología al arte, surge el arte generativo o arte algorítmico que se refiere al arte que en su totalidad o en parte, se ha creado con el uso de un sistema autónomo; es decir que no es un humano y se pueden determinar las características de una obra de forma independiente, que de otro modo requeriría decisiones tomadas por el artista.

Philip Galanter señala que una obra generativa es una obra de arte compleja, creada por un autor que usa un sistema, tal como un conjunto de reglas de un lenguaje de un programa de cómputo, una máquina u otro procedimiento que tienen movimiento con cierto grado de autonomía. (Galanter, 2016).

El arte generativo también se puede hacer uso de los sistemas de la química, la biología, la mecánica y la robótica, materiales inteligentes, la asignación al azar, matemáticas, mapeo de asignación de datos, simetría entre otros.

Estas formas de arte deben encontrar un espacio en el marco regulatorio o legal; por lo que es de suma relevancia que se analice como se encuentra actualmente el aspecto de la protección legal, que para efectos del presente trabajo se analizará el marco legal internacional así como el caso de la legislación mexicana y la española.

El *mapping* es otra modalidad de expresión del arte con las nuevas tecnologías, que consiste en la proyección de imágenes y videos

adaptados para superficies irregulares; esta técnica se diferencia de la proyección tradicional en virtud de que no se requiere una pantalla plana, ya que justamente la superficie irregular es lo que le brinda el dinamismo a este tipo de proyecciones. (Lasso, 2017)

Como ejemplo de lo anterior encontramos que del 14 al 18 de febrero de 2017, en la Ciudad de Guadalajara, para celebrar los 475 años desde su fundación, se llevó a cabo el festival multimedia, que consistió en iluminar diversos edificios del Centro Histórico con instalaciones, video-mapping, iluminación LED; para llevarse a cabo se destinó una inversión de 22 millones de pesos. (Acosta, 2017)

Las siguientes imágenes fueron tomadas en ese festival:



La fotografía fue tomada por el C. Samuel Canela, estudiante de la maestría en Gestión de Gobiernos Locales del Centro Universitario de Tonalá, en el Centro Histórico, en el marco de la conmemoración del 475 aniversario de la fundación de la Ciudad de Guadalajara.



La fotografía fue tomada por el C. Samuel Canela, estudiante de la maestría en Gestión de Gobiernos Locales del Centro Universitario de Tonalá, en el Centro Histórico, en el marco de la conmemoración del 475 aniversario de la fundación de la Ciudad de Guadalajara.

III. PROTECCIÓN LEGAL

El Convenio de Berna “Para la protección de las obras literarias y artísticas” en su artículo 2 define lo que comprende el concepto de obras literarias y artísticas estableciendo textualmente que:

- 1) Los términos « obras literarias y artísticas » comprenden todas las producciones en el campo literario, científico y artístico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión, tales como los libros, folletos y otros escritos; las conferencias, alocuciones, sermones y otras obras de la misma naturaleza; las obras dramáticas o dramático-musicales; las obras coreográficas y las pantomimas; las composiciones musicales con o sin letra; las obras cinematográficas, a las cuales se asimilan las obras expresadas por

procedimiento análogo a la cinematografía; las obras de dibujo, pintura, arquitectura, escultura, grabado, litografía; las obras fotográficas a las cuales se asimilan las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía; las obras de artes aplicadas; las ilustraciones, mapas, planos, croquis y obras plásticas relativos a la geografía, a la topografía, a la arquitectura o a las ciencias.

- 2) Sin embargo, queda reservada a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de establecer que las obras literarias y artísticas o algunos de sus géneros no estarán protegidos mientras no hayan sido fijados en un soporte material.
- 3) Estarán protegidas como obras originales, sin perjuicio de los derechos del autor de la obra original, las traducciones, adaptaciones, arreglos musicales y demás transformaciones de una obra literaria o artística.
- 4) Queda reservada a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de determinar la protección que han de conceder a los textos oficiales de orden legislativo, administrativo o judicial, así como a las traducciones oficiales de estos textos.
- 5) Las colecciones de obras literarias o artísticas tales como las enciclopedias y antologías que, por la selección o disposición de las materias, constituyan creaciones intelectuales estarán protegidas como tales, sin perjuicio de los derechos de los autores sobre cada una de las obras que forman parte de estas colecciones.
- 6) Las obras antes mencionadas gozarán de protección en todos los países de la Unión. Esta protección beneficiará al autor y a sus derechohabientes.
- 7) Queda reservada a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de regular lo concerniente a las obras de artes aplicadas y a los dibujos y modelos industriales, así como lo relativo a los requisitos de protección de estas obras, dibujos y modelos, teniendo en cuenta las disposiciones del Artículo 7.4 del presente Convenio. Para las obras protegidas únicamente como dibujos y

modelos en el país de origen no se puede reclamar en otro país de la Unión más que la protección especial concedida en este país a los dibujos y modelos; sin embargo, si tal protección especial no se concede en este país, las obras serán protegidas como obras artísticas (Berna, 2017).

El precepto antes señalado en el inciso 2 determina que queda reservada a las legislaciones de los países de la unión la facultad de establecer que las obras literarias y artísticas o algunos de sus géneros no estarán protegidos mientras no hayan sido fijados en un soporte material.

México es uno de los países que en su legislación establece como requisito para la protección de las obras la fijación, específicamente en el artículo 5 de la *Ley Federal del Derecho de Autor* (LFDA), que textualmente señala:

Artículo 5. La protección que otorga esta Ley se concede a las obras desde el momento que han *sido fijadas en un soporte material*, independientemente del mérito, destino o modo de expresión.

Pero en términos de esta ley ¿Qué se entiende por fijación?

Artículo 60. Fijación es la incorporación de letras, números, signos, sonidos, imágenes y demás elementos en que se haya expresado la obra, o de las representaciones digitales de aquellos, *que en cualquier forma o soporte material*, incluyendo los electrónicos, *permita su percepción, reproducción u otra forma de comunicación*.

Esto nos lleva a tener que entender el concepto de soporte material y en virtud de que la LFDA no establece un concepto preciso, nos referimos a la doctrina.

Juan David Pastrana señala que el *corpus mechanicum* o “soporte material” debe diferenciarse del *corpus mysticum* “derechos morales y patrimoniales de la obra”. (Pastrana Berdejo, 2008) El soporte material es el medio de objetivación perdurable; que puede ser de cualquier índole, por ejemplo; una piedra, papel, cinta magnética, etc.

Sin embargo en la legislación española en el *Real Decreto legislativo 1/1996*, por el que se aprueba el texto refundido de la *Ley de la Propiedad Intelectual*, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia, en su artículo 10 establece:

Artículo 10. Obras y títulos originales.

Son objeto de propiedad intelectual *todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible*, actualmente conocido o que se invente en el futuro, comprendiéndose entre ellas:

a) ... I) (Real Decreto legislativo 1/1996)

En este contexto encontramos un caso en donde la fijación debe hacerse en un soporte material, entendido éste como un medio de objetivación perdurable (México) y el otro extremo (España) en donde no se dispone que tenga que ser fijada la obra en un “soporte material”.

Como ya se ha vertido a lo largo del presente artículo, las ideas en sí mismas no son protegibles por la *Ley Federal del Derecho de Autor*, ya que la protección de las obras se da a partir que los autores plasman su obra en cualquier forma de soporte material, que permita hacerla del conocimiento de las personas, es por eso la importancia de documentar lo que los creativos desarrollan.

REFLEXIONES

Teniendo presente lo expuesto a lo largo de este artículo, resulta pertinente plantear algunas reflexiones interesantes que pueden servir de base para análisis o discusiones sobre el tema:

- ¿El requisito de fijación previsto en la LFDA limita la protección de las obras creadas mediante las nuevas formas de expresión?
- ¿Cuál es el mecanismo de protección que ofrece la LFDA para las obras creadas mediante las nuevas formas de expresión?
- ¿Actualmente existe en México seguridad jurídica para los autores de obras creadas mediante las nuevas formas de expresión, especialmente en aquellos casos en los que se debe documentar la creación de las obras para probar que estas existieron?
- Cuando la documentación de la obra creada mediante las nuevas formas de expresión está a cargo de un tercero; ¿A qué problemas de protección respecto de su obra puede enfrentarse el autor de la obra primigenia que ya dejó de existir?

CONCLUSIONES

El tema de la protección legal de las obras dinámicas y de formatos no convencionales que son creadas mediante nuevas formas de expresión es complejo por dos aspectos:

Primero. El grado de seguridad jurídica que brinda la legislación mexicana brinda al autor en los términos en los que actualmente se encuentra.

Segundo. Porque se llega a cuestionar el nivel de participación y creatividad del autor cuando se utilizan herramientas tecnológicas en el proceso de creación de las obras.

Los artistas tienen el desafío de estar abiertos a las nuevas tecnologías mismas que conducen a formas de expresión novedosas y los llevan a mantenerse verdaderamente creativos e imaginativos;

intentando superar el límite de lo que se ha hecho previamente. La legislación debe regular efectivamente estas formas de expresión.

FUENTES

- Acosta, Gabriela: “Guadalajara, celebra cumpleaños con mucha luz”, Periódico Publimetro, <https://www.publimetro.com.mx/mx/guadalajara-noticias/2017/02/13/guadalajara-celebra-cumpleanos-mucha-luz.html> Consultado: 20-II-2017.
- BBC, MUNDO: *La tecnología y el arte: una combinación para labrar el futuro*, http://www.bbc.com/mundo/noticias/2012/10/121004_tecnologia_artes_y_avances_tecnicos_bd Consultado: 23-XI-2016.
- Bruce, Nauman: <http://culturacolectiva.com/bruce-nauman-los-limites-de-mi-lenguaje-son-los-limites-de-mi-mundo/> Consultado: 24-XI-2016.
- Callejerorev: *La nueva función del arte en la sociedad actual; coexistencia del artista como actor social*. <http://callejerorev.com/2014/la-nueva-funcion-del-arte-en-la-sociedad-actual-coexistencia-del-artista-como-actor-social/> Consultado: 10-II-2017.
- Cerného Davida: <http://abcblogs.abc.es/proxima-estacion/public/post/viajar-estatua-kafka-praga-16708.asp/> Consultado: 24-XI-2017.
- Convenio De Berna: Consultado: 15-VI-2017
- Eco, Humberto: citado por Souriau, Etienne: “*Diccionario Akal de Estética*, Ediciones Akal”, España, 2010.
- Fargas, Joaquín: *El encuentro del arte, la ciencia y la tecnología*, <http://www.razonypalabra.org.mx/N/n65/actual/jfargas.html> Consultado: 08-II-2017.
- Galanter, Philip: “*What is generative art? Complexity theory as a context for art theory*”, http://www.philipgalanter.com/downloads/ga2003_paper.pdf Consultado: 23-XI-2016.
- Giannetti, Claudia: *Sintopía del arte, la ciencia y la tecnología*, Ed. AAC L’Angelot, Barcelona, España, 2002.
- González Lázaro y Ruipérez de Azcárate Clara: *Cuestiones actuales de la propiedad intelectual. Premio Aseda 2010, Colección de Propiedad Intelectual*, Ed. Reus, S.A., España, 2010.

- Kandansky, Wassily: *De lo espiritual en el arte*, <https://gabrielagarbo.files.wordpress.com/2010/01/30760245-kandinsky-vassily-de-lo-espiritual-en-el-arte-pdf> Consultado 24-XI-2016.
- Lasseter, John: Citado por González Lázaro y Ruipérez de Azcárate Clara: *Cuestiones actuales de la propiedad intelectual. Premio Aseda 2010, "Colección de Propiedad Intelectual"*, Ed.Reus, S.A., España, 2010.
- Lasso, Sara: *Mapping. ¿Qué es y como se hace?* <http://arte.about.com/od/Diccionario-De-Arte/fl/Mapping.htm> Consultado: 21-III-2017.
- Long, Richard: Richard Long, <http://www.richardlong.org/> Consultado: 18-X-2016.
- Mayorga Toledano, María Cruz: *Revista: Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor, "El arte efímero como objeto de la propiedad intelectual. Especial referencia a los embalajes monumentales y demás instalaciones conceptuales"*, periodo que cubre: 2010-2011.
- Pagola, Lila: Curso I Arte y Tecnología, <http://www.ocw.unc.edu.ar/cea/arte-y-tecnologia/actividades-y-materiales/apuntes> pp. 2-4, Consultado: 08-II-2017.
- Pastrana Berdejo, Juan David: *Derechos de Autor*, Ed. Flores Editor y Distribuidor, Distrito Federal, México, 2008.
- Peral, José A.: *La vida como obra de arte*, <https://japeralcoaching.wordpress.com/2014/11/02/la-vida-como-obra-de-arte/> Consultado: 23-XI-2016.
- Pijamasurf: Arte y tecnología: la relación simbiótica que nos descubre los secretos de la existencia, <http://pijamasurf.com/2013/12/arte-y-tecnologia-la-relacion-simbiotica-que-nos-descubre-los-secretos-de-la-existencia/> Consultado: 23-XI-2016.
- RAE: Real Academia Española, <http://www.rae.es/>, Consultado: 18-X-2016.
- Rieland, Randy: *7 Ways Technology is Changing How Art is Made*. <http://www.smithsonianmag.com/arts-culture/7-ways-technology-is-changing-how-art-s-miade-180952472/> Consultado: 23-XI-2017.
- Rubiales Fuentes, Pilar: *El conflicto entre el montaje expositivo y la intencionalidad del artista*, Conservación del Arte Contemporáneo 15ª Jornada, Ed. Museo Nacional Centro de Arte Reyna Sofía, Madrid, España, 2014.
- Vasarely, Víctor: <http://www.biografiasyvidas.com/biografia/v/vasarely.htm> Consultado: 24-XI-2016.



Es claro que lo único permanente es el cambio. En un deseo de mejorar el manejo de esta revista, hemos adoptado el Sistema APA, Edición tercera en español y sexta en inglés, para responder a los intereses de quienes escriben y leen esta publicación. Sus apartados 6: *Citación de fuentes* y 7: Ejemplos de referencias, constituyen los puntos medulares en el cuidado del aparato crítico.

- Por razones de honradez intelectual y académica, siempre incluir página o número de párrafo a las citas que se usen, sean textuales o por paráfrasis.
- Originales, no ofrecer a otras publicaciones en un plazo de seis meses, dentro del cual se informará al autor de su aceptación, necesidad de ajustes o rechazo, de la colaboración recibida.
- Se deberá enviar carta de cesión de derechos de autor a nombre de la Universidad de Guadalajara, con firma autógrafa escaneada.
- Extensión: entre 5 500 y 10 000 palabras incluidos figuras, gráficas, anexos y fuentes.
- Estructura: Título bilingüe, español – inglés - corto de un máximo de diez palabras.
- Dividido en capítulos, que soporte el desarrollo lógico del tema y culmine con un capítulo final de “Conclusiones” o “Conclusiones y Propuestas,” mismos que pueden ser independientes.
- Los ensayos deberán ser en español, salvo el resumen y las palabras clave bilingües. (Español-inglés).
- Resumen - “Abstract” en un párrafo de entre 50 y 90 palabras, en español – inglés.

- Palabra clave – “key words” de tres a cinco palabras. Bilingües español - inglés.
- Referencias citas/intra-texto versión APA, sexta edición en inglés y tercera en español.
- Notas al pie en un máximo de 60 palabras, por cita. Sólo para aclaraciones indispensables, de preferencia no usarlas.
- Se pueden incluir anexos, en caso de ser necesario; mismos que se adjuntarán al final del ensayo y antes de lista de referencias.
- *Cursivas para: títulos, énfasis.*
- Referencias en hoja aparte en orden alfabético de apellidos de autores. con sangría francesa o colgante.
- Los apellidos que inician con: de, del, de la, von... se alfabetizan con la palabra que les sigue V.gr.: Cueva Mario de la, Trap Philliph, von.

Acrónimos y siglas. Se hace notar que el sistema APA, aún tiene asuntos sin resolver, por esa razón de fondo se agrega lo siguiente:

- Las diversas Instituciones que se conocen por siglas las conservarán, y dichas siglas se inscribirán cita/intra-texto, para su identificación, seguidos de año, página o párrafo si la hubiere. Únicamente la primera vez, se anota siglas y significado, las subsecuentes sólo se consignarán las siglas, año, p., pp. o párrafo.

Ejemplo de referencias citas/intra-texto.

- » Primera vez, (énfasis en el texto).
- » (CEPAL, Comisión Económica para América Latina y el Caribe, 2015, p. 3).
- » Segunda vez, y subsecuentes (énfasis en el texto).
- » (CEPAL, 2015, p. 3).
- » Ejemplo de referencias.
- » CEPAL, Comisión Económica para América Latina y el Caribe. Naciones Unidas. (2015). *Panorama Social de América*

Latina. s/l: s/ed. el 20 julio 2017. Recuperado de www.onu/jfhgdgfgsd o DOI. 1234456778912

- Para las citas legales de Leyes o Códigos será de la siguiente manera:
 - » Citas intra-texto
 - » Nombre de la Ley o Código, año, artículo.
 - » Primera vez: CCJ, Código Civil del Estado de Jalisco, actualizado al 20-VI-2017 artículo 9.
 - » Subsecuentes: CCJ, artículo 9.
- Para las instituciones gubernamentales nacionales e internacionales, se atenderá a las siglas o acrónimos que ellas mismas usan como identificación; igual norma para las de carácter privado. Los acrónimos en idioma diferente al español se conservaran con la aclaración pertinente y su traducción.
- Enviar los ensayos al e-mail personal de María Luisa Chumacero Alarcón: chumacero_alarcon@hotmail.com
- Proporcionar datos de localización del autor: correos electrónicos y teléfonos, en la portada debajo del Título.
- Curriculum corto, del autor o autores, incluyendo evidencia del grado máximo obtenido.
- El Consejo Editorial, así como los árbitros internos y externos operan como órgano colegiado y confidencial, su decisión será compartida e inapelable y se dará a conocer por la Dirección de la Revista por vía electrónica.
- Para las citas/intra-texto de jurisprudencias y tesis agregar intra-texto lo siguiente: SCJN, y número de registro establecido por la Suprema Corte de Justicia, y en las referencias los datos completos de identificación empezando igual que en la cita / intra-texto.
- Por cuestiones de identificación agregar en libros el ISBN, (físico o electrónico), y revistas el ISSN o DOI, en internet, al final de la

referencia. Además incluir en la lista de referencias/fuentes, los nombres completos de los autores.

- Los artículos enviados son concebidos como documentos de trabajo que serán revisados y ajustados en el área de edición de la revista para su publicación.



Revista Jurídica Jalisciense
AÑO XXVII. 2017. núm. 57
Julio-diciembre 2017
Se terminó de imprimir en julio de 2017
en Ediciones de la Noche
Madero # 687, Centro
Guadalajara, Jalisco, México.

La edición consta de 200 ejemplares

Diseño:
Ediciones de la Noche
Corrección:
María Luisa Chumacero Alarcón
Traductor Honorífico:
Javier Alexandro González Rodríguez