
Desafíos y perspectivas del Sistema Jurídico Mexicano Contemporáneo

Ensayos jurídicos de la segunda generación del Doctorado en Derecho

Ángel Guillermo Ruiz Moreno (Coordinador)



Universidad de Guadalajara

Desafíos y perspectivas del Sistema Jurídico Mexicano Contemporáneo

Ensayos jurídicos de la segunda generación del Doctorado en Derecho

Ángel Guillermo Ruiz Moreno (Coordinador)

Universidad de Guadalajara

Primera Edición 2017

D. R. © Universidad de Guadalajara
Centro Universitario de Ciencias Sociales y Humanidades
Coordinación Editorial
Juan Manuel, núm. 130
Zona Centro
44100 Guadalajara, Jalisco, México

Consulte nuestro catálogo en: <http://www.publicaciones.cucsh.udg.mx/>

ISBN: 978-607-742-855-8

Este libro fue financiado con el fondo federal PROINPEP: Programa de Incorporación y Permanencia de los Posgrados en el PNPC

Impreso y hecho en México
Printed and made in Mexico

Índice

Prólogo	7
<i>Ángel Guillermo Ruiz Moreno</i>	
Presentación.....	11
<i>María Luisa Chumacero Alarcón</i>	
Los derechos sociales a la luz de la teoría de los derechos fundamentales.....	15
<i>Stephanie Calvillo Barragán</i>	
<i>Dr. Luis Antonio Corona Nakamura</i>	
El derecho a la seguridad como derecho fundamental	35
<i>Pedro Javier Carrasco Rueda Quijano</i>	
<i>Dr. Jorge Chaires Zaragoza</i>	
Soberanía nacional y forma de gobierno en México. Una Constitución para todos	49
<i>Eduardo Casillas Torres</i>	
<i>Dr. Rogelio Barba Álvarez</i>	
La cadena de custodia en el nuevo sistema de justicia penal.....	63
<i>Nicolás Castañeda Castañeda</i>	
<i>Dr. Adrián Joaquín Miranda Camarena</i>	
Derecho al trabajo y constitucionalismo social a un siglo de su reconocimiento en la Constitución	79
<i>Juan José Durán Rivas</i>	
<i>Dr. Alejandro César Antonio Luna Bernal</i>	

La presunción de inocencia, marco comparativo de México con las resoluciones de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos.....	103
<i>Javier Alberto García González</i> <i>Dr. Arturo Villarreal Palos</i>	
Gestión ambiental del gobierno local a los efectos del fenómeno metropolitano	123
<i>Herrera Ornelas, Nelly Gabriela</i> <i>Dra. Raquel Gutiérrez Nájera</i>	
Impacto del principio de progresividad en materia de derechos pensionarios en México.....	137
<i>Alex Fernando Larios Jiménez</i> <i>Dra. Irma Leticia Leal Moya</i>	
La constitucionalización del derecho al agua en Latinoamérica.....	153
<i>Irma Salas Benítez</i> <i>Dr. José de Jesús Becerra Ramírez</i>	
Las pensiones de la Ley del Seguro Social: ¿un tope a la dignidad humana?.....	171
<i>Estanislao Solórzano Barón</i> <i>Dra. Angélica Ocegüera Ávalos</i>	

PRÓLOGO

El Doctorado en Derecho en Investigación, adscrito al Centro Universitario de Ciencias Sociales y Humanidades (CUCSH) de la Universidad de Guadalajara (UdeG), publica ahora su cuarta obra colectiva en tan sólo un lustro de actividades, que iniciaran formalmente en el ciclo escolar 2012-B con los primeros 22 alumnos de este Programa Doctoral presencial, de los cuales, en la fecha que esto se escribe, se han titulado ya 13 de ellos, con lo que tenemos una eficiencia terminal del 59% del alumnado admitido, logro alcanzado apenas a un año de distancia de que la Primera Generación concluyeran sus estudios doctorales. Destaca el hecho de que, entre los titulados, 6 de ellos obtuvieron la distinción de “Mención Honorífica” por decisión unánime del jurado y recomendación de publicación de su investigación.

Eso es fruto del enorme esfuerzo desplegado por las autoridades universitarias de la Administración Central y del CUCSH de la UdeG, así como de la proactividad de los miembros de la Junta Académica junto a los profesores que integran el núcleo académico básico del mismo, y todo ello aunado también, cómo no, al talento del grupo de 12 alumnos que por decisión colegiada de la citada Junta Académica —responsable por cierto de la buena marcha de este programa de posgrado— integran la Segunda Generación del Doctorado en Derecho.

Los respectivos directores de tesis han apoyado y avalado a sus dirigidos, respetando sus ideas y giros de lenguaje, (de ellos se eligieron los diez mejores), en la construcción de los ensayos que hoy se publican. Para algunos de los alumnos es su primera incursión en este campo.

Se invitó a la Mtra. María Luisa Chumacero Alarcón, Directora de la *Revista Jurídica Jalisciense*, a la tarea de presentar los ensayo y editar el presente libro colectivo. Asimismo, en la permanente búsqueda de la excelencia académica, todos quienes participamos en este gran proyecto que es este Doctorado en Derecho, enfocado en la Investigación jurídica original e innovadora capaz de ser reconocida y citada a nivel nacional e

internacional, intentamos formar líderes en la comunidad científica, con un sentido ético profundo y comprometido con la sociedad a la que sirve mediante el aporte de conocimiento jurídico nuevo; la idea subyacente es que posteriormente, todos y cada uno de ellos sean capaces de formar a nuevos investigadores, replicando este modelo no sólo en Jalisco, sino en toda la región del occidente y el país entero, en aras de volver a este Programa Doctoral en un referente de excelencia que sea reconocido en el Padrón Nacional de Posgrados de Calidad del CONACYT.

Porque es innegable que, tras el trascendente cambio de paradigma jurídico del 10 de junio de 2011 debido a la reforma y adición del artículo 1° de nuestra Constitución Política mexicana, nos urge, como país, efectuar más investigación jurídica innovadora y actual, logro que podrá posicionar también a nuestra *Alma Mater* en el lugar que se merece pues una de sus mayores fortalezas académicas es contar con el mayor número de investigadores nacionales del país.

Además, partiendo de la idea de que al seno universitario nadie tiene razón a la fuerza ni la fuerza de una razón única, la armonía entre profesores y alumnos no siempre es sencilla de alcanzar, pues las diferencias de opinión, los disensos, la crítica y la autocrítica, son cotidianos en el quehacer académico. No obstante, apunto que en la práctica se han alcanzado logros importantes cuando ambos, Director y alumno, contando con el eventual auxilio del Tutor en este *modelo tutorial* que se ha concebido para acompañar en sus labores investigativas al alumno a lo largo de sus estudios, terminan poniéndose de acuerdo no sólo en el qué, cómo, dónde y cuándo del desarrollo de la investigación libremente seleccionada por el alumno, sino, sobre todo, cuando ambos comprenden el porqué de las cosas y la sinergia que se alcanza con el trabajo en equipo.

Empero, es una pena que a la ciencia jurídica —como suele ocurrir cotidianamente con el resto de las ciencias sociales o las humanidades—, se le niegue o regatee el reconocimiento que socialmente merecen, debido al lamentable prejuicio de que únicamente las ciencias exactas o las llamadas “ciencias duras” son ciencia. Del mismo modo es una pena que, a pesar de la carrera de Abogado o Licenciado en Derecho es una de las más populares y polivalentes del país, destaca por el hecho de que la investigación en la ciencia jurídica es muy escasa y de baja calidad. El prejuicio y la subvaloración del jurista siguen estando allí enquistados en nuestro sistema educativo nacional.

¿Quién valora en México al estudiante de Derecho a nivel superior? ¿Quién le apoya para continuar sus estudios a nivel posgrados en Programas Doctorales presenciales como este que coordino, los que requieren de dedicación completa? ¿Quién ayuda eficazmente para efectuar intercambios y estancias académicas?

Al respecto, más de alguna vez he debido argumentar en el foro académico algo que me gustaría repetir ahora: desde mi particular opinión como jurista, la ciencia del Derecho ha aportado sin duda el mejor *constructo* social o *invento* científico: el Estado. Sí, el Derecho es una ciencia social, y sin la ciencia del Derecho, el Estado mexicano no existiría, como no existiría tampoco la Secretaría de Educación, ni los organismos públicos descentralizados de ellas —como el CONACYT—, ni la Universidad Pública, y así sucesivamente. Porque sin la ciencia jurídica y las leyes, viviríamos en el caos social absoluto y cada quien haría lo que le viniera en gana, retornando sin remedio a la llamada “ley de la selva” donde tan sólo el más fuerte, el más veloz, el más hábil o apto, sobrevivirían, en tanto que el resto estaríamos condenado a perecer sin remedio.

Ahora que tenemos un enorme *déficit social* debido a la falta de credibilidad en las instituciones y a su rebasamiento, reconstruir el tejido social requiere hoy más que nunca del apoyo de las ciencias sociales. El esfuerzo debe concentrarse entonces en un trabajo consistente en materia de educación pública —que no es un gasto sino una inversión en la gente, y además benéfica para el país—, generándose así una genuina cultura de respeto hacia los demás; y como la ciencia del Derecho persigue siempre a la realidad, en aras de alcanzarle y regularle de mejor manera para lograr una convivencia social pacífica y justa, la investigación jurídica actual debe propender a diagnosticar objetivamente los problemas más trascendentes que urgiría remediar en el país, apoyando con ello a nuestra clase política para una mejor toma de decisiones política, económica o social.

En ese hilo de ideas, decía con sobrada razón el último gran politólogo del país, Don Jesús Reyes Heróles: *La academia sin política es utopía, y la política sin academia es tiranía*. En mi opinión, como investigador nacional que soy desde hace más de tres lustros, las reformas estructurales del Estado mexicano no han pasado por el tamiz de la academia, quedándose entonces la principal toma de decisiones al seno de los poderes fácticos económicos y políticos, careciendo de la debida legitimación social.

Ojalá y las restantes reformas estructurales que necesita México, las que es de suponer serán propuestas a corto plazo —algunas de ellas sin duda cruciales para el país—, se hagan consultando antes a los expertos, esto es, a mujeres y hombres de ciencia que mediante una crítica constructiva pueden coadyuvar a mejorar sensiblemente las medidas adoptadas.

Es por eso que me honra tanto prologar este libro colectivo: porque la Benemérita Universidad de Guadalajara ha contribuido de manera significativa a cultivar a investigadores de primer nivel en la ciencia jurídica, tal y como lo muestran y demuestran estos 10 ensayos de los alumnos de la Segunda Generación del Doctorado en Derecho, que han sido aprobados conjuntamente para su publicación.

Mis más sinceras felicitaciones para sus autores, así como a sus respectivos Directores de sus investigaciones doctorales que los han avalado para tal fin.

¡Enhorabuena a todos ellos!

Guadalajara, Jalisco, a 14 de agosto de 2017.

Dr. Ángel Guillermo Ruiz Moreno

Coordinador del Doctorado en Derecho del CUCSH,
e Investigador Nacional Nivel III del CONACYT.

Presentación

Constituye un gran honor para la que esto escribe, la invitación realizada por el Dr. Ángel Guillermo Ruiz Moreno, a quien le estoy muy agradecida; para dirigir a ustedes unas pocas palabras, sobre el nuevo Libro Colectivo producido por los estudiantes, Maestros en Derecho, del Doctorado bajo su digno cargo y que se titula:

Desafíos y perspectivas del Sistema Jurídico Mexicano Contemporáneo.

Ensayos jurídicos de la segunda generación del Doctorado en Derecho

El Doctorado de la Universidad de Guadalajara, sigue consolidando su buen nombre y prestigio a través de su segunda generación y, sus alumnos han escrito, bajo la vigilancia y dirección de sus directores de tesis, valga la redundancia, un artículo, cada uno, que es parte de su investigación para su futura tesis doctoral. No puedo menos que sentirme orgullosa de los esfuerzos de los alumnos, Maestros en Derecho, en este lugar de crecimiento que es el Doctorado.

Se me ha encomendado la labor de unificar visualmente, en lo posible, el formato, respetando profundamente el trabajo de los coautores.

Las líneas de Investigación en las que están incluidos los articulistas son dos: Derecho Constitucional y Derecho Penal, ambas de trascendental importancia en el desarrollo y evolución social pues, como de todos es conocido, el Derecho nos acompaña desde la concepción hasta más allá de la muerte. El hombre ha encontrado formas de esclavizar a sus semejantes y el hombre, también, defiende creando normas que protegen a los débiles. Como todos saben ya camina, tiempo ha, por la senda de la salvaguarda de los seres vivos en general sean vegetales o animales.

El primer ensayo destinado a este libro colectivo pertenece a la Maestra Stephanie Calvillo Barragán, que, bajo el título: *Los derechos sociales a la luz de la teoría de los derechos fundamentales*; toca un tema trascendente sobre el hombre, su seguridad, libertad, derechos y los

medios legales que, para obtenerlos, ha desarrollado la sociedad en costumbres y legislaciones.

Javier Carrasco Rueda Quijano, nos entrega su colaboración bajo el título: *El derecho a la seguridad como derecho fundamental*, realiza un estudio doctrinal que apoya su investigación y en palabras del autor... *podemos referir que hay un desarrollo histórico normativo que ha buscado situar la seguridad como un derecho básico de las personas*. Advierte que aún nos encontramos en el camino para alcanzar la meta de una real seguridad de los que viven en un país.

Eduardo Casillas Torres en su ensayo: *Soberanía nacional y forma de gobierno en México. Una Constitución para todos*, realiza un certero diagnóstico que sintetiza en un pequeño, pero categórico, párrafo acerca de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que a continuación se transcribe:

Precisamente al estar hurgando en el texto de la constitución fue cuando me di cuenta de la complejidad conceptual que puede originarse al estar leyendo algunos artículos de nuestra constitución. Conceptos endebles, referencias desfasadas, definiciones cortas o nulas de conceptos pilares para entender nuestro presente estado de derecho.

Deseo toque a su puerta la curiosidad.

El cuarto ensayo de este libro colectivo corre a cargo del Maestro Nicolás Castañeda Castañeda y bajo el título: *La cadena de custodia en el nuevo sistema de justicia penal (NSJP)*, critica las deficiencias del personal destinado a cuidar de este eslabón trascendental en toda investigación criminal. Su trabajo va más allá pues pondera la falta de atingencia, en el país, para formar los nuevos cuadros para el universo de los juicios orales – adversariales.

Juan José Durán Rivas, académico entusiasta desde que era estudiante de licenciatura, realiza un estudio en el que los temas de la depauperación y precariedad en el trabajo, disminución acelerada del salario real, vía inflación, el *outsourcing*, desempleo; entre otros, algunos expresos, otros subyacentes, en su ensayo: *Derecho del trabajo y constitucionalismo social a un siglo de su reconocimiento en la Constitu-*

ción, nos indica paso a paso, como este neoliberalismo ha perjudicado intensamente lo que debiera ser una verdadera justicia social.

Javier Alberto García González escribe un ensayo que participa de un interesante contexto histórico que retrotrae hasta el Código de Hamurabi y la Ley de Talión, así en su ensayo: *La presunción de inocencia, marco comparativo de México con las resoluciones de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos*; menciona la situación del presunto delincuente, desde la suposición de su culpabilidad, hasta la presunción de inocencia *juris tatum*, además extiende su estudio al concierto de naciones en que la solidaridad internacional, permite en este presente, el opinar y recriminar a los gobiernos, a través de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos.

La Maestra Nelly Gabriela Herrera Ornelas, enfoca su trabajo en uno de los temas más trascendentes de la especie: supervivencia. Toca una arista muy particular en su ensayo: *Gestión ambiental del gobierno local ante los efectos del fenómeno metropolitano*, pues nos lleva de la mano al como la ‘mancha urbana’ destruye hábitats, cuyo daño nos lleva a perder especies y al mismo tiempo dificulta el aprovisionamiento de las ciudades de los servicios básicos.

Alex Fernando Larios Jiménez, entrega para el presente libro colectivo, su colaboración bajo el título: *Impacto del principio de progresividad en materia de derechos pensionarios en México*. Maestro interesado en las consecuencias desastrosas que los cambios en las normas que atañen a la seguridad económica de quienes ya no pueden trabajar, en clara crítica a las autoridades que soslayan el concepto de ‘derechos adquiridos,’ en perjuicio de los integrantes de la ‘tercera edad’

Irma Salas Benítez, bajo el presupuesto lógico de supervivencia, como base para su ensayo: *La constitucionalización del derecho al agua en Latinoamérica*, considera que es implícito el derecho al uso del agua, en calidad y cantidad suficiente para una vida digna. ¿Se acuerdan de El Salto de Juanacatlán? En el ahora corredor industrial en los municipios de El Salto y Juanacatlán. Cuando era niña hace más de 60 años era un paseo precioso en el que se jugaba al aire libre con el agua y se nadaba en la poza. Hoy, es hoy... y la contaminación lleva enfermedad y sufrimiento a sus habitantes. Bueno sería que limpiáramos nuestros ríos pensando en las generaciones venideras.

El ensayo que cierra el presente libro colectivo pertenece al Maestro Estanislao Solórzano Barón, y bajo el título: *Las pensiones de la Ley del Seguro Social: ¿un tope a la dignidad humana?* Describe objetivamente la conducta lesiva, en contra de los pensionados, perpetrada por el organismo, -se supone- de mayor importancia en la protección de los trabajadores que han llegado a la etapa de pensionarse, avalado por la Institución que representa la máxima expresión de la justicia, en nuestro país: Instituto Mexicano de Seguridad Social y Suprema Corte de Justicia de la Nación respectivamente.

Antes de despedirme es mi propósito manifestar mi agradecimiento al Maestro Javier Alejandro Rodríguez González, quien se desempeña como Secretario del Tribunal Colegiado de Circuito en el Poder Judicial Federal, Traductor Honorífico de la *Revista Jurídica Jalisciense* desde hace más de 15 años y que, en esta ocasión, ha fungido como tal para este libro colectivo del Doctorado de la Universidad de Guadalajara y ahora, generosamente, ha quitado tiempo a su descanso para apoyar a su *alma mater*, en el presente texto.

María Luisa Chumacero Alarcón
Directora de la Revista Jurídica Jalisciense

Los derechos sociales a la luz de la teoría de los derechos fundamentales

Texto supervisado, aprobado y avalado para su publicación por su Director de tesis: Dr. Luis Antonio Corona Nakamura.¹

Stephanie Calvillo Barragán²

RESUMEN: Se analiza desde una perspectiva crítica la naturaleza de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) a través de la Teoría de los Derechos Fundamentales, a efecto de desentrañar los aspectos que les integran y ponderar la exigibilidad de los DESC frente al Estado.

ABSTRACT: The nature of Economic, Social and Cultural Rights (ESCR) is analyzed from a critical perspective through the Theory of Fundamental Rights, in order to unravel the aspects that integrate them and to ponder the enforceability of ESCR against the State.

Palabras clave: Derechos fundamentales, derechos económicos, sociales y culturales, derechos civiles y políticos.

Key Words: Fundamental Rights, Economic Social and Cultural Rights, Civil and Political Rights.

Contenido: I. Aproximación al concepto de Derechos Fundamentales. II. Principios que edifican el proceso de positivización de los Derechos Fundamentales. III. La justificación moral de los Derechos Fundamentales. IV. Clasificación de los Derechos Humanos. V. Críticas y conclusiones sobre la naturaleza de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Fuentes.

¹ Doctor en Derecho.

² Abogada, Maestra en Derecho con orientación en Seguridad Social y Negociación Colectiva. Notas: Línea de investigación Derecho Constitucional. El presente artículo es parte de la investigación para mi futura tesis doctoral.

I. Aproximación al concepto de Derechos Fundamentales

En general hablar sobre derechos humanos o derechos fundamentales es una tarea particularmente complicada si atendemos a interpretaciones de políticos, sociólogos, juristas, etc. No obstante el término de derechos humanos ha sido conceptualizado como un derecho natural desde la perspectiva de la teoría del iusnaturalismo, cobrando relevancia en la actualidad por considerarse inalienables e irrenunciables a la humanidad, es decir, se constituyeron como una garantía natural de los derechos del hombre a través de la Declaración Universal de los Derechos Humanos,³ cuyo punto de partida es la dignidad humana.

Sin embargo, estos derechos *no son producto de una generación espontánea*⁴ o de un invento progresista, sino que han evolucionado en razón a los momentos históricos trascendentales por los que han transitado las sociedades en el mundo, en los cuales se instó a la negación o al reconocimiento de la dignidad que integran al hombre y a la mujer, por lo que fue la suma de voluntades, mediante sus resistencias, revoluciones, críticas y el surgimiento de teorías, las que dieron paso a las declaraciones de los derechos humanos o naturales por los Estados y sus sistemas constitucionales.

Dado lo anterior, el término derechos humanos no se ha mantenido fijo, y menos aun cuando han sido utilizados desmesuradamente para legitimar a grupos de poder o al propio poder del Estado, que inexorablemente genera confusión o una *retórica de derechos*, tal como lo argumenta decididamente Gregorio Peces Barba:

*...se puede incluso hablar de una retórica de los derechos humanos, al hacerse desde sectores políticos alejados del ideal moral último que los fundamenta, un uso simplemente semántico de justificación y de legitimación de sistemas no democráticos, lo que evidentemente desorienta.*⁵

³ La Declaración Universal de los Derechos Humanos fue aprobada en sesión plenaria del 10 de diciembre de 1948 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, reunida en París.

⁴ Clase sobre "Derechos Humanos" del día 3 de mayo del 2017, a cargo del Dr. José de Jesús Becerra Ramírez, dentro del Programa del Doctorado en Derecho, de la Universidad de Guadalajara, México.

⁵ Peces-Barba, Gregorio, *Lecciones de Derechos Fundamentales*, Dykinson, España, 2009, p. 20.

De modo que los derechos humanos son entendidos desde una posición iusnaturalista como aquellos derechos naturales que surgen de la ponderación de la dignidad humana, y que por lo tanto existen y son válidos con independencia de la declaración del poder público sobre éstos; sin embargo, desde una posición iuspositivista los derechos humanos son el conjunto de normas jurídicas que se encuentran plasmadas y reconocidas en un ordenamiento jurídico, garantizadas por el propio Estado que las crea.

Esta evidente distorsión del término de derechos humanos guarda una trayectoria histórica de antagonismo, no obstante consideramos imprescindible validar un concepto que conlleve tanto la validez, como la eficacia en los derechos, a través de los llamados derechos fundamentales; por la evidente razón de que la primera teoría elude la legitimación del Estado y ponderación de los derechos naturales o morales frente a los derechos positivos, y la segunda prescinde de los valores inherentes a la dignidad humana (vistos como derechos naturales o morales) al atender exclusivamente aquellas normas jurídicas creadas por el Estado y consideradas derechos humanos.

Por su parte Antonio E. Pérez Luño, el cual, en su obra: *Los Derechos Fundamentales*, realiza una conceptualización de los Derechos Humanos, a saber:

*Conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humana, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional*⁶

El citado autor posiciona a los Derechos Humanos desde una perspectiva iusnaturalista, al considerarle prerrogativas inherentes a la naturaleza del hombre; sin embargo, en esa misma conceptualización enfatiza la necesidad de ser positivados por la organización política de la sociedad, con la finalidad de que éstos sean vistos como derechos fundamentales, por su reconocimiento constitucional y consecuentemente en los instrumentos internacionales que para tales casos prevea la norma máxima como parte integrante del entramado de la normatividad positiva.

Asimismo, Gregorio Peces Barba considera ambiguo el término de derechos humanos, toda vez que los derechos se justifican en valores y ade-

⁶ Pérez Luño, Antonio Enrique, *Los Derechos Fundamentales*, 4a ed., Tecnos, España, 1991, pp. 46-47.

más se fundamentan en un ordenamiento jurídico, con la finalidad de que éstos sean garantizados por el propio Estado; en otras palabras, los derechos humanos deben de ser justos, válidos y además eficaces⁷, porque de qué sirve ponderar un valor inherente a la dignidad humana, si este valor no se encuentra positivizado y razonablemente garantizado por la propia organización política de la sociedad, y del mismo modo para qué sirven un conjunto de normas jurídicas que no protegen o validan valores derivados de la dignidad humana, si estos derechos son destinados a las personas; de ahí que la naturaleza de los derechos humanos envuelva un sentido más profundo, tanto en su fondo como en su forma, por consiguiente no basta con la ponderación de valores o derechos naturales de los hombres, sino además es necesaria su fundamentación jurídica.

En congruencia con lo anterior, Gregorio Peces Barba nos ofrece una visión integral de los derechos humanos, a través de la concreción de los derechos fundamentales, a saber:

Cuando hablamos de derechos fundamentales estamos refiriéndonos, al mismo tiempo a una pretensión moral justificada y a su recepción en el derecho positivo. La justificación de la pretensión moral en que consisten los derechos se produce sobre rasgos importantes derivados de la idea de dignidad humana, necesarios para el desarrollo integral del ser humano. La recepción en el derecho positivo es la condición para que pueda realizar eficazmente su finalidad.⁸

Es así que en los derechos fundamentales, llámense Derechos Civiles y Políticos (DCP), o Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC) se les reconoce el doble carácter que les integra, tanto el de su ámbito moral o justificación, así como el de su fundamentación o positivización; lo que permite inexcusablemente la creación de garantías para su debido acceso, en razón a que la eficacia de los derechos fundamentales se encuentra supeitada a la existencia de un sistema adecuado de garantías.

En ese mismo sentido, es pertinente citar a Antonio E. Pérez Luño en su conceptualización de los Derechos Fundamentales: *Aquellos Derechos Humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor*

⁷ De esta trilogía habla Gregorio Peces Barba al justificar la necesidad de positivización de los derechos humanos, en virtud de que si éstos se encuentran reconocidos válidamente por la Constitución, habrá garantías para el acceso eficaz de la justicia.

⁸ Peces-Barba, Gregorio, *Lecciones de Derechos Fundamentales*, Ed. Dykinson, España, 2009, p. 29.

parte de los casos en su normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela reforzada.⁹

De ahí que los Derechos Fundamentales sean aquellos derechos humanos o morales, reconocidos, garantizados y protegidos por el Estado a través de su positivización, para brindarles de plena exigibilidad mediante procedimientos jurisdiccionales ante tribunales competentes, y eficacia a través del establecimiento de garantías a cargo del Estado, por lo que ve a sus obligaciones de dar, de hacer, o no hacer.

II. Principios que edifican el proceso de positivización de los

Derechos Fundamentales

En congruencia a lo anterior, es necesario desentrañar a los derechos fundamentales en relación a los principios que les guían y edifican en su proceso de positivización.

De acuerdo con Rodolfo Vázquez y con las ideas de Carlos S. Nino, comenzaremos con aquellos principios que se derivan de su teoría liberal igualitaria, es decir con los principios que surgen del liberalismo igualitario, la cual no es propiamente en un sentido libertario (sin frenos o sin límites), por el contrario, atiende a un sentido igualitario desde una perspectiva formal y además material. Es así que el liberalismo igualitario se entiende de la siguiente manera:

Toma distancia de los excesos populistas, de la cerrazón nacionalista y del despotismo autoritario, reafirmando su convicción por una democracia plural, incluyente, deliberativa y representativa, entiende, también, que debe ponerse límites éticos y jurídicos a los excesos del poder tecnócrata y de una cultura empresarial monopolista y nepotista—tanto como la propia clase política—, que cree en forma dogmática en el mercado sin regulaciones en una competencia desenfrenada en perjuicio de los más necesitados, y de aquellos que en verdad quieren hacer valer sus méritos—capacidades, riesgos y esfuerzos en una competencia adecuadamente regulada.¹⁰

⁹ Pérez Luño, Antonio Enrique, *Los Derechos Fundamentales*, 4ª ed., Ed. Tecnos, España, 1991, pp. 46-47.

¹⁰ Vázquez, Rodolfo, *Derechos Humanos. Una lectura liberal igualitaria*, UNAM, México, 2015, p. XXII.

Consecuentemente la teoría de liberalismo igualitario entraña un trato jurídicamente diferenciado para abatir los efectos de las desigualdades y lograr la satisfacción de las necesidades básicas de las personas, cuya garantía es la existencia de un Estado intervencionista, que no solamente haga frente a las obligaciones de carácter negativo¹¹ sino además aquellas de carácter positivo;¹² toda vez que los derechos fundamentales como los DCP y los DESC son de naturaleza indivisibles.

Principio de autonomía personal. Implica que el Estado se verá imposibilitado de intervenir en la vida personal del individuo (obligaciones negativas), por lo que la organización política deberá guardar distancia del individuo respecto al sistema propio de valores, creencias, posiciones políticas, preferencias y cualquier tipo de libertades; sean políticas, de tránsito, de religión, de ideas, de expresión, de preferencias sexuales, etc., bajo la restricción de que el ejercicio de los derechos anteriores no suponga la afectación a derechos de terceros. En ese mismo sentido se define al principio de autonomía de la siguiente manera:

Permite identificar determinados bienes sobre los que versan ciertos derechos cuya principal función es poner barreras de protección contra medidas que persiguen el beneficio de otros, del conjunto social o entidades supra individuales. El bien más genérico protegido por este principio es la libertad de realizar cualquier conducta que no perjudique a terceros.¹³

No obstante existe una gran diferencia entre ser imparcial y ser neutral por parte del Estado, debido a que el reconocimiento de tales libertades puede implicar la intervención del Estado, con la finalidad de que se acceda eficazmente a los derechos, consecuentemente resulta inadmisibles que el Estado se mantenga al margen ante hechos que ponen en riesgo estos

¹¹ Obligaciones a cargo del Estado de no hacer o no intervenir, es decir de carácter abstencionista.

¹² Obligaciones que implican deberes positivos de hacer o de dar a cargo del Estado, considerados de naturaleza prestacional.

¹³ *Idem*, p. 03

derechos fundamentales, bajo el argumento de tratarse de obligaciones negativas (obligaciones de no hacer) a su cargo.¹⁴

Principio de dignidad humana. De acuerdo a Rodolfo Vázquez su origen es kantiano, por considerarse una antítesis respecto al utilitarismo y la limitación al principio de autonomía personal, razón por la cual es importante tener en cuenta lo siguiente:

...siendo valiosa la humanidad de la propia persona o en la persona de cualquier otro, no debe tratársela nunca sólo como un medio sino como un fin en sí misma y no deben imponérsele contra su voluntad sacrificios o privaciones que no redunden en su propio beneficio¹⁵

Es evidente que este principio es una restricción al sentido utilitarista que pudiera concebir a una persona como un medio para el logro de cualquier fin, ponderando igualmente el valor que envuelve a la humanidad misma, y que ésta no es sinónimo de mercancía o cosa, sino que su valor es preciso e inseparable al hombre o a la mujer; por lo que el principio de dignidad humana se define como:

Clausura el paso a ciertas versiones utilitaristas, que al preocuparse por la cantidad total de felicidad social desconocen la relevancia moral que tienen la separabilidad e independencia de las personas. Cierra el paso, también, a cualquier expresión colectivista como la representada por los nacionalismos o culturalismos extremos. A su vez el reconocimiento de este principio restringe la aplicación de la regla de la mayoría en la resolución de los conflictos sociales.¹⁶

En consecuencia, este principio limita la autodeterminación de las comunidades si éstas atentan contra la dignidad humana; lo anterior puede resultar confuso frente a la lógica democrática, no obstante tal como lo argumenta el Dr. José de Jesús Becerra Ramírez: *hay decisiones que no es-*

¹⁴ Rodolfo Vázquez refiere en su obra *Derechos Humanos. Una lectura liberal igualitaria*, UNAM, México, 2015, pp. 165-167, la resolución de un caso de amparo directo en revisión 502/2007 (sentencia fallada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación), y el voto concurrente del Ministro de la Corte José Ramón Cossío, en el cual se argumenta a favor de la laicidad en términos de imparcialidad.

¹⁵ Nino, Carlos S., *Ética y derechos humanos*, Astrea, Buenos Aires, 1984, p. 239.

¹⁶ Vázquez, Rodolfo, *Derechos Humanos. Una lectura liberal igualitaria*, UNAM, México, 2015, p. 04.

tán sujetas al arbitrio de las mayorías,¹⁷ por lo que el reconocimiento de derechos que atenten contra el principio de dignidad humana, transgrede irreductiblemente a los derechos fundamentales, aun cuando se trate de derechos colectivos.

Principio de igualdad. Contempla dos sentidos; el primero formalista (DCP) que atiende un trato jurídico igualitario, y un sentido material (DESC) a partir de un trato jurídicamente diferenciado respecto aquellas personas que por razones económicas, culturales o sociales se encuentran en desventaja frente a otros. Consideramos adecuada la definición del principio de igualdad que realiza Francisco Laporta, a saber:

Una institución satisface el principio de igualdad si y sólo si su funcionamiento está abierto todos en virtud de principio de no discriminación y, una vez satisfecha esa prioridad, adjudicar a los individuos beneficios o cargas diferenciadamente en virtud de rasgos distintivos relevantes¹⁸

Así que el principio de igualdad *intenta determinar cuándo está justificado establecer diferencias en las consecuencias normativas y cuando no es posible. Cuando no existen diferencias relevantes el tratamiento debe ser igual, cuando las hay, debe ser diferenciado,*¹⁹ visto lo anterior es evidente la vinculación con el principio de no discriminación, ya que cuando las diferencias sean relevantes entre las personas, se justifica el trato jurídico diferenciado, es decir, el principio de igualdad desde un sentido material; caso contrario, cuando las diferencias no sean relevantes deberá operar el principio de no discriminación en toda su dimensión, y es aquí donde opera el principio de igualdad en su sentido formal, toda vez que el trato jurídico es igualitario.

Sin embargo no resulta sencillo determinar cuando estamos frente a rasgos relevantes que justifiquen el trato jurídico diferenciado, y es que frente a un rasgo no justificado estaríamos afectando el derecho de la no discriminación, en consecuencia no podríamos tratar desigual a los iguales

¹⁷ Clase sobre “Derechos Humanos” del día 15 de febrero del 2017, a cargo del Dr. José de Jesús Becerra Ramírez, dentro del Programa del Doctorado en Derecho, de la Universidad de Guadalajara, México

¹⁸ Laporta, Francisco, “El principio de igualdad”, *Revista de Ciencias Sociales*, n° 67, Madrid, 1985, p. 27.

¹⁹ Vázquez, Rodolfo, *Derechos Humanos. Una lectura liberal igualitaria*, UNAM, México, 2015, p. 05.

y mucho menos tratándose de rasgos de religión, edad, sexo o preferencias sexuales; pero sí podríamos tratar jurídicamente diferente a las personas cuyos supuestos contemplan los DESC.

Es así que los DESC, como el derecho del trabajo, a la salud, al agua, a la vivienda, a la seguridad social, a la educación, al medio ambiente sano, los derechos agrarios e indígenas, justifican el trato diferenciado, no violentando el derecho a la no discriminación, y sí reconociendo el principio de igualdad.

III. La justificación moral de los Derechos Fundamentales

En el apartado precedente se pretendió desentrañar los principios que dirigen la construcción positivizada de los Derechos Fundamentales, a efecto de volver eficaz a la norma misma, es decir el “para qué,”²⁰ por consiguiente continuaremos con la base justificativa del ámbito moral que establece “el por qué”²¹ de los derechos fundamentales, elemento imprescindible, porque tal como Peces Barba refiere: *en los derechos fundamentales el espíritu y la fuerza, la moral y el derecho están entrelazados, y la separación los mutila.*²²

El punto de partida es la dignidad humana para la declaración de los valores que entrañan a los derechos fundamentales por ser el centro en el cual orbitan alrededor los demás valores, por ello nos parece trascendental lo aludido por Jürgen Habermas:

La dignidad humana no es únicamente una expresión clasificatoria, como si se tratara de un parámetro de sustitución vacío que agrupara una multiplicidad de fenómenos diferentes. Por el contrario, pretendo

²⁰ De acuerdo a Gregorio Peces Barba, el “para qué” de los Derechos Fundamentales implica la positivización de los derechos, es decir, la fundamentación de los valores que les justifican.

²¹ El “por qué” de los Derechos Fundamentales en congruencia a Gregorio Peces Barba, representa la justificación moralizada de los derechos, es decir los valores en los cuales se justifican éstos.

²² Peces Barba, Gregorio, *Lecciones de Derechos Fundamentales*, Ed. Dykinson, España, 2009, p. 31.

*sostener que constituye la fuente moral de la que todos los derechos fundamentales derivan su sustento*²³

En definitiva, la dignidad humana influye y es parte inherente de los demás valores de los derechos fundamentales, debido a como lo expresa Kant: *(todo) tiene un precio o una dignidad. Lo que tienen precio puede ser sustituido por otra cosa como equivalente; en cambio, lo que sea ya por encima de todo precio y, por tanto, no admite equivalente, posee dignidad*,²⁴ es así que las personas somos poseedoras de dignidad, no de un precio.

Por último es menester señalar que no vemos a la dignidad humana como un valor en sí mismo, sino como lo expresa Habermas, como una fuente moral que sustentan los derechos fundamentales, a diferencia de lo dicho por Cárdenas Gracia Jaime, el cual entiende a la dignidad humana: *como valor básico que fundamentan los derechos humanos*,²⁵ no obstante si concordamos cuando argumenta que: *la dignidad sirve para expresar el valor intrínseco de la persona, derivado de una serie de rasgos de identificación clase única e irrepetible*.²⁶

Es así que para los efectos de este artículo, consideramos los siguientes valores de los Derechos Fundamentales, a saber:

Libertad. Uno de los valores más importantes y trascendentales en la historia del humanidad, prueba de ello son los DCP, que a través de su reconocimiento efectivo ha coadyuvado a la protección de este valor que sin duda permea a otros valores, porque es el *valor central, del que derivan y se explican otros, por su mayor proximidad con la misma idea de moralidad*,²⁷ asimismo de acuerdo a Jaime Cárdenas Gracia²⁸ de manera sintética la libertad vista desde la filosofía se comprende:

²³ Habermas, Jürgen, "El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos", en *Revista Diánoia*, vol. LV, no. 64, 2010. Consulta: 04-IV-2017, http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0185-24502010000100001

²⁴ Kant, Immanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Espasa Calpe, España, 1995, p. 112.

²⁵ Cárdenas Gracia, Jaime, *Introducción al estudio del derecho*, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Nostra Ediciones, México, 2009, p. 224.

²⁶ *Idem*, pág. 224.

²⁷ Peces-Barba, Gregorio, *Lecciones de Derechos Fundamentales*, Dykinson, España, 2009, p. 35.

²⁸ Cárdenas Gracia, Jaime, *Introducción al estudio del derecho*, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Nostra Ediciones, México, 2009, p. 225.

- **Libertad negativa.** La persona se encuentra libre de presiones o coacciones, de parte de los individuos o grupos y del propio Estado; es autónoma, cuya obligación a cargo de los sujetos previamente enunciados es simplemente dejar hacer y/o dejar pasar (libertad de expresión, de asociación, reunión, de tránsito, religiosa y de culto, etc.).
- **Libertad positiva.** Representa la toma de decisión de ejercer la libertad de la persona, es decir, ésta es una autodeterminación para la realización de actividades o conductas, que además incluyen la participación en la esfera pública y el ejercicio de los derechos políticos. La diferencia entre la libertad negativa y la positiva, es que la primera se aboca a limitar la intervención de los sujetos que puedan afectar o conflictuar la libertad positiva de la persona, siempre y cuando no se vean afectados derechos de terceros en el ejercicio del derecho de la libertad.
- **Libertad material o real.** Requiere de la intervención y participación del Estado para el establecimiento efectivo de las garantías que permitan el acceso eficaz a la libertad positiva o negativa de las personas.
- **Igualdad.** Puede entenderse como un principio y como un valor, toda vez que representa una de las luchas más antiguas, trascendentales y vigentes en la humanidad, prueba de ello es la resistencia actual en contra de las políticas públicas discriminatorias establecidas en países desarrollados, que afectan indefectiblemente al valor y principio de igualdad de los Derechos Fundamentales; sin embargo la igualdad ha sido concebida como lo vimos previamente, desde dos perspectivas; una formal y otra material, por ello nos parece adecuada la explicación de Mario Álvarez Ledesma respecto a la igualdad:

La igualdad en términos jurídicos significa que las normas en un sistema de derecho otorgan el mismo trato (iguales derechos y deberes) a todos aquellos que se encuentren en un mismo plano informativo. Igual trato a los iguales jurídicamente, es decir a quienes la norma asigna la misma posición, trato diferente a los ubicados en una situación jurídica distinta²⁹

²⁹ Álvarez Ledesma, Mario, *Introducción al derecho*, 2^o ed., Mc Graw Hill, 2010, p. 35.

De modo que el valor de la igualdad existe a través del trato jurídicamente igualitario³⁰ o jurídicamente diferenciado³¹ siempre y cuando se justifique dicho tratamiento; Asimismo tanto la libertad como la igualdad son valores que se encuentran inseparables, debido a que del valor de la libertad nace la igualdad, y con la igualdad presumimos la existencia de la libertad, es decir, “sí la libertad no es igualitaria no es libertad”³²

Seguridad jurídica. Éste es un valor imprescindible en cualquier tipo de sociedad, prueba de ello es la creación del Estado a efecto de dotar de seguridad jurídica en cuanto a la actuación de los propios poderes en los que se divide el Estado, y el reconocimiento de los derechos y sus respectivas restricciones de los gobernados; por tanto este valor es clave para el acceso eficaz de todos los derechos fundamentales, visto que la seguridad jurídica es *la certeza o posibilidad de predicción con que cuenta el gobernado para saber qué conductas son jurídicamente debidas y cuáles no.*³³

En definitiva la seguridad jurídica es la certeza irrevocable de una sociedad, en cuanto a la existencia y declaración de principios y valores que integran el pacto político de la sociedad.

Solidaridad. Valor que constituye la base que sostiene a los derechos económicos sociales y culturales, por guardar una estrecha relación con la igualdad material, al establecer un trato jurídicamente diferenciado e implicar la obligación positiva (no única) del Estado para lograr el acceso eficaz a los derechos fundamentales. En congruencia con lo anterior, Rodolfo Vázquez, establece lo siguiente:

*El deber de solidaridad contribuye así a la eliminación de formas de discriminación y a la protección de minorías y sectores de la población marginados, lo que puede, por supuesto, implicar acciones paternalistas o de acción afirmativa por parte del Estado, plenamente justificadas*³⁴

³⁰ Visto desde un sentido formal, como lo son los DCP.

³¹ Visto desde un sentido material, como son los DESC.

³² Peces-Barba, Gregorio, *Lecciones de Derechos Fundamentales*, Ed. Dykinson, España, 2009, p. 36.

³³ Álvarez Ledezma, Mario, *Introducción al derecho*, 2º ed., Ed. Mc Graw Hill, 2010, p. 34.

³⁴ Vázquez, Rodolfo, *Derechos Humanos. Una lectura liberal igualitaria*, UNAM, México, 2015, p. 19.

IV. Clasificación de los Derechos Humanos

Por lo que ve a la clasificación clásica de los derechos humanos, éstas se realizaron con base al momento en el que fueron declarados los derechos,³⁵ los cuales de acuerdo a diversos autores se agrupan en generaciones, a saber:

Derechos de Primera Generación. Estos surgen por vez primera a través de la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, como consecuencia de la caída de la monarquía absolutista a finales del siglo XVIII y el Constitucionalismo Clásico, donde se forjó la autoconciencia del hombre sobre sus derechos de libertad básicos, y la creación de una organización política mediante el Estado constitucional; asimismo otro referente decisivo del surgimiento de estos derechos, es la Constitución de los Estados Unidos de América del Norte, derivado de la independencia de las colonias Norteamericanas de Inglaterra.

Es así que los derechos de primera generación son *aquellos derivados de las relaciones jurídicas en general, o sea, los derechos subjetivos tradicionales, como pueden imaginárselos de crédito, o personales, los derechos reales, también tradicionales.*³⁶ Consecuentemente a través de la creación del Estado constitucional, se reconocen los derechos a la vida, a la libertad, a la igualdad, y a la seguridad, es decir, los DCP, cuya bandera principal es la libertad, y un concepto de igualdad entendida a partir de un trato jurídico idéntico para todos.

Derechos de Segunda Generación. Estos derechos aparecen a través de la Constitución Mexicana de 1917, Rusia en 1918 y Weimar Alemania en 1919, representando una ampliación de los derechos, a partir de un sujeto acompañado de una conciencia social; es aquí donde nace la justicia social, como aquella que se contrapone a la justicia idéntica para todos, debido a que entraña un trato jurídicamente diferenciado para aquellos que por condiciones económicas, sociales y culturales se encuentran en una situación de desventaja frente a otros; por lo que el Estado se ve obligado a intervenir y consecuentemente es solidariamente responsable del

³⁵ Esto no garantizó en todos los casos la positivización de los derechos humanos por los Estados.

³⁶ Gómez Lara, Cipriano, "La protección procesal de los derechos fundamentales", en *Revista Universitaria de Derecho Procesal*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, España, 1990. N° 4.

bienestar social; toda vez que si bien somos libres, esto no garantiza que seamos iguales, surgiendo entonces los DESC, mediante el reconocimiento del derecho a la salud, a la seguridad social, a la educación, al trabajo, derechos agrarios e indígenas.

Derechos de Tercera Generación. Son aquellos que guardan una perspectiva colectiva, cuyos sujetos son la propia humanidad y ciertos grupos; implican un alto grado de evolución, por la evidente razón de que los derechos salen del sujeto y se conciben como un todo; nacen del panorama internacional a través de la cooperación recíproca entre las naciones y la de los grupos; se consideran una extensión de los DESC, por surgir de un sistema solidario, en este mismo sentido es pertinente citar a Cipriano Gómez Lara:

*Se manifiestan en el contexto de la colectividad o de la propia humanidad en su conjunto, en cuanto a su supervivencia, sanidad y disfrute de la vida sobre la tierra; como el derecho a la paz, derecho la conservación ecológica, derechos colectivos de los consumidores, derechos de refugiados, de minorías étnicas, etcétera.*³⁷

Por consiguiente estos derechos atienden a una sociedad en su conjunto, ya sea de grupos específicos o naciones enteras.

Derechos de cuarta generación. Se han propuesto recientemente y según Carlos F. Quintana Roldán y Norma D. Sabido Peniche:

*...comprende los derechos de todas las personas sobre el ciberespacio y la vinculación con las nuevas tecnologías de la información propias de lo que se ha denominado sociedad y cultura del conocimiento.*³⁸

Consecuentemente estos nuevos derechos demandan el acceso a tecnologías de la información para todas las personas por igual.

³⁷ *Idem.*

³⁸ Quintana Roldán, Carlos, Sabido Peniche, Norma, *Derechos Humanos*, Porrúa, México, 2016, p. 17.

V. Críticas y conclusiones sobre la naturaleza de los Derechos

Económicos, Sociales y Culturales

Aun cuando los DESC surgieron posteriormente a los DCP, esto no significa que los primeros sean menos importantes y relevantes respecto a los segundos, ya que así como los derechos fundamentales son derechos indivisibles, también lo son los derechos económico, sociales y culturales, porque no se puede reconocer y mucho menos acceder a un derecho fragmentado.

Consecuentemente ningún derecho fundamental guarda menor jerarquía e importancia respecto a otros, y menos aun cuando el argumento de inferioridad o de “derechos secundarios”, se le atribuye a su carácter prestacional, que resulta incongruente debido a que tanto los DCP como los DESC son innegablemente prestacionales, porque en ambos se establece la obligación positiva del Estado a través de acciones que garanticen la efectividad en el acceso a los derechos, como es el caso de las garantías secundarias, que implican la creación de órganos jurisdiccionales para la efectiva tutela de los derechos o la obligación positiva de *organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público*,³⁹ como sucede con los DCP y con los DESC, prueba de ello es lo establecido en el artículo primero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a saber:

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

Asimismo es oportuno citar a Joaquín Armando Mejía Rivera en cuanto a la indivisibilidad de los derechos fundamentales:

Se ha considerado que los derechos civiles y políticos solo generan obligaciones negativas, que son derechos baratos y que tienen un contenido suficientemente determinado; en cambio, que los derechos económicos, sociales y culturales solo genera obligaciones positivas, que son derechos caros y que tienen un contenido impreciso e

³⁹ Corte IDH, Caso Velázquez Rodríguez vs Honduras, Sentencia de 29 – VII - 1988, párr. 166-169; Caso Godínez Cruz vs Honduras, Sentencia de 20 – I - 1989, párrs. 175-177.

indeterminado. Con base en ello, se contraponen la supuesta perfección de los primeros frente a una supuesta imperfección de los segundos, que los hace de difícil protección y realización efectiva.⁴⁰

De ahí que los derechos fundamentales no sean susceptibles de dividirse con argumentos sobre características absolutas que impliquen obligaciones únicas positivas o negativas a cargo del Estado, porque tanto la abstención como la acción pueden ser caras de una misma moneda, tanto en la naturaleza de los DCP, como en los DESC, lo que da muestra de la indivisibilidad de los derechos fundamentales.

En lo concerniente a la interdependencia de los derechos, éstos indudablemente se encuentran vinculados entre sí, prueba de ello es que si afectamos un derecho social como lo es el acceso a la educación básica obligatoria, consecuentemente podríamos afectar otro derecho fundamental como es el derecho político, en razón a que si no se accedió a la educación por no existir escuelas que garantizaran este derecho, la persona se verá imposibilitada de ser votada y electa para un cargo popular, por no cumplir con el requisito de haber cursado y aprobado la educación básica obligatoria.

De modo que los DESC y los DCP son interdependientes, porque argumentar lo contrario sería validar la discriminación injustificada de los derechos fundamentales, ya que si se afecta un derecho, inevitablemente se afectan otros derechos, y de acuerdo a la tesis aislada emitida por el Cuarto Tribunal Colegiado en materia Administrativa del Primer Circuito,⁴¹ los derechos deben de complementarse, potencializarse y reforzarse entre sí.

Es así que no existen diferencias trascendentales estructurales entre los DCP respecto a los DESC; y si bien contemplan derechos y consecuencias jurídicas distintas, ambos son derechos fundamentales indivisibles e interdependientes. En congruencia con lo anterior citamos a Abramovich y Courtis:

El respeto de derechos tales como el debido proceso, el acceso a la justicia, el derecho a casarse, el derecho de asociación, el derecho de

⁴⁰ Mejía Rivera, Joaquín Armando, *Elementos para una teoría de los derechos económicos, sociales y culturales desde el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Colección Derecho Procesal de los Derechos Humanos, Ed. Ubijus, México, 2015, p. 73.

⁴¹ Décima Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro XIX, Tomo 3, abril de 2013, pág. 2254, Tesis: I.4o.A.9 K (10a.).

elegir y ser elegido, suponen la creación de las respectivas condiciones institucionales por parte del Estado (existencia y mantenimiento de tribunales, establecimiento de normas y registros que hagan jurídicamente relevante la decisión nupcial o el acto de asociación, convocatoria a elecciones, organización de un sistema de partidos políticos, etcétera)..., (los derechos de libertad) conlleva una intensa actividad estatal destinada a que otros particulares no interfieran esa libertad y al restablecimiento de la libertad o la reparación del perjuicio una vez producida una intervención indebida, de modo que tal contracara del ejercicio de estos derechos está dada por el cumplimiento de funciones de policía, seguridad, defensa y justicia por parte del Estado.⁴²

Sin embargo, aun cuando la Constitución Mexicana reconoce los DESC como derechos fundamentales, es imprecisa la vía legal óptima para exigir el acceso eficaz a los mismos, de ahí que el trato jurídicamente diferenciado por parte de la legislación mexicana de los derechos fundamentales sea injustificado, por no establecer medios de tutela claros para el acceso a los DESC.

Por lo que ve a la progresividad y prohibición de regresividad de los derechos fundamentales, es importante señalar que representarán un candado que garantiza la evolución de los derechos fundamentales, es decir, prohíbe la manipulación o pérdida de valores que protegen y tutelan los derechos; pese a lo anterior, en los últimos años se han visto afectados gravemente los DESC en el ámbito del derecho de la seguridad social y derecho laboral, prueba de ello es lo fundamentado sin justificación en leyes ordinarias que prevén la pérdida o disminución de derechos pensionarios y jubilatorios a personas a las que previamente se les había reconocido un derecho superior.⁴³

En ese mismo contexto, consideramos oportuno citar el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que establece lo siguiente:

⁴² Abramovich y Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, 2ª ed., Ed. Trotta, España, 2004, pp. 23-24.

⁴³ El caso de miles de personas que sufrieron una transgresión a sus derechos en la nueva Ley del ISSSTE, al modificar las condiciones pensionarias y jubilatorias previamente reconocidas para ellos en la anterior ley, lo que conllevó a una violación innegable a los principios de progresividad y al derecho fundamental de la seguridad jurídica.

*Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.*⁴⁴

Razón por la cual en los DESC el Estado está obligado a tomar todas las medidas necesarias que incluyan además el destino de los máximos recursos disponibles que impacten ineludiblemente en la efectividad de los derechos fundamentales.

Igualmente deberán generarse de manera continuada, en congruencia a la prohibición de regresividad los DESC, toda vez que éstos representan un mínimo de derechos irrenunciables que deben tender a la expansión y progreso, aun cuando se traten de acuerdo a Robert Alexy de mandatos de optimización, que pueden ser cumplidos en diferentes grados y medidas, considerando no solamente las posibilidades reales, sino también las posibilidades jurídicas del Estado para su debido cumplimiento.

De modo que los DESC no necesariamente demandan la posibilidad real económica del Estado para su cumplimiento, sino también la voluntad política del propio Estado, para establecer garantías y hacer efectivo el acceso a los derechos fundamentales.

Fuentes

- Abramovich y Courtis: *Los derechos sociales como derechos exigibles*, 2ª ed., Ed. Trotta, España, 2004.
- Achautla Calderón, Gumecindo: *Los derechos fundamentales y sus restricciones*. Ed. Flores, México, 2015.
- Alexy, Robert: *Teoría de los derechos fundamentales*, traducción de Ernesto Garzón Valdés, Ed. CEPC, Madrid 2000.
- Álvarez Ledezma, Mario: *Introducción al derecho*, 2º ed., Mc Graw Hill, 2010.
- Carpizo, Jorge: "Los derechos fundamentales: naturaleza, denominación y características", en *Cuestiones Constitucionales*, núm. 25, julio-diciembre, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2011.

⁴⁴ Departamento de Información Pública de las Naciones Unidas, consultable en: <http://www.cinu.org.mx/onu/documentos/pidesc.htm>

- Cárdenas Gracia, Jaime; *Introducción al estudio del derecho*, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Nostra Ediciones, México, 2009.
- Gómez Lara, Cipriano: “La protección procesal de los derechos fundamentales,” *Revista Universitaria de Derecho Procesal*. Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, España, 1990. N° 4.
- Kant, Immanuel: *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Ed. Espasa Calpe, España, 1995.
- Laporta, Francisco: “El principio de igualdad”, *Revista de Ciencias Sociales*, n° 67, Madrid, 1985.
- Mejía Rivera, Joaquín Armando: “Elementos para una teoría de los derechos económicos, sociales y culturales desde el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, *Colección Derecho Procesal de los Derechos Humanos*, Ed. Ubijus, México, 2015.
- Nino, Carlos S.: *Ética y derechos humanos*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1984.
- Organización Internacional del Trabajo (OIT): “Seguridad Social: Guía de educación Obrera”, *Publicación de la Oficina Internacional del Trabajo*, Ginebra, 1995.
- Peces-Barba, Gregorio: *Lecciones de Derechos Fundamentales*, Ed. Dykinson, España, 2009.
- Pérez Luño, Antonio Enrique: *Los Derechos Fundamentales*, 4ª ed, Ed. Tecnos, España, 1991.
- Pisarello, Gerardo: *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Ed. Trotta, España, 2007.
- Quintana Roldán, Carlos F., Sabido Peniche, Norma: *Derechos Humanos*, Ed. Porrúa, México, 2016.
- Vázquez, Rodolfo: *Derechos Humanos. Una lectura liberal igualitaria*, UNAM, México, 2015.
- Corte Internacional de Justicia, Consulta: 15-III-2017, <http://www.un.org/es/icj/>
- Departamento de Información Pública de las Naciones Unidas, pp. 22, 25, Consulta: 20-II-2017, <http://www.un.org/es/documents/udhr/>
- Departamento de Información Pública de las Naciones Unidas, p. 1, Consulta: 20-II-2017, <http://www.cinu.org.mx/onu/documentos/pidesc.htm>
- Diario Oficial de la Federación, p. 132, Consulta: 01-I-2017, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_29ene16.pdf
- Décima Época. Primera Sala. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 6, Tomo I, Mayo de 2014, Pág. 539 Tesis Aislada (Constitucional). “DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. SUS DISPOSICIONES, INVOCADAS AISLADAMENTE, NO PUEDEN SERVIR DE PARÁMETRO PARA DETERMINAR LA VALIDEZ DE LAS NORMAS DEL ORDEN JURÍDICO MEXICANO, AL NO CONSTITUIR UN TRATADO IN-

TERNACIONAL CELEBRADO POR EL EJECUTIVO FEDERAL Y APROBADO POR EL SENADO DE LA REPÚBLICA.”

Décima Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro XIX, Tomo 3, abril de 2013, pág. 2254, Tesis: I.4o.A.9 K (10a.). “PRINCIPIOS DE UNIVERSALIDAD, INTERDEPENDENCIA, INDIVISIBILIDAD Y PROGRESIVIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS. EN QUÉ CONSISTEN.”

Habermas, Jürgen: “El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos”, *Revista Diánoia*, vol. LV, no. 64, 2010. Consulta 04-IV-2017, http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0185-24502010000100001

Observación General N° 19, que regula a nivel mundial el artículo 9° del Derecho a la Seguridad Social, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Consulta: 18-II-2017, <http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/D50.pdf>

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Departamento de Información Pública de las Naciones Unidas, Consulta: 18-II-2017, <http://www.cinu.org.mx/onu/documentos/pidesc.htm>

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Consulta: 20-VI-2017, http://www.corteidh.or.cr/CF/Jurisprudencia2/busqueda_casos_contenciosos.cfm

El derecho a la seguridad como derecho fundamental

Texto supervisado, aprobado y avalado para su publicación por su Director de tesis: Dr. Jorge Chaires Zaragoza.¹

Pedro Javier Carrasco Rueda Quijano²

RESUMEN: El presente trabajo analiza los límites formales y sustanciales del derecho a la seguridad, además de las garantías relacionadas.

ABSTRAC: This paper analyzes the formal and substantive limits of the right to security, as well as the related guarantees.

SUMARIO: I. El derecho a la seguridad como límite. II. Un enfoque para analizar el derecho a la seguridad III. El enfoque del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

I. El derecho a la seguridad como límite

La seguridad de las personas ha estado presente en el campo de las declaraciones y documentos nacionales e internacionales de derechos humanos desde hace varios siglos. Digamos que se encuentra en la parte central de los derechos de la persona y ha significado primordialmente la contención e imposición de límites a la actuación del Estado, pero también de los particulares.

Si revisamos las declaraciones, cartas o posturas más trascendentales que llevaron o influyeron a la configuración actual de la comprensión de los derechos humanos, podemos enlistar desde la Carta Magna de Juan sin Tierra de 1215 que dispone:

¹ Doctor en Derecho.

² Maestro en Derecho. Notas: Línea de investigación Derecho Constitucional. El presente artículo es parte de la investigación para mi futura tesis doctoral.

*Ningún hombre libre será tomado o aprisionado, desposeído de sus bienes, proscrito o desterrado, o de alguna manera destruido; no nos dispondremos sobre él, ni lo pondremos en prisión, sino por el juicio legal de sus pares, o por la ley del país.*³

Pasando por la Carta de derechos inglesa (*Bill of Rights*); la Declaración de derechos de Virginia de 1786 proclama en el art. 3 que el gobierno:

*...es, o debe ser, instituido para la utilidad común, protección y seguridad del pueblo, de la nación o comunidad. De todos los diferentes modos y formas de gobierno, es mejor el que sea capaz de producir el mayor grado de felicidad y seguridad.*⁴

La Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano del 26 de agosto de 1789, donde se incluyó el derecho a la seguridad conferido a las personas y, sobre todo, los antecedentes internacionales de la segunda posguerra, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, a los dos Pactos internacionales sobre derechos civiles y políticos y sobre derechos económicos, sociales y culturales de 16 de diciembre de 1966; podemos referir que hay un desarrollo histórico normativo que ha buscado situar la seguridad como un derecho básico de las personas.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no contiene en su texto a la seguridad como un derecho fundamental expreso, sin embargo, el artículo 21, noveno párrafo se hace cargo de que habrá una política de estado sobre la seguridad pública. No dejo de lado que el llamado bloque de constitucionalidad o parámetro de regularidad constitucional atrae a sus contenidos, los derechos humanos de fuente internacional que ya hemos comentado y que constituyen grandes catálogos de los cuales faltará observar su impacto en el conjunto de derechos de la población en México.

Por ello el interés en ahondar en qué es este derecho a la seguridad y no caer en lo que señala Alexy, *en una lista de suposiciones básicas muy generales acerca de los fines y estructuras de los derechos fundamentales.*⁵

³ Madrazo de Rebollo Paz, Ana María: *Lecciones de historia de la civilización y de las instituciones. La Edad Media*, Buenos Aires, Argentina, 1969, pp. 265-272.

⁴ Amnistía Internacional, <http://www.amnistiacatalunya.org/edu/docs/e-hist-Virginia.html> consultado: 12 – IV – 2017.

⁵ Alexy, Robert: *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España, 1993, p. 38.

II. Un enfoque para analizar el derecho a la seguridad

El método axiomático o teoría axiomatizada de Ferrajoli permite adentrarnos en la descripción de la estructura formal de los derechos humanos dentro de la explicación más amplia del Derecho que, a pesar de su dimensión formal, dibuja un camino que conduce a revisarlos desde una dimensión “sustancial”, “asegurada por los límites y por los vínculos impuestos a tal esfera por los derechos constitucionalmente establecidos, relativa a la que he llamado la *esfera de lo indecible*: la esfera de lo no decidible *que*, conformada por los *derechos de libertad*, y la esfera de lo no decidible *que no*, conformada por los derechos sociales.”⁶

En tal sentido que, a partir de la definición de su estructura, su tipología y sus contenidos, estar en aptitud de acercarnos a una descripción lo más precisa para los fines de este estudio, ya que es útil para abordar las “formas” de las figuras normativas, pero también su coherencia en cuanto a su materialidad, dimensión de contenidos o sustancialidad interna.

En dicha propuesta teórica, los derechos humanos pueden clasificarse primeramente como derechos fundamentales, entendidos como “los derechos de los que todos son titulares en cuanto personas naturales, o en cuanto ciudadanos, o bien, si se trata de derechos-potestad, en cuanto capaces de obrar o en cuanto ciudadanos capaces de obrar.”⁷

Los derechos humanos son, a la luz de esta clasificación, una especie de derechos fundamentales que se pueden clasificar con otros derechos, de la siguiente forma:

⁶ Ferrajoli, Luigi: “Doce cuestiones en torno a *Principia iuris*”, en *Eunomía*. Revista en Cultura de la Legalidad, Madrid, España, número 1, septiembre 2011- febrero 2012, p. 8.

⁷ Ferrajoli, Luigi: *Principia Iuris, Teoría del Derecho y de la Democracia*, Ed. Trotta, Madrid, España, 2007, p. 686.

Gráfico 1. Clasificación de los derechos

derechos fundamentales	derechos humanos
	derechos civiles
	derechos públicos
	derechos políticos

Elaboración propia.

Así, a través de este esquema se dice que los únicos derechos cuya universalidad se extiende indistintamente a todos los hombres y mujeres son los “derechos humanos: como el derecho a la vida y las libertades fundamentales, atribuidos por los documentos internacionales a todas las personas naturales sin distinción de estatus. Otros derechos fundamentales, como los ‘derechos civiles’ de autonomía privada, corresponden en cambio sólo a las personas capaces de obrar; y otros aun, como los ‘derechos políticos’, corresponden generalmente sólo a los ciudadanos.”⁸

En esta vía, cuando apliquemos las cualidades de esta tipología al derecho a la seguridad, preliminarmente, podemos identificar los principales aspectos de su estructura. Y resalto que, de manera preliminar, porque como se señalará en el apartado sobre la fijación del derecho a la seguridad en el ámbito del sistema interamericano de derechos humanos, tanto sus normas positivas, como la interpretación que con base en ellas se hace de este derecho, hay múltiples características formales y contenidos axiológicos.

La búsqueda de estas características formales -bajo el método axiomático- nos será de utilidad cuando confrontemos aquellas con las que descubramos en el derecho positivo en el que hemos seleccionado nuestro interés y objeto de estudio.

Sin embargo, trataremos de aproximarnos a una descripción teórica de este derecho mediante la descripción de sus características. Por tanto, avanzaremos con las categorías de la teoría citada para intentar responder qué es el derecho a la seguridad, tratando de explicar esa categorización.

⁸ *Idem*, p. 623.

Gráfico 2. Construcción de un modelo para el derecho a la seguridad



Elaboración propia.

En consecuencia, el derecho a la seguridad es:

- **Derecho fundamental:** Porque sus titulares son todas las personas naturales, consiste en normas adscriptivas –que disponen situaciones o estatus jurídicos subjetivos–, y tético-deónticas – que determinan inmediatamente sus destinatarios, identificándolos con los sujetos a los que les imputan situaciones y estatus.
- **Derecho humano:** Porque es atribuido por los documentos internacionales a todas las personas naturales sin distinción de estatus.
- **Derecho primario de la persona:** Porque su titularidad corresponde pertenece a todas las personas naturales o en cuanto a ciudadanos.
- **Derecho subjetivo:** Porque es un interés jurídicamente protegido en forma de expectativa negativa, perteneciente sólo a las personas naturales, previsto por normas de derecho positivo.
- **Derecho negativo:** Porque consiste en expectativas negativas predominantemente *erga omnes*, de no lesión, en el sentido de que comportan a cargo de todos, prohibiciones directa o indirectamente reconducibles al imperativo universal del *neminem laedere*.⁹
- **Derecho de libertad frente al Estado:** Porque comparte las características de aquellas libertades negativas consistentes en las limitaciones impuestas a los poderes de autonomía, privados y políticos, como condiciones de validez de su ejercicio. Además, a este derecho le corresponde prohibiciones de lesión.

⁹ Principio jurídico entendido como “no dañar a nadie”.

- Imputación de una categoría especial de situación jurídica a las personas físicas o naturales realizada por una constitución, cuya tutela está ordenada al Estado como inmunidad fundamental.

El derecho a la seguridad, en su especie de derecho a la vida, puede clasificarse como derecho de libertad frente al Estado y a cualquier persona, como inmunidad fundamental, como las expectativas negativas, ya “que al no conllevar ningún ejercicio no entran en conflicto con ningún otro derecho, sino que constituyen un límite a todos los demás.”¹⁰

Situación jurídica universal u *omnium*. Porque corresponde por igual a todos y, por consiguiente, universal, lo que conlleva que se encuentra garantizada por deberes absolutos, como la *prohibición* de matar, la *garantía* de derecho a la vida.

- Absoluta (o *erga omnes*), en tanto que se tiene frente a todos. De lo analizado, podemos intentar construir un “modelo deóntico del derecho a la seguridad”, en el que exploremos las diferentes dimensiones o posibilidades de su naturaleza formal y sustancial, sin dejar de lado el correlativo sistema de prohibiciones de lesión y de obligaciones de prestación, o sea, de límites y vínculos dispuestos para su garantía.¹¹
- Concretamente, como funciones de garantía primaria que se establecen para el derecho a la seguridad, de conformidad con las características formales que hemos descrito, serán todas las funciones administrativas encargadas de la garantía negativa de los derechos de libertad a partir de la constatación y de la prevención de los actos que amenazan su lesión. Son en cambio funciones de garantía secundaria, o en sentido lato, judiciales, todas las jurisdiccionales o parajurisdiccionales, esto es, consistentes en la constatación y en la sanción o reparación de la violación de una garantía primaria.¹²

¹⁰ *Idem*, p. 128.

¹¹ *Idem*, p. 636.

¹² *Idem*, p. 827.

III. El enfoque del Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Hay cierta imprecisión sobre la determinación del derecho a la seguridad en el sistema interamericano de derechos humanos, ya que las diferentes interpretaciones tanto de la Corte como de la Comisión no hay uniformidad sobre lo que debe entenderse como derecho a la seguridad.

Hay, por supuesto, una interpretación que puede emplearse para responder que ese derecho encuentra sustento en la obligación del Estado de garantizar la seguridad de la persona, en los términos del artículo 1 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre: “Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”; del artículo 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: “Toda persona tiene el derecho a la libertad y a la seguridad personales”; y en el artículo 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos: “Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”; y del artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: “Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales”.

Sin embargo, estas disposiciones del DIDH abarcan distintos significados. Tal es así, que las interpretaciones de las instancias competentes lo entienden como el derecho a la seguridad personal, derecho a la vida, derecho a la integridad física, derecho a la integridad personal, a no ser torturado o a conjuntos de ellos que lo veremos en el apartado 4, como un “plexo normativo” que aglutina derechos de diversa naturaleza.

Por ello, es relevante, determinar su significado, contenido y límites. Primeramente, para provocar un entendimiento común de lo que tratamos y, enseguida, alcanzar la precisión normativa exigida para, entre otras cuestiones, definir el alcance que este derecho humano posee en cuanto a norma vinculante al sistema jurídico mexicano y, posteriormente, evaluar su aplicación a través del control de convencionalidad que se abordará en el capítulo tercero de este estudio.

En el contexto de la reforma a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que modificó su artículo 1º y dispuso elevar al nivel constitucional, tanto los derechos humanos contenidos en los instrumentos jurídicos internacionales pactados por el país, como los mecanismos de su interpretación, adquieren relevancia las posibilidades de observancia, o, mejor dicho, de obligación y consecuentemente aplicación de los derechos que contienen.

En el caso del Sistema Interamericano de Derechos Humanos son tres las diferentes manifestaciones o fuentes de donde se derivan los alcances de los derechos humanos: las sentencias de la Corte Interamericana, las resoluciones, informes, opiniones y medidas que emite la Comisión Interamericana y las resoluciones de la propia Organización de Estados Americanos, aunque de esta última instancia no abordaremos su actuación por el ámbito político en el que se desarrolla su vida institucional.

La postura de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

En el caso de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos nos ha parecido interesante su pronunciamiento¹³ en el caso del ámbito de la seguridad ciudadana, tratado como una categoría de derecho humano, objeto, en consecuencia, de interpretación y aplicación bajo los instrumentos de la “interpretación conforme” al bloque o parámetro de regularidad constitucional, que incluye la interpretación *pro persona* y convencional en México.

Ahí señaló que la seguridad ciudadana “involucra la vigencia de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales; y se ve amenazada cuando el Estado no cumple con su función de brindar protección ante el crimen y la violencia social”.¹⁴

Además, que el concepto de “seguridad ciudadana surgió, fundamentalmente, como un concepto en América Latina en el curso de las transiciones a la democracia, como medio para diferenciar la naturaleza de la seguridad en democracia frente a la seguridad en los regímenes autoritarios. **La seguridad ha sido desde siempre una de las funciones principales de los Estados**, pero indudablemente, con la transición de los Estados autoritarios hacia los Estados democráticos ha ido evolucionando también el concepto de seguridad. El concepto de seguridad que se manejaba antes se preocupaba únicamente por garantizar el orden y la seguridad del propio Estado o de un determinado régimen político en el poder. Sin embargo,

¹³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos: *Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos*, Organización de los Estados Americanos, OEA/Ser.L/V/II., Doc. 57, 31 diciembre 2009.

¹⁴ Comisión Interamericana de Derechos Humanos: *Violencia, niñez y crimen organizado*, Organización de los Estados Americanos, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 40/15, 11 noviembre de 2015, página 124.

en regímenes democráticos, **las personas y sus derechos se ubican en el centro de las políticas de seguridad.**¹⁵

Los derechos integrados a este concepto de seguridad ciudadana que se expusieron en dicho informe son:

- Derecho a la vida.
- Derecho a la integridad personal.
- Derecho a la libertad y seguridad personales.
- Derecho a las garantías procesales y a la protección judicial.
- Derecho a la privacidad y a la protección de la honra y la dignidad.
- Derecho a la libertad de expresión.
- Libertad de reunión y asociación.
- Derecho a participar en los asuntos de interés público.
- Derecho al uso pacífico de los bienes.

Vemos que este conglomerado incorpora derechos con contenidos diversos que no tendrían relación –en un primer acercamiento– con el tradicional concepto de derecho a la seguridad. Desde luego, coincido en que los enfoques de cada uno de los derechos, aunque parecieran inmutables en el tiempo, van afectándose de percepciones que evolucionan, por un lado, modificándose (por ampliación de sus componentes en la mayoría de los casos) en cuanto a sus contenidos o, por otra parte, incorporando a los sistemas jurídicos nuevos derechos que la dinámica social va exigiendo.

La postura de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

De los 246 casos contenciosos¹⁶ que ha conocido la CIDH desde 1986 al 2016, en tales casos se ha pronunciado sobre distintos tipos de derechos relacionados con la seguridad, pero para los fines de este estudio, no obtenemos a partir de la jurisdicción interamericana una posición precisa sobre el derecho a la seguridad, que algunos casos llega a la ambigüedad.¹⁷

¹⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos: *Informe sobre seguridad ciudadana*, Ob. cit., párrafo 21.

¹⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos: *Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, San José, Costa Rica, 2017, página 52. Respecto al Estado mexicano se han resuelto 8 casos hasta el año 2016.

¹⁷ Steiner, Christian; Uribe, Patricia (Coords.): *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, comentada, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Fundación Konrad Adenauer, Ciudad de México, México, 2014. p.186.

Los casos resueltos que nos interesan se han perfilado por las normas contenidas en el artículo 7.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos,

Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal.

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a **la seguridad personal**.

Por lo que es relevante observar la interpretación que la Corte Interamericana ha realizado sobre el derecho a la seguridad, que como veremos lo emparenta con el derecho a la libertad, no como un derecho independiente, sino como garantía de aquella.

51. El artículo 7 de la Convención tiene **dos tipos de regulaciones bien diferenciadas entre sí**: una general y otra específica. La general se encuentra en el primer numeral: “[t]oda persona tiene el derecho a la libertad y a **la seguridad personales**”. Mientras que la específica está compuesta por una serie de garantías que protegen el derecho a no ser privado de la libertad ilegalmente (art. 7.2) o arbitrariamente (art. 7.3), a conocer las razones de la detención y los cargos formulados en contra del detenido (art. 7.4), al control judicial de la privación de la libertad y la razonabilidad del plazo de la prisión preventiva (art. 7.5), a impugnar la legalidad de la detención (art. 7.6) y a no ser detenido por deudas (art. 7.7).

52. En sentido amplio la libertad sería la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido. En otras palabras, constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones. **La seguridad, por su parte, sería la ausencia de perturbaciones que restrinjan o limiten la libertad más allá de lo razonable**. La libertad, definida así, es un derecho humano básico, propio de los atributos de la persona, que se proyecta en toda la Convención Americana. En efecto, del Preámbulo se desprende el propósito de los Estados Americanos de consolidar “un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre”, y el reconocimiento de que “sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento de temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos”.

De esta forma, cada uno de los derechos humanos protege un aspecto de la libertad del individuo.

53. En lo que al artículo 7 de la Convención respecta, éste protege exclusivamente el derecho a la libertad física y cubre los comportamientos corporales que presuponen la presencia física del titular del derecho y que se expresan normalmente en el movimiento físico. La seguridad también debe entenderse como la protección contra toda interferencia ilegal o **arbitraria de la libertad física. Ahora bien, este derecho puede ejercerse de múltiples formas, y lo que la Convención Americana regula son los límites o restricciones que el Estado puede realizar. Es así como se explica que el artículo 7.1 consagre en términos generales el derecho a la libertad y seguridad y los demás numerales se encarguen de las diversas garantías que deben darse a la hora de privar a alguien de su libertad.** De ahí también se explica que la forma en que la legislación interna afecta al derecho a la libertad es característicamente negativa, cuando permite que se prive o restrinja la libertad.

Siendo, por ello, la libertad siempre la regla y la limitación o restricción siempre la excepción.

54. Finalmente, la Corte resalta que **cualquier violación de los numerales 2 al 7 del artículo 7 de la Convención acarreará necesariamente la violación del artículo 7.1 de la misma, puesto que la falta de respeto a las garantías de la persona privada de la libertad desemboca, en suma, en la falta de protección del propio derecho a la libertad de esa persona.**¹⁸

Por tanto, que nos parece el desarrollo jurisprudencial interamericano sobre el derecho a la seguridad apenas se encuentra en un nivel básico.

La postura de la Asamblea de la Organización de Estados Americanos

Como extremo político del sistema interamericano de derechos humanos, la Organización de Estados Americanos ha emitido resoluciones o declaraciones refiriéndose a la seguridad. En 2008 se emitió el documento “Com-

¹⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos: *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Ñiquez vs. Ecuador*, 21 de noviembre de 2007, pp. 14 y 15.

promiso por la seguridad pública en las américas”.¹⁹ En él se dice que “la seguridad pública es deber y obligación exclusiva del Estado, fortalece el estado de derecho y tiene como fin salvaguardar la integridad y seguridad de las personas y proteger el disfrute de todos sus derechos”; y “[q]ue las condiciones de seguridad pública mejoran mediante el pleno respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales, así como mediante la promoción de la educación, la salud y el desarrollo económico y social”.

Como se observa, la instancia política del sistema interamericano describe a la seguridad pública y a la seguridad ciudadana -indistintamente- como funciones de garantía de los derechos fundamentales, en este caso, referidos a la integridad personal, seguridad personal y como un medio instrumental para el goce disfrute de todos los derechos.

Gráfico 3. Modelo deóntico de la seguridad



De tal forma que, en el ámbito de gobierno se entiende que a la seguridad con dos vertientes: una concerniente a los derechos humanos “a la seguridad de”, y, por otra parte, las acciones y funciones de gobierno que los garantizan.

Conclusiones

Con el fin de establecer las bases para el análisis respecto a la naturaleza del derecho a la seguridad, su concepción, el resultado de su interpretación por las instancias interamericanas y, en un atrevido intento, bosquejar una propuesta metodológica para caracterizarlo, nos apoyamos en algunas de las conclusiones que podemos delinear, sugieren lo siguiente:

¹⁹ Organización de Estados Americanos: *Compromiso por la seguridad pública en las américas*, OEA/Ser.K/XLIX. 1, Distrito Federal, México, octubre de 2008.

En el sistema interamericano de derechos humanos, no hay precisión en la definición del derecho a la seguridad como derecho humano. Se ha interpretado éste a propósito del derecho a la vida, la libertad e integridad personal. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, última intérprete de la Convención Americana de Derechos Humanos, ha sido ambigua en sus resoluciones sobre este tópic.

La seguridad ciudadana no es por sí misma una categoría de derecho humano, es una función de gobierno de garantía primaria. La seguridad (con apellido: “humana”, “pública”, “ciudadana”, “urbana”, según el enfoque político) es una función de garantía del Estado en cuanto al cumplimiento de los deberes previstos en el artículo 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, de prevenir, proteger y respetar los derechos fundamentales de libertad y, seguridad personal previstos en el artículo 7 de la convención.

En su taxonomía puede ser clasificado como un derecho de libertad que exige no perturbación o lesión del Estado y terceros; y conforme a sus garantías necesarias se protege por funciones de gobierno legitimadas por mecanismos democráticos. De tal forma, que la descripción de sus características y sus vínculos lógicos podría dar pie a un “modelo deóntico del derecho a la seguridad” que incluya, no sólo los elementos centrales que lo identifican, sino también las relaciones con otros derechos y, sobre todo, con sus garantías.

Falta un desarrollo en la construcción teórica de este derecho con la finalidad de aclarar sus alcances y mejorar su protección cuando se diseñen mecanismos de garantía.

Fuentes

- Alexy, Robert: *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España, 1993.
- Amnistía Internacional, <http://www.amnistiacatalunya.org/edu/docs/e-hist-Virginia.html> consultado: 12 – IV – 2017.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos: *Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos*, Organización de los Estados Americanos, OEA/Ser.L/V/II., Doc. 57, 31 diciembre 2009.
- *Violencia, niñez y crimen organizado*, Organización de los Estados Americanos, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 40/15, 11 noviembre de 2015.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos: *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*, 21 de noviembre de 2007, pp. 14 y 15.

- *Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, San José, Costa Rica, 2017, página 52. Respecto al Estado mexicano se han resuelto 8 casos hasta el año 2016.
- Ferrajoli, Luigi: “Doce cuestiones en torno a *Principia iuris*”, *Eunomía*. Revista en Cultura de la Legalidad, Madrid, España, número 1, septiembre 2011- febrero 2012.
- *Principia iuris, Teoría del Derecho y de la Democracia*, Editorial Trotta, Madrid, España, 2007, p. 686.
- Madrazo de Rebollo Paz, Ana María: *Lecciones de historia de la civilización y de las instituciones. La Edad Media*, Buenos Aires, Argentina, 1969.
- OEA Organización de Estados Americanos: *Compromiso por la seguridad pública en las américas*, OEA/Ser.K/XLIX. 1, Distrito Federal, México, octubre de 2008.
- Steiner, Christian; Uribe, Patricia (Coords.): *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Comentada, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Fundación Konrad Adenauer, Ciudad de México, México, 2014.

Soberanía nacional y forma de gobierno en México

Una Constitución para todos

*National sovereignty and government form in Mexico,
a constitution for everyone*

Texto supervisado, aprobado y avalado para su publicación por su
Director de tesis: Dr. Rogelio Barba Álvarez¹

Eduardo Casillas Torres²

RESUMEN: Bajo la afirmación de la existencia de una complejidad en la redacción del texto constitucional que la hace incomprensible a gran parte de los mexicanos, este artículo pretende dotar de elementos al lector para la mejor comprensión, contextualización y actualidad de los conceptos de soberanía, forma de gobierno y división de poderes en la constitución mexicana.

ABSTRACT: Under the affirmation of the existence of a complexity in the drafting of the constitutional text which makes it incomprehensible to most Mexicans, , this article aims to provide the reader for a better understanding, contextualization and relevance of the concepts of sovereignty, form of Government and the separatiосn of powers in the Mexican constitution.

Palabras clave: Soberanía, Forma de Gobierno, República, Democracia, División de Poderes

Key words: Sovereignty, Form of Government, Republic, Democracy, Division of Powers

¹ Doctor en Derecho.

² Maestro en Derecho. Notas: Línea de investigación Derecho Constitucional. El presente artículo es parte de la investigación para mi futura tesis doctoral.

SUMARIO: I. La Constitución Mexicana, un platillo intelectual para pocos. **II.** Verbena popular. **III.** Hablando de democracia, representación proporcional y Plurinominal. **IV.** Concepto de división de poderes Consideraciones finales. Fuentes.

I. La Constitución Mexicana, un platillo intelectual para pocos

Ricardo Guastini ha abordado el tópico de la constitucionalización del ordenamiento jurídico haciendo referencia al caso de Italia y exponiendo una serie de condiciones de constitucionalización,³ en el caso de la constitución mexicana tales condiciones se ven por demás colmadas, sin embargo, en una constitución que ha sufrido a la fecha varios cientos de reformas y en donde la incorporación de todo tipo de principios y supuestos han hecho del texto mismo un platillo intelectual para pocos, lejos de ser un documento claro y sencillo en cuanto a su comprensión y aplicación la constitución mexicana se ha convertido en una carta de intenciones sin traducción universal para los mexicanos.

Es importante señalar que la idea de escribir este artículo surgió al comenzar un trabajo de investigación que culminará en una tesis doctoral la cual tiene que ver con una propuesta de reingeniería del poder ejecutivo en nuestro país.

Precisamente al estar hurgando en el texto de la constitución fue cuando me di cuenta de la complejidad conceptual que puede originarse al estar leyendo algunos artículos de nuestra constitución. Conceptos endebles, referencias desfasadas, definiciones cortas o nulas de conceptos pilares para entender nuestro presente estado de derecho.

Por lo anterior, decidí agregar a mi tesis doctoral un capítulo en el que se abordarán una serie de bases conceptuales conformes a nuestro momento histórico que permitiera hablar en el mismo contexto al momento de exponer el problema y formular conclusiones.

Realizar un trabajo como el que expongo en un espacio como éste sería una tarea materia de una investigación bastante extensa, sin embargo, el presente documento está delimitado y pretende compartir conceptos pilares impresos en nuestra constitución, conceptos como soberanía, repú-

³ Guastini, Ricardo: *La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano en Neoconstitucionalismo*, Ed. Trotta, España, 2003.

blica, democracia, división de poderes, que, a pesar de tener en ocasiones definiciones clásicas y atemporales, es muy importante el tropicalizarlas, y contextualizarlas a nuestra realidad actual.

Por último, es importante señalar que esta aportación no tiene la intención de ser un tipo de constitución comentada o un ABC de la constitución al más estilo de Rius,⁴ por el contrario, se pretende dotar al lector de elementos conceptuales y aportar al debate intelectual para poder, antes de seguir constitucionalizando nuestro ordenamiento jurídico, comprender la riqueza y banquete intelectual que nos puede dar el texto de nuestra constitución mexicana.

II. Verbena popular

Como lo he venido señalando, el presente trabajo se gestó a partir de mi proyecto de investigación de tesis doctoral, proyecto que tiene como línea de investigación algo relacionado con la ingeniería política del poder ejecutivo en México, en ese sentido, la delimitación conceptual del presente artículo atiende específicamente a lo previsto en el Título Segundo, Capítulo I de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, nominado 'De la Soberanía Nacional y de la Forma de Gobierno' por lo cual, en ese orden de ideas y comenzando con la pretensión de hacer un tipo de verbena popular conceptual, lo preciso es iniciar con delimitar y abordar el concepto de Soberanía.

El poder supremo. Basta con comenzar a leer el artículo 39 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y comenzaremos a percibir como dicho artículo constitucional lejos de definir al concepto Soberanía, sólo establece su lugar de residencia, su objeto y el inalienable derecho del pueblo para modificar la forma de su gobierno, sin embargo, como se advierte, dichas características distan mucho de una definición conceptual.

Sin embargo, la **soberanía es el Poder político supremo que corresponde a un Estado independiente**,⁵ y ese poder político supremo, atendiendo a nuestra constitución reside y se origina en el pueblo.

⁴ Eduardo Humberto del Río García, caricaturista y escritor mexicano que publica con el pseudónimo de Rius.

⁵ *Diccionario de la lengua española*, Edición del tricentenario, Madrid, Real Academia de la Lengua Española, 2017, consulta 7 -II- 2017 en <http://dle.rae.es/?id=Y4JqQ2c>

Establecido lo anterior, parece conceptualmente queda claro que la Soberanía en este contexto es un poder supremo, sin embargo, la interrogante se trasladaría en el sujeto de origen y residencia, es decir, en términos de nuestra constitución, ¿qué entendemos por pueblo?

En la historia siempre se ha hablado de pueblo, comenzando por Roma, pasando por las ciudades medievales, hasta llegar a los regímenes populares de la era moderna, aunque los derechos políticos fueran gozados tan sólo por una minoría de la comunidad. Del pueblo se habló aun cuando los que participaban fueran una minoría. Se aludía a la soberanía popular, aunque en las ciudades-Estado y en las repúblicas existiesen esclavos que carecían de derechos políticos y civiles. En términos políticos, el concepto “pueblo” hacía referencia a quienes tenían derecho a participar en las asambleas o en la elección de representantes, aunque buena parte de los habitantes del Estado estuviesen marginados de esos derechos.⁶

Ahora bien, en nuestro país, debemos de conceptualizar como pueblo a los ciudadanos mexicanos en términos de nuestra ley fundamental.

En la actualidad se ha logrado extender los beneficios que ofrece la ciudadanía al mayor número de individuos. Primero la adquirieron los aristócratas, después los hombres que poseían una propiedad, luego los varones en general y, hasta muy recientemente las mujeres.⁷

Otro factor importante que no debemos de dejar del lado para entender como el pueblo soberano es quien permite que sea gobernado el que dicho poder se justifica y deviene de un **pacto o contrato social** previo, en donde se alinea la suma de fuerzas de todos los ciudadanos, mediante la reducción de la sola cláusula que se resume como la enajenación total de cada asociado con todos sus derechos a la comunidad entera, porque, primeramente, dándose por completo cada uno de los asociados, la condición es igual para todos; y siendo igual, ninguno tiene interés en hacerla onerosa para los demás.⁸

⁶ Fernández Santillán, José F.: *La democracia como forma de gobierno*, Cuadernos de Divulgación de la Cultura Democrática 3, INE, México, p. 49, 2016

⁷ Raphael, Ricardo: *Para entender la institución ciudadana*, 2ª. ed., Instituto Electoral del Estado de Jalisco, Guadalajara, México, p.9, 2017.

⁸ Rousseau, Juan Jacobo: *El contrato social o principios de derecho político*, 12ª. ed., Trad. de Daniel Moreno, Ed. Porrúa, México, p. 9, 1998.

Asimismo, no olvidemos al hablar de soberanía sus dos de sus principales atributos o características; la inalienabilidad y la indivisibilidad.

Respecto a la primera de sus características, Rousseau afirma que siendo la soberanía el ejercicio de la voluntad general, jamás deberá enajenarse, y que el soberano, que no es más que un ser colectivo, no puede ser representado sino por el mismo: el poder se trasmite, pero no la voluntad.⁹

Por otra parte, señala que la soberanía es indivisible por la misma razón que es inalienable; porque la voluntad es general o no lo es, y continua aclarando que nuestros políticos, no pudiendo dividir la soberanía en principio, la dividen en sus fines y objeto: en fuerza y voluntad, en poder legislativo y en poder ejecutivo.¹⁰

Habrá que ser muy cautelosos de no caer en el clásico debate de la inalienabilidad y la redefinición del concepto de soberanía con respecto a la soberanía de los estados en relación con otro estado, en ese sentido, el federalismo resuelve este conflicto conceptual al hacer radicar la soberanía en el pueblo y al determinar éste la organización del estado y sus poderes,¹¹ así como en organizarse, junto con otros estados en un estado mayor, unido por un pacto o contrato federal; esto a diferencia del estado absolutista, por ejemplo, en donde éste es el poseedor de la soberanía y los límites del estado podían definirse por sí mismos.¹²

Por el contrario en el estado federal, dichas soberanías se encuentran limitadas al ser jurídicamente establecidas por una Constitución federal.¹³

En efecto, por medio del federalismo se delimitan armónica y respetuosamente múltiples soberanías de manera voluntaria, mismas que multiplican políticamente por sí mismos para formar nuevas soberanías y conformar estados.

La idea de la comunidad política, desde la polis griega hasta el Estado moderno, está íntimamente vinculada, en contraste con el Estado de naturaleza, a la idea de una totalidad que mantiene unidas a las

⁹ *Idem*, p. 14.

¹⁰ *Idem*.

¹¹ Guillén López, Tonatiuh: *Federalismo, gobiernos locales y democracia*, Cuadernos de Divulgación de la Cultura Democrática 17, INE, México, p. 27, 2016.

¹² *Idem*, p. 28.

¹³ *Idem*, p. 29.

*partes, que de otra manera estarían en perpetuo conflicto entre ellas. Lo que asegura la unidad del todo es la ley y quien tiene el poder de hacer leyes, de condere leges, es el soberano.*¹⁴

Por último, de la lectura del artículo 40 de nuestra constitución federal, podemos observar como la propia ley fundamental legitima y enuncia que, es voluntad del pueblo mexicano, el constituirse en una república representativa, democrática, laica y federal, compuesta por estados libres y soberanos.

Pero, ¿Qué es una República? La organización de la cosa pública, (república) La palabra república, según la Real Academia de la Lengua Española tiene su origen del latín *respública*. Es decir, **la cosa pública** o la que no es privada, por ende, todos los asuntos del Estado en una República son del dominio público y de interés general; también establece que es la **organización del Estado cuya máxima autoridad es elegida por los ciudadanos o por el Parlamento para un periodo determinado**, así mismo señala que República, es además una forma de gobierno.¹⁵

Como podemos ver, la palabra república tiene tres importantes acepciones; la etimológica, la de la forma de organización de un Estado en donde su máxima autoridad es electa por los ciudadanos o parlamento de manera periódica y, la tercera como una forma de gobierno

Una vez explicadas las dos primeras acepciones, tenemos que, previo a entender el concepto de república como forma de gobierno es oportuno el abordar de manera general las características básicas de la tipología de las formas de gobierno clásicas.

Como lo señalaba Maquiavelo en su obra *El Príncipe* como formas de gobierno tenemos dos grandes géneros: Las monarquías y las repúblicas, en donde aseveraba que todos los estados, todas las dominaciones que han ejercido y ejercen soberanía sobre los hombres, han sido y son repúblicas o principados,¹⁶ recordemos que la época en que Maquiavelo vivió, Italia no era un estado unificado. Por el contrario, allí existían principados y repúblicas independientes. Un ejemplo de república con predominio

¹⁴ Bobbio, Norberto: *El futuro de la democracia*, 2ª. ed., Trad. de José F. Fernández Santillán, Fondo de Cultura Económica, México, P.146, 1996.

¹⁵ *Diccionario de la lengua española, Ob. Cit.*

¹⁶ Maquiavelo, Nicolás: *El príncipe*, 15ª. ed., Trad. de Antonio Gómez Robledo, Ed. Porrúa, México, p.1, 1997.

aristocrático era Venecia; casos de repúblicas democráticas eran Lucca y Ragusa.¹⁷

Una de las principales características de la forma de gobierno republicana es la que funda su imperio en la ley y no en el imperio de las personas, tal y como ocurre en la monarquía.

Algunas variantes o distinciones en las repúblicas se dan debido a su ámbito geográfico y división política como lo es el caso de las Repúblicas federales, (México) o, repúblicas unitarias como el caso de Italia en donde la administración es centralizada y única.

Otra variante tiene que ver con la forma de elegir a sus gobernantes, en especial al titular del ejecutivo y jefe de Estado, ya sea electo democráticamente por el voto universal de todos los ciudadanos, por medio de colegios electorales o, por medio del Parlamento.

Una república democrática se distingue por ser un régimen cuya legitimidad no brota de la voluntad divina sino de la voluntad de los ciudadanos, donde no impera la disposición arbitraria de una persona sino de la ley, en el que hay separación de poderes, donde los cargos públicos son temporales y rotativos, y que para su funcionamiento los individuos participan, en ocasiones directamente y en otras por medio de representantes.¹⁸

Una república no es precisamente lo mismo que la forma de gobierno denominada democracia; la democracia es una especie del género, en donde el género es la República; como ejemplo se podrá afirmar que como hay repúblicas democráticas, hay repúblicas aristócratas, siempre que impere la ley y se cumplan las demás características que hemos venido apuntando; Montesquieu señalaba que, cuando en la república, el poder soberano reside en el pueblo entero, es una democracia. Cuando el poder soberano está en manos de una parte del pueblo, es una aristocracia.¹⁹

Una precisión importante es la que refiere la situación de que en la antigüedad el concepto república se utilizaba para referirse no a la democracia sino al gobierno mixto, por lo cual, las opiniones sobre una y otra eran

¹⁷ Fernández Santillán, José F., *Ob. Cit.*, p. 27.

¹⁸ *Idem*, pp. 29-30.

¹⁹ Montesquieu: *Del espíritu de las leyes*, 12^a. ed., Trad. de Nicolás Esteváñez, Ed. Porrúa, México, p.8, 1998.

diametralmente opuestas: la república brindó la imagen de estabilidad y concordia, mientras que la democracia mostró la faceta de la inestabilidad y la discordia.²⁰

Por último, se advierte que nuestra constitución establece que es voluntad del pueblo mexicano el de constituirse en una república representativa, democrática, laica y federal; laica por independiente de cualquier organización o confesión religiosa,²¹ federal en los términos explicados en párrafos anteriores, esto es, compuesta por estados libres y soberanos en lo que les concierne a su régimen interior y unidos por medio del pacto federal republicano.

Sin embargo, creo que es de suma importancia abordar desde una óptica particular el concepto de democracia.

III. Hablando de democracia, representación proporcional y plurinominal

Tomando al toro por los cuernos, habrá que sentenciar que la democracia es una forma de gobierno en la que el poder político es ejercido por los ciudadanos; es la doctrina política según la cual la Soberanía reside en el pueblo y ejerce el poder directamente o por medio de sus representantes.²²

José F. Fernández Santillán enuncia de manera sencilla las formas de gobierno básicas, lo cual es de gran ayuda para poder contextualizar la forma de gobierno denominada democracia en el universo de las demás formas de gobierno; y señala que:

Hay otras maneras de organizar una comunidad, según se otorgue el mando en lugar de al pueblo a una clase formada por unos cuantos individuos, lo que se llama aristocracia, o a una sola persona, lo que se llama monarquía. Éstas nombran a las formas de gobierno según sean muchas, pocas o una las personas que detentan el poder, y tienen sus correspondientes formas incorrectas en la demagogia, la oligarquía y la tiranía. Luego entonces, debemos señalar, de entrada, que el conocimiento de la democracia no puede separarse del análisis

²⁰ *Idem*, p. 26.

²¹ *Diccionario de la lengua española, Ob. Cit.*

²² *Idem*.

*del sistema en el que se ubica al lado de otros regímenes políticos. La democracia es parte de un sistema mayor.*²³

Las elecciones de gobernantes en los inicios de la democracia antigua no se contemplaban ya que dichos cargos eran asignados por sorteo, sin que mediara partido o sufragio alguno, Las elecciones más bien se hacían corresponder con la aristocracia o con la monarquía porque así se escogía a los mejores (*aristos*) o a un solo dirigente (monarquía electiva);²⁴ pero ¿cuándo las elecciones se relacionaron tan íntimamente con la democracia?

*La respuesta se encuentra en un autor inglés del siglo XVII, James Harrington (1611-1677), en cuyo libro La republica de Océana admitió, como tradicionalmente se había hecho, que los sufragios pertenecían a la aristocracia, pero descubrió la clave por medio de la cual las elecciones se transforman en democráticas. Esa clave es su repetición periódica, de manera que el pueblo pueda enjuiciar constantemente, por medio del voto, a los gobernantes, quitando o refrendando su confianza y con ello incidiendo, aunque de manera indirecta, en la conducción de los asuntos públicos.*²⁵

Otro elemento importante que debemos de tomar en cuenta al tratar de comprender el concepto de República plasmado en nuestra constitución es que, aparte de prescribir una república democrática, señala además que ésta será representativa, esto es, no es precisamente el pueblo mismo quien se gobierna en su totalidad a sí mismo y asume acciones y decisiones de gobierno, sino que, es a través de su voluntad que se nombra a sus representantes o gobernantes de entre las postulaciones realizadas por los partidos políticos o, en su caso, candidaturas independientes.

Dado lo anterior, en nuestro país contamos con los denominados principios de representación proporcional y plurinominal desde 1977, para el caso de los diputados y, desde 1996 para el de los senadores en nuestra constitución federal.

Como ilustración tenemos que la integración de la Cámara de Diputados, responde a la división territorial electoral de nuestra nación la cual consta de 300 distritos electorales, división que atiende, entre otras cosas

²³ Fernández Santillán, José F., *Ob. Cit.*, p. 15.

²⁴ *Idem*, p.18.

²⁵ *Idem*, p. 28.

al resultado de dividir el número de electores del último censo general entre dichos 300 distritos electorales, tal y como lo dispone el artículo 53 de nuestra constitución, por lo anterior podemos concluir que la Cámara de Diputados está integrada de 300 representantes electos de manera directa por el pueblo de México.

Continuando, la Cámara de Senadores, Senado de la República o Cámara Alta, cuenta con 64 Senadores electos de la misma manera enunciada en el párrafo anterior, esto en atención a 2 representantes por Estado integrante de la Federación.

Hasta aquí bien, pero, como señalamos al inicio, la Cámara de Diputados está integrada por 500 Diputados, y no por 300 y el Senado por 128 Senadores, y no por 64, esto es posible ya que, los representantes y legisladores restantes se eligen mediante un sistema peculiar de representación proporcional y plurinominal.

Pero, ¿qué es esto de la representación proporcional de las Cámaras? Dicho principio constitucional establece que los 200 Diputados restantes se elijan de 5 listas regionales en las que se divide el territorio nacional y los 32 Senadores restantes mediante una única lista, ambas listas son redactadas y presentadas por los partidos políticos y, según el número de votos logrados por dichos partidos a nivel nacional, la partidocracia se apodera de la cuarta parte de la Cámara de Senadores y de 200 Diputados de la Cámara baja; esto con la condición de que, sólo entraran a la fiesta de la repartición aquellos partidos políticos nacionales que alcancen por lo menos el 3 por ciento de la votación válida.

Por otra parte, y dejando por un lado los sistemas de democracia electiva representativa, en nuestro país contamos con algunos mecanismos de democracia directa además del sufragio universal el párrafo tercero del artículo 26 de nuestra constitución federal se contempla la consulta popular, estableciendo que ésta es uno de los derechos de los ciudadanos mexicanos, establecidos en el artículo 35 de nuestra constitución; así mismo, por citar un ejemplo la constitución del Estado de Jalisco se establecen, por lo menos, doce mecanismos de democracia directa denominados: medios de participación social tales como, por citar algunos ejemplos, el Gobierno abierto, el Plebiscito, el Referéndum, la Ratificación constitucional, la Iniciativa popular, el Presupuesto participativo, la Revocación de mandato, la Consulta popular, entre otras, en donde algunos de los mecanismos no sólo intervienen los ciudadanos, intervienen además de estos, otros agentes tales como vecindados, menores de edad y extranjeros; esto es una

democracia participativa extendida y diferente a como la teníamos concedida hasta el momento en el Estado.²⁶

Por último y ya una vez dialogado y conceptualizado el significado de las disposiciones expresas de nuestra constitución respecto de organizados en una República democrática y representativa, así como las aproximaciones o bases conceptuales del concepto de democracia representativa, hemos de señalar que dicha representación se encuentra restringida por muy particulares delimitaciones y divisiones respecto de obligaciones, atribuciones y delimitaciones orgánicas, a dicho sistema se le conoce en política y derecho como División de Poderes.

IV. Concepto de división de poderes

La división de poderes se debe de concebir como la delimitación orgánica, institucional y de acción del poder público y soberano del pueblo a gobernar el Estado mexicano, misma que se encuentra definida en la ley.

En efecto, la ley fundamental señala en su artículo 41 que el pueblo ejerce su soberanía por los **Poderes de la Unión** y que la renovación de dichos poderes, por lo menos el Legislativo y Ejecutivo, se realizara mediante elecciones libres, auténticas y periódicas.

De ahí entonces tenemos que el Supremo Poder de la Federación se divide para su ejercicio, tal y como lo señala el Título Tercero Capítulo I denominado 'División de Poderes de la Constitución Federal,' en tres: Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

La Cámara de Diputados está compuesta de los representantes de la Nación o ciudadanos y; la Cámara de Senadores integrará el Senado de la República y representará a los estados de la federación, ambas cámaras integraran el Congreso de la Unión y constituyen el Poder Legislativo Federal.

El Poder Ejecutivo de la Unión se deposita en un solo individuo al que se le denomina Presidente de los Estados Unidos Mexicanos.

²⁶ Casillas Torres, Eduardo: "Participación Ciudadana y participación democrática, diferencias y convergencias en iniciativa de reforma constitucional Jalisco", *Justicia y Sufragio*, 5ª época, año 7, vol. 1, núm. 15, Guadalajara, México, p. 15, diciembre 15 - mayo 16 de 2016.

Por último, el ejercicio del Poder Judicial de la Federación se deposita en la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, en los Tribunales Colegiados, los Tribunales Unitarios y Jueces de Distrito; todos, a excepción de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, son administrados y vigilados por el Consejo de la Judicatura Federal.

Como se puede observar, el Poder Supremo y Soberano de la Unión, está dividido para su ejercicio en los tres poderes enunciados.

Así pues, de manera muy básica señalaremos que mientras el Poder Legislativo es el encargado del proceso de la iniciativa, discusión y aprobación de la ley, el Poder Ejecutivo de ejecutarla y el Poder Judicial de dirimir cualquier controversia que surja de la aplicación de ésta, ya sea por el gobierno o particulares mediante la impartición de justicia.

Controles y Contrapesos, así es como se le denomina a tal sistema de delimitación del poder, *check and balances*, de origen anglosajón.

Este sistema tiene la finalidad, como su nombre lo refiere, de controlar y balancear los distintos poderes de la unión, delimitados previamente para su ejercicio originario del constitucionalismo anglosajón que tiene como finalidad el controlar y prevenir que alguno de los tres poderes de la unión enunciados. Montesquieu señalaba en su obra *Del espíritu de las leyes*, al analizar la Constitución de Inglaterra que:

La libertad política de un ciudadano es la tranquilidad de espíritu que proviene de la confianza que tiene cada uno en su seguridad: para que esta libertad exista, es necesario un gobierno tal que ningún ciudadano pueda temer a otro.

Cuando el poder legislativo y el poder ejecutivo se reúnen en la misma persona o el mismo cuerpo, no hay libertad; falta la confianza, porque puede temerse que el monarca o el Senado hagan leyes tiránicas y las ejecuten ellos mismos tiránicamente.

No hay libertad si el poder de juzgar no está bien deslindado del poder legislativo y del poder ejecutivo. Si no está separado del poder legislativo, se podría disponer arbitrariamente de la libertad y la vida de los ciudadanos; como que juez sería legislador. Si no está separado del poder ejecutivo, el juez podría tener la fuerza de un opresor. Todo se habría perdido si el mismo hombre, la misma corporación de próceres,

*la misma asamblea del pueblo ejerciera los tres poderes: el de dictar las leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar los delitos o los pleitos entre particulares.*²⁷

Algunos ejemplos de lo anterior serían el nombramiento de en nuestro país es el ejemplo efectivo de contrapesos sería la aprobación del nombramiento de Ministros de la Suprema Corte, Magistrados Electorales, Embajadores y hasta la ratificación del Procurador General de la República a sugerencia del titular del Poder Ejecutivo; por otro lado, éste cuenta con la posibilidad de ejercer el denominado veto presidencial respecto de ciertas leyes, mientras tanto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación tiene la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad e inaplicación de una ley formal.

Consideraciones finales

Como nos hemos dado cuenta, al dialogar con la presente lectura, y me refiero dialogar, porque una de las finalidades de este trabajo era la de invitar a realizar ese diálogo interno; y a partir de ahí, generar preguntas, respuestas, adecuaciones, en fin, jugar con los conceptos aquí expuestos con la finalidad de sentar algunas bases teóricas para poder entender la letra de nuestra constitución.

Empatía es la capacidad o sentimiento de identificarse con algo o alguien y compartir sus sentimientos,²⁸ sin embargo, dicha empatía no puede surgir, sino a partir de conocer o comprender el sujeto u objeto; así pues, no podremos sentir empatía hacia un bebe llorando, si no contamos con el conocimiento de que los niños a esa edad lloran por hambre o frío; es decir, si no contamos con ese conocimiento se puede llegar a la indiferencia o inclusive a la molestia porque no nos identificamos ni entendemos su dolor y las causas del mismo.

Es ese sentido, el ciudadano mexicano no podrá sentir esa empatía hacia su constitución si no le conoce, si no le comprende; y al referirme a una comprensión se pretende ir más allá de los conceptos rígidos y estáticos, es decir, se propone una **empatía constitucional**, ¡armonía pura con su sistema! en donde el ciudadano conozca, comprenda, esté de acuerdo y se identifique con su forma de gobierno, la división para el ejercicio del poder,

²⁷ Montesquieu, *Ob. Cit.*, p. 104.

²⁸ *Diccionario de la lengua española, Ob. Cit.*

con sus derechos y obligaciones, en fin, que nazca y se forje un respeto basado en el conocimiento y la empatía; por ello son de suma importancia las líneas expuestas.

Para finalizar, espero que este trabajo abone a mi hipótesis de que se debe de **empatizar** con nuestras leyes y principios, en vez implementar reformas constitucionales, legislar nuevos ordenamientos, multas, tipos penales que, a la postre, no son de empatía y comprensión del ciudadano, fuente de su falta de acatamiento y respeto.

Fuentes

- Bobbio, Norberto: *El futuro de la democracia*, 2ª. ed., Trad. de José F. Fernández Santillán, México, Fondo de Cultura Económica, 1996.
- Casillas Torres, Eduardo: "Participación Ciudadana y participación democrática, diferencias y convergencias en iniciativa de reforma constitucional Jalisco," en *Justicia y Sufragio*, Guadalajara, México, 5ª época, año 7, vol. 1, núm. 15, diciembre 15-mayo 16 de 2016.
- Constitución Política del Estado de Jalisco*, artículo 11 consultada 8 – II – 2017 en: <http://congresoweb.congreso.jalisco.gob.mx/BibliotecaVirtual/busquedasleyes/Listado.cfm#Constitucion>
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, consultada el 26 – I – 2017, en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum.htm>
- Diccionario de la lengua española*, Edición del tricentenario, Madrid, Real Academia de la Lengua Española, 2017, consultado el 7 – II – 2017, en: <http://dle.rae.es/?id=Y4JqQ2c>
- Fernández Santillán, José F.: *La democracia como forma de gobierno*, Cuadernos de Divulgación de la Cultura Democrática 3, México, INE, 2016.
- Guillén López, Tonatiuh, *Federalismo, gobiernos locales y democracia*, Cuadernos de Divulgación de la Cultura Democrática 17, México, INE, 2016.
- Raphael, Ricardo: *Para entender la institución ciudadana*, 2ª. ed., Guadalajara, México, Instituto Electoral del Estado de Jalisco, 2007.
- Maquiavelo, Nicolás, *El príncipe*, 15ª. ed., Trad. de Antonio Gómez Robledo, México, Ed. Porrúa, 1997.
- Montesquieu: *Del espíritu de las leyes*, 12ª. ed., Trad. de Nicolás Estevánez, México, Ed. Porrúa, 1998.
- Rousseau, Juan Jacobo: *El contrato social o principios de derecho político*, 12ª. ed., Trad. de Daniel Moreno, México, Ed. Porrúa, 1998.

La cadena de custodia en el nuevo sistema de justicia penal

Texto supervisado, aprobado y avalado para su publicación por su Director de tesis: Dr. Adrián Joaquín Miranda Camarena¹

Nicolás Castañeda Castañeda²

RESUMEN: El Nuevo Sistema de Justicia Penal planteado en la reforma constitucional de 2008, supone un cambio paradigmático en la forma de procuración y administración de justicia y como todo cambio ésta también tiene sus claroscuros, se analiza uno de los tópicos de la reforma penal que más oscuros que claros tiene como lo es la cadena de custodia, para de esta manera conocer las deficiencias que le aquejan sobre todo en lo que toca al proceso de capacitación de los funcionarios encargados de cumplir y hacer cumplir la ley.

Palabras clave: Nuevo Sistema de Justicia Penal, Jalisco, Cadena de Custodia, Capacitación policial.

ABSTRACT: The New Criminal Justice System raised in the 2008 constitutional reform, supposes a paradigm shift in the way of law procuration and administration of Justice, and like any change this has its chiaroscuro, it's analyzed one of the penal reform topics which has more darks than clearers, as it is the chain of custody, in order to know the deficiencies that afflict specially in the training process of officials responsible of abide and enforce the law.

Key words: New Criminal Justice System, Jalisco, Chain of Custody, Policial Capacitation.

SUMARIO: Introducción. I. Jalisco en la implementación de la reforma penal. II. El problema con la cadena de custodia Conclusiones. Fuentes.

1 Doctor en Derecho.

2 Maestro en Derecho. Notas: Línea de investigación Derecho Penal. El presente artículo es parte de la investigación para mi futura tesis doctoral.

No son pocas las ocasiones en la historia contemporánea de nuestro país que se han gestado cambios a la constitución política federal por medio de reformas políticas del gobierno en turno, pero sin duda alguna y desde hacía mucho tiempo no era patente una reforma tan ambiciosa y de tan sentidos cambios en las instituciones de procuración y administración de justicia como lo fue la publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008³ en el cual en una acertada decisión se pasaba de un sistema de justicia “inquisitivo mixto” a uno “acusatorio y adversarial”. Esta decisión es de suma trascendencia, debido a que se realiza un cambio de paradigma judicial considerable que supone la reformulación de facultades, procedimientos y conocimientos que ya se tenían desde siempre, y que ahora son necesarios de actualizar o incluso de reaprender los operadores jurídicos que intervienen en las causas penales.

El cambio paradigmático planteado, pudiera ser comparable en algún modo al propuesto en el campo de la filosofía de la ciencia por el filósofo estadounidense Thomas Kuhn, en el cual debido a las eventuales crisis que se presentan en las teorías científicas para responder a las exigencias planteadas, éstas son sustituidas por otras que den mejores respuestas a la situaciones de hecho que se plantean en el campo de la ciencia⁴, el cual ilustra que:

...el surgimiento de nuevas teorías es precedido generalmente por un periodo de inseguridad profesional profunda. Como podría esperarse, esta inseguridad es generada por el fracaso persistente de los enigmas de la ciencia normal para dar los resultados apetecidos. Que sirve de preludio a la búsqueda de otras nuevas.⁵

³ Decreto mediante el cual se reforman los artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22; las fracciones XXI y XXIII del artículo 73; la fracción VII del artículo 115 y la fracción XIII del apartado B del artículo 123, todos de la Constitución federal.

⁴ Kuhn, Thomas: *La estructura de las revoluciones científicas*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1971, pp. 92-128.

⁵ *Idem*, pp. 114-115.

Es así pues que extrapolándolo al campo de la ciencia jurídica el sistema de justicia “inquisitivo mixto”⁶ como antecedente paradigmático procedimental de procuración y administración de justicia fue sustituido en principio por la ingente cantidad de expedientes que eran desahogados de manera escrita, lenta, burocratizada, con constantes violaciones procedimentales y de derechos humanos las cuales, es de todos sabido, eran moneda corriente en las distintas instancias jurisdiccionales.⁷ Por tanto el aparato judicial penal debía adecuarse a la coyuntura social nacional e internacional imperante en la ciencia penal, para tratar de revertir la falta de credibilidad y la debilidad en las instituciones, la corrupción, la impunidad, entre otras situaciones que fueron resultado indeseable, no tanto del sistema inquisitivo *per se*, sino por la falta de previsión para la contención de los delitos, la pobre voluntad de sanción a los operadores jurídicos que llevaban a cabo conductas dispráxicas, y un lentísimo progreso técnico-científico para la persecución criminal.

La propuesta fue apostar por un sistema de justicia penal, con procedimientos judiciales simplificados y orales, unificar la legislación penal adjetiva por medio una sola normatividad como lo es el Código Nacional de Procedimiento Penales, la incorporación de una mayor paleta de derechos tanto para la víctima como para el imputado de un hecho ilícito en donde destaca el trato más humanizado y consciente hacia el primero y el reconocimiento de la presunción de inocencia para el segundo; asimismo la implementación de los medios alternos de solución de controversias con el fin de tratar de dirimir controversias sin la necesidad de instancia judicial, el cual debe llevarse a cabo en un marco de irrestricto apego a los derechos humanos.

Como es dable suponer para acercar el sistema de justicia penal acusatorio se debía de realizar en los tres niveles de gobierno en donde fue

⁶ Existen varias posturas de expertos que consideran que no se puede hablar propiamente de un sistema “inquisitivo” o “acusatorio” y que en ambos el factor de diferenciación es difícil de delimitar por sus implicaciones tanto lingüísticas como operacionales: Márquez Gómez, Daniel y Sánchez-Castañeda Alfredo; *Las falsas divergencias de los sistemas inquisitivo y acusatorio, el idealismo alrededor de los juicios orales en México*, Universidad Nacional Autónoma de México, 2012. Pero por cuestiones de practicidad se eligió continuar con la referencia intacta.

⁷ De hecho el informe del relator especial de la ONU sobre la tortura y otros tratos o penas crueles e inhumanos del 2014 llevada a cabo por el hoy Ex relator de la ONU Juan E. Méndez constata que la tortura en México es generalizada desde la detención hasta la puesta a disposición de la justicia con fines de castigo o investigación.

necesaria la creación de un organismo que llevara a cabo la dirección del proyecto de concreción de la misma, es de este modo que se crea mediante decreto del ejecutivo federal el 10 de Octubre del 2008 el “Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal” el cual es una instancia de coordinación integrada por los gobiernos local y federal para dirigir oportunamente la implementación de la misma, respetando claramente la autonomía y soberanía de los estados y municipios.

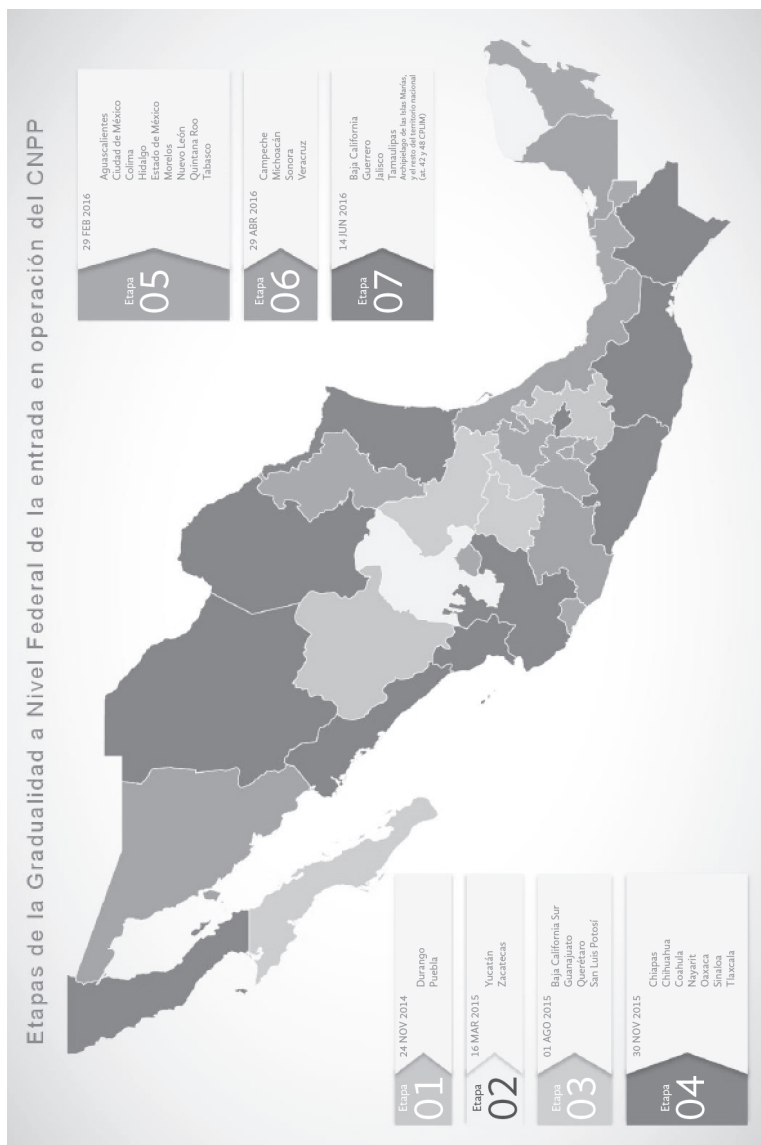
Igualmente, por medio de otro decreto, esta vez del 5 de Agosto de 2009⁸ se concertan en los diferentes estados de la republica dar cumplimiento a lo estipulado por el consejo de coordinación y así como ningún mandato está completamente constituido sin el respaldo de un ente que lo cumpla y lo haga cumplir, en el mismo decreto del 13 de Octubre de 2008; se crea también la “Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal” (en lo sucesivo SETEC) el cual es un órgano administrativo desconcentrado de la Secretaría de Gobernación, con autonomía administrativa, creada para operar y ejecutar los acuerdos y determinaciones del consejo de coordinación; así como para coadyuvar y brindar apoyo a las autoridades locales y federales en la implementación del sistema de justicia penal, cuando así lo solicitaran, éstos para ejercer sus funciones se encontraban en apoyo y coordinación con los a nivel federal y local en el diseño de reformas legales y nuevas leyes, se encargaba además de reorganizar las instituciones intervinientes en la reforma, así también como coordinar y operar las nuevas infraestructuras que al efecto se señalaran para su funcionamiento, brindar capacitación para los operadores humanos incluidos en el sistema de justicia penal y la difusión de ésta, entre otros.⁹

Por tanto fue necesario llevar a cabo la cristalización de la reforma a través de un esquema gradual y escalonado sectorizando por circunscripciones de aplicación las entidades federativas funcionando estado por estado, aunque la razón que subsiste del por qué unos estados implementaron la reforma primero y otros después no es clara, posiblemente obediencia a cuestiones políticas o legislativas en cada entidad lugar, quedando de la siguiente forma:

⁸ Acuerdo al que concurren los tres Poderes de la Unión para dar cumplimiento al mandato constitucional para instalar la instancia de coordinación prevista en el artículo Noveno Transitorio del Decreto de reforma constitucional publicado el 18 de junio de 2008.

⁹ Información recogida de la página principal de SETEC disponible en: http://www.setec.gob.mx/es/SETEC/SETEC_MASTER

Mapa que muestra la gradualidad de la implementación en la reforma penal:



Fuente: Imagen recogida de la página principal de SETEC disponible en: http://www.setec.gob.mx/es/SETEC/Mapa_de_Gradualidad

Antes de continuar es necesario señalar que el “cuánto” y el “cómo” de la implementación en cada entidad no constituye el objeto primordial de la presente investigación, sino única y exclusivamente brindar un panorama general del desenvolvimiento de la reforma en el territorio nacional dejando en segundo término los pormenores de la misma.

Dicho lo anterior, de la imagen anterior se advierte que la gradualidad con la que se desarrolló el nuevo sistema de justicia penal diverge temporalmente un estado de otro como se dijo anteriormente aunque la fecha constitucional para su total funcionamiento fue la misma para todos (de junio de 2008 a Junio de 2016), se observa también que Puebla y Durango a quienes se dio el referente de grupo uno por ser los primeros en culminar el proceso de implementación el 14 de noviembre de 2014, fueron los estados que por decirlo de algún modo “lideraban” el avance de la misma en el territorio nacional; al transcurso del tiempo las demás entidades federativas fueron paulatinamente acoplando la reforma penal a sus respectivos ordenes normativos, siguiendo los grupos de la etapa dos, tres, cuatro, cinco, seis y siete, en donde los gobiernos locales hicieron lo propio dentro de sus correspondientes circunscripciones, por último el grupo siete que corresponde a los estados de Tamaulipas, Guerrero, Baja California y Jalisco, se adhirieron a lo mandado en la reforma el 14 de Junio de 2016, en este grupo de estados que faltaban figura nuestra entidad misma que será abordada a continuación a manera de síntesis para conocer la relación que guarda con el nuevo sistema de justicia.

I. Jalisco en la implementación de la reforma penal

Nuestra entidad a fin de dar cumplimiento y garantizar de manera integral la implementación de la reforma penal mediante decreto del titular del ejecutivo estatal del 18 de Mayo de 2010 y publicado en el *Periódico Oficial del estado* el día 27 de Mayo de 2010 se crea la “comisión para Implementar el Sistema de Justicia Penal en el Estado de Jalisco” misma que se extingue el 13 de Abril de 2013 para dar lugar al “Consejo de Coordinación para la Implementación del Nuevo Sistema de Justicia Penal para el Estado de Jalisco” la cual fue la responsable de la mayoría del avance de la materialización del sistema acusatorio en nuestro estado. Si bien es cierto la reforma penal fue acogida por los diferentes órdenes de gobierno estatales de manera gradual y escalonada, del mismo modo para la implementación del sistema de justicia penal dentro de cada estado fue necesario realizar una segunda sectorización por distritos de aplicación ahora por municipios o grupo de municipios para acotar cada vez más el territorio y aplicarlo,

se sigue el mismo esquema como en la federación, aplicándolo de manera gradual y escalonada, quedando en nuestro estado como sigue:

DISTRITO	FECHA DE INICIO DE IMPLEMENTACIÓN	PARTIDOS JUDICIALES QUE LO INTEGRAN	MUNICIPIO SEDE DEL DISTRITO
I. Zona Metropolitana	31 de mayo de 2016	1, 31 y 32.	Tonalá
II. Altos Sur	29 de junio de 2015	7, 18, 19, 25 y 32.	Tepatitlán
III. Altos Norte	29 de junio de 2015	3, 4, 16 y 24.	Lagos de Moreno
IV. Ciénega	31 de mayo de 2016	5, 6, 23 y 32.	Ocotlán
V. Chapala	15 de febrero de 2016	2, 9 y 26.	Chapala
VI. Sur	1 de octubre de 2014	8, 9, 14, 21, 26 y 28.	Zapotlán El Grande
VII. Autlán	15 de enero de 2016	8, 11, 12, 20 y 21	Autlán
VIII. Costa Norte	15 de marzo de 2015	15 y 27.	Puerto Vallarta
IX. Ameca	15 de enero de 2016	10, 11, 15 y 20.	Ameca
X. Tequila	15 de enero de 2016	1, 17, 22 y 30.	Tequila
XI. Norte	15 de enero de 2016	13	Colotlán
XII. Costa Sur	31 de mayo de 2016	12 y 29.	Cihuatlán

Fuente: Tabla recogida del portal de internet del gobierno del Estado de Jalisco, disponible en: <http://sistemajudicialpenal.jalisco.gob.mx/acerca/gradualidad>

Es así que nuestra entidad se suma al proyecto de reforma penal en las diferentes “circunscripciones” que al efecto se delimitaron, siendo los primeros en comenzar los municipios de Amacueca, Atemajac de Brizuela, Jilotlán de Dolores, Gómez Farías, San Gabriel, Sayula, Tapalpa, Techaluta de Montenegro, Tecalitlán, Tamazula de Gordiano, Tonila, Tuxpan, Zacoalco de Torres, Zapotiltic, Zapotitlán de Vadillo, Zapotlán el Grande, Pihuamo, Santa María del Oro, Quitupan, Atoyac correspondientes al distrito seis “Sur” el día 1 de octubre de 2014, llama la atención que

ninguno de los municipios mencionados anteriormente forman parte de las ciudades centrales o que funcionan como punto neurálgico de actividades en nuestro estado, como lo es la Zona Metropolitana de Guadalajara el cual comprende los municipios de Guadalajara, Zapopan, San Pedro Tlaquepaque, Tonalá, Tlajomulco de Zúñiga y Zapotlanejo, y que paradójicamente fue la última en incorporarse al sistema de justicia penal primeramente planeado para estos municipios el 5 de febrero de 2016, pero posteriormente por medio del decreto 25417-LX-15¹⁰ del ejecutivo del estado publicado en el Periódico Oficial del Estado el día 22 de agosto de 2015, se establecía una prórroga en el término prolongándola hasta el día 15 de mayo de 2016.¹¹

Por lo que de los 12 distritos establecidos en los cuales se elaboró la regionalización, la ZMG guarda el último puesto en lo que se refiere a la incorporación de la reforma penal a poco menos de un mes del término constitucional, haciéndolo oficial el decreto número 24864/IX/14, publicado el 11 de abril del 2014 en el Periódico Oficial del Estado, en donde el congreso del estado emitió las declaratorias de incorporación al sistema procesal penal acusatorio y del Código Nacional de Procedimientos Penales al orden jurídico del estado de Jalisco instituyéndolo en el artículo primero del mismo decreto.

A propósito de la reforma penal se planteaba una metodología de trabajo diferente entre el modelo “inquisitivo mixto” a uno “acusatorio-adversarial” como los procedimientos judiciales simplificados y orales, la unificación de la legislación penal adjetiva por medio del Código Nacional de Procedimiento Penales, la incorporación de mayores derechos tanto para la víctima como para el imputado, entre otros, pero existe un tópico que reviste una cierta particularidad por ser uno de los que más pesaba cumplimentar antes del término final en la implementación de la reforma y que jugaba un papel importantísimo al poner en contrarreloj las acciones de

¹⁰ Éste no fue el único decreto expedido por el titular del ejecutivo del estado para establecer una prórroga de término para la aplicación de la reforma penal; ya antes se habían pedido al menos otras dos más, como lo son el decreto número 25294-LX del 13 de enero de 2015 para los municipio del distrito VIII correspondiente al de la “Costa Norte”, y otro más, el 25345-LX-15 de fecha 28 de mayo de 2015, para los municipios comprendidos en los distritos de “Altos Sur y Altos Norte”.

¹¹ Existe discordancia entre las fechas señaladas, toda vez que el decreto precitado establece como fecha aplicación el día 15 de mayo de 2016, mientras que en el mismo portal de internet pero en la referente a la “gradualidad” de implementación el día 31 de mayo de 2016, pero prevalece la primera.

los operadores jurídicos intervinientes de los cuales pueden mencionarse defensores públicos, asesores de víctima, jueces, personal penitenciario, policía de investigación, ministerio público, peritos, y policía preventiva, pero es esta última la que junto con los últimos tres forman el grupo que elabora la cadena de custodia, misma que ha sido criticada y puesta en duda por sus pobres resultados, por tanto, conviene ser analizada con visos a establecer cuáles son las situaciones que le objetan, intentando hacer una pequeña radiografía de aquel para poner de relieve la situación en la que se encuentra.

II. El problema con la cadena de custodia

Hay que saber primeramente que este tema tiene como marco la etapa de investigación tanto inicial como complementaria, y que es realizada por quienes se ha determinado llamar “La trilogía de la investigación” la cual está integrada por Ministerio Público-Policías-Peritos como anteriormente se dijo, el cual el primero de éstos realiza la coordinación y dirección de los demás de conformidad con el artículo 21 Constitucional, el cual señala a la letra: “La investigación de los delitos corresponde al **Ministerio Público y a las policías**, las cuales actuarán bajo la conducción y mando de aquél en el ejercicio de esta función...”

Si bien la cadena de custodia no es un asunto del todo nuevo dentro de la legislación de nuestro país ya que ésta se venía haciendo desde hace tiempo como por el ejemplo en el hoy abrogado código Federal de Procedimientos Penales¹², el cual en los artículos 123 al 123 Quintus ya se establecía el “cómo”, “cuándo” y “quiénes” debían de realizarla, pero es en el acuerdo A/002/10¹³ el instrumento jurídico que brinda la definición más precisa de lo que debe entenderse como tal, el cual dicho sea de paso funcionaba como apoyo para los agentes de policía en su elaboración, este acuerdo definía la cadena de custodia como:

¹² Código Abrogado de conformidad con lo que establece el artículo tercero transitorio del Código Nacional de Procedimientos Penales publicado en el Diario Oficial de la Federación el 5 de Marzo de 2014.

¹³ El nombre completo es “Acuerdo número A/002/10 mediante el cual se establecen los lineamientos que deberán observar todos los servidores públicos para la debida preservación y procesamiento del lugar de los hechos o del hallazgo y de los indicios, huellas o vestigios del hecho delictuoso, así como de los instrumentos, objetos o productos del delito”, publicado en el DOF el 3 – II-- 2010 emitido por la Procuraduría General de la Republica.

...el procedimiento de control que se aplica al indicio o evidencia material ya sea vestigio, huella, medio de comisión, objeto material o producto relacionado con el delito; desde su localización por parte de una autoridad, policía o agente del Ministerio Público, hasta que la autoridad competente ordene su conclusión, según se trate de la averiguación previa o el proceso penal.¹⁴

Estos dos ordenamientos jurídicos (El Código Federal de Procedimientos Penales y el acuerdo A/002/10) son sustituidos respectivamente por el Código Nacional de Procedimientos Penales y el Protocolo de Actuación Nacional del Primer Respondiente, y en donde el numeral 227 del vigente código penal adjetivo, “redefine” lo que se entiende hoy como cadena de custodia preceptuándolo como:

...el sistema de control y registro que se aplica al indicio, evidencia, objeto, instrumento o producto del hecho delictivo, desde su localización, descubrimiento o aportación, en el lugar de los hechos o del hallazgo, hasta que la autoridad competente ordene su conclusión.

Como se dijo anteriormente la cadena de custodia está encomendada a la “trilogía de la investigación” y para procurar que ésta no se rompa, con la reforma se fortalecieron las instituciones policiales, dotándolas de mayores facultades para responder de manera más eficiente a las *notitia criminis* creando la figura del policía primer respondiente¹⁵ o incluso otra como lo es la policía con capacidades para procesar,¹⁶ la cual es diferente a la policía de investigación en sus atribuciones toda vez que mientras los primeros se encargan de prevenir o anteponerse al delito para evitar que suceda, el segundo interviene en el proceso después de cometido el delito y durante las distintas etapas del procedimiento judicial y por último el tercero se encarga de investigar los delitos que ya se cometieron, las diferentes acepciones de policía constituyen la primera arista de la trilogía de investigación, en donde cabe destacar que al interior de la policía “administrativa” existen clasifica-

¹⁴ Acuerdo A/002/10, Capítulo I, artículo SEGUNDO.

¹⁵ La policía primer respondiente es el primer contacto con la sociedad, el cual se apersona en el lugar donde se requiere, y forma parte de la cadena de custodia conforme con las acciones establecidas en el “Protocolo Nacional de actuación del primer respondiente” publicado en el DOF el 5 – X - 2015.

¹⁶ Las facultades de los policías con capacidades para procesar cumple funciones de traslado, resguardo, y entrega de todos los objetos físicos encontrados en el lugar del hallazgo a la autoridad correspondiente, entre otras actuaciones que establece el “Protocolo Nacional de Policía con Capacidades para Procesar” del 26-XI- 2015.

ciones como son policía municipal, estatal y federal, además de otra clasificación esta vez interinstitucional por rangos, v. gr. “policía operativo, policía primero, policía segundo, policía de línea” etc.

La otra arista de la trilogía de investigación la constituyen los peritos, los cuales cumplen funciones especializadas de análisis y valoración de las evidencias (de cualquier tipo) con el fin de emitir un resultado en base a los conocimientos y técnicas científicas que tengan a la mano, cabe destacar que esta parte de la trilogía fue la que menos sufrió alteraciones sustanciales en el nuevo sistema de justicia penal, en el caso de Jalisco se cuenta con el Instituto Jalisciense de Ciencias Forenses (IJCF) entre otras instituciones alrededor del estado que se encargan de brindar a la sociedad servicios de expertos en criminalística, criminología, médico forenses, entre otros ramas y técnicas científicas.

La tercer línea es la correspondiente al Ministerio Público mismo que continúa con sus atributos para perseguir e investigar la comisión de los delitos, aunque cabe señalar que motivada por la reforma penal se planteó la discusión por parte de diferentes juristas en el país para determinar si éste debería dejar de formar parte del poder ejecutivo y otorgarle autonomía con el fin de evitar una sobre-intermediación, (modelo que impera en la mayoría de países latinoamericanos¹⁷), no lográndose el objetivo, y permaneciendo como lo conocemos; aunque las modificaciones más sentidas a este ente son los reglamentados en los artículos 17, 20 y 21 en nuestra norma suprema, en la cual sus funciones se han modificado, ejemplo de ello es que la investigación criminal estará compartida con la policía, le corresponde la administración (Al menos parcial) de medidas alternativas en el proceso, el deber de dar transparencia al ejercicio de sus funciones (Principio de publicidad), la atención a víctimas para que éstas puedan ejercer sus derechos desde la etapa de investigación¹⁸ y reconocer el derecho de presunción de inocencia a los imputados que se traduce en conferirle de manera tácita mayor responsabilidad de actuación.

La cadena de custodia entraña esencialmente una serie de pasos a las que los sujetos intervinientes deben de ceñirse¹⁹ y en la cual la reforma

¹⁷ Al respecto hay una interesante publicación de: Carbonell Miguel: *El Ministerio Público en el nuevo sistema de penal*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, pp. 73-92.

¹⁸ *Idem*, p. 80.

¹⁹ Para conocer más acerca del procedimiento y las etapas de la cadena de custodia, véase el libro *Protocolos de Cadena de Custodia Dos grandes etapas: preservación y procesamiento*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2012.

confirió nuevas facultades y responsabilidades a la primera arista antes mencionada es decir a policías primer respondiente que generalmente son de rango operativo y entre las que se pueden mencionar el deber de registrar en el Informe Policial Homologado (IPH) toda su actuación en el lugar de las *notitia criminis*, rendir testimonio en las audiencias judiciales donde haya intervenido, preservar el lugar del hallazgo e incluso si fuera necesario realizar el levantamiento de indicios del sitio haciendo las veces de perito, si así lo requiere el Ministerio Público/Fiscalía por considerarlo prioridad, esta “priorización” debe entenderse como la actuación a cargo del policía en el cual se da preferencia al procesamiento del lugar de los hechos, con el fin de prever riesgos y la pérdida, alteración, contaminación y destrucción del indicio, evidencia, objeto, instrumento o producto del hecho delictivo, en otras palabras que el policía haga las veces de perito si las condiciones lo ameritan.

Estas nuevas facultades no se corresponden con el tipo de capacitación que se les brindó la SETEC y los órganos de gobierno locales que al efecto se crearon para realizarla, esto de acuerdo a la Dirección General de Planeación, Capacitación y Difusión de la SETEC en donde se estableció un programa de capacitación de personal denominado “formador de formadores” el cual consiste que a través de un curso-taller de 40 horas, donde no existía evaluación diagnóstica de por medio fue dividida en dos módulos de aprendizaje, una de técnicas de expresión oral para dar testimonio durante la audiencia en donde sea requerido, y otra escrita para el llenado de formularios como el IPH²⁰ que sustituyó los informes policiales de cada corporación a fin de unificar en un solo informe a todas las corporaciones previendo la divergencia de informes de cada policía de este tipo, la capacitación en comento se suministró a un grupo de elementos policiales que mediante un esquema de “replicadores” éstos transmitieron sus conocimientos a los demás elementos para que a su vez capacitaran a otros elementos que estaban rezagados de las nuevas facultades que se les habían encomendado, ésta fue la opción más viable para la “capacitación” de los elementos de policía, insisto, sobre todo operativa, ya que el término para la implementación de la reforma en los diferentes estados era bastante reducido al mismo tiempo que se abarataban precios al sustituir la posibilidad de una capacitación bien estructurada por una de replicadores en la cual no se sabe a ciencia cierta qué tan sólidos conocimientos

²⁰ La información referente al programa de capacitación “formador de formadores” disponible en: http://www.setec.gob.mx/work/models/setec/menu_pdf/pdf/policia/especializado/formacion_de_formadores_para_competencias_en_comunicacion_escrita_y_oral.pdf

se transmitieron mediante este esquema, ya que todavía a sólo días para llegar a la fecha término de la reforma (18 de junio de 2008) aun habían más del 80% de policías preventivos/operativos sin capacitar en el país.²¹

Hoy la reforma penal ya es una realidad, lo cual nos hace suponer que muy probablemente los hombres que se encargan de vigilar el orden y procurar la seguridad no han recibido una enseñanza adecuada de las habilidades que se supone ya debieran dominar y no sólo las relativas a la expresión oral y escrita sino las que atañen a los conocimientos especializados que permitan procesar los elementos e indicios del cualquier lugar.

Esta situación debiera entrañar preocupación, ya que si los policías no poseen un conocimiento sólido en al menos el contenido básico de la técnica pericial, fácilmente pueden caer en situaciones negligentes voluntarias o involuntarias por ignorancia en el curso de acción, inutilizando de paso cualquier intento de prueba científica derivada de la cadena de custodia; sin duda se debe pensar en el mejoramiento de las técnicas de investigación para evitar situaciones insólitas y deplorables como no poder determinar a los sujetos activos de un delito si no solamente cuando existe flagrancia desdeñando cualquier posibilidad de investigación a partir sólo de indicios; por eso es absolutamente necesario hacer un análisis detenido para conocer donde estábamos parados antes de la reforma, donde estamos hoy, a donde queremos llegar y que debemos hacer para lograrlo.

Conclusiones

Primera. A la luz de la información planteada durante el desarrollo del tema concerniente a la implementación de la reforma penal se puede colegir que al menos en nuestra entidad federativa la implementación del sistema de justicia penal se realizó con poca previsión realmente, estando en todo momento condicionada por el rezago de tiempo primero con la implementación nacional y luego con la regional, entrañando un desacierto muy grande el no haber comenzado la implementación del sistema en un tiempo considerablemente holgado para su desenvolvimiento, al igual que dejar a la Zona Metropolitana de Guadalajara de último en la sectori-

²¹ La revista *Animal político* en su publicación del 13 -V - 2016 aludía a que 8 de 10 personas encargadas de llevar a cabo el Nuevo Sistema de Justicia Penal entre policías ministeriales, policías preventivos y personal penitenciario aún no estaban capacitadas conformaban los grupos de los más rezagados; disponible en: <http://www.animalpolitico.com/2016/05/sin-capacitar-8-de-cada-10-encargados-del-nuevo-sistema-de-justicia-penal/>

zación, la cual no fue la mejor opción debido a que si la ZMG hubiera sido el primer distrito en aplicar el sistema de justicia penal, hubiera dado mayor facilidad a que una vez funcionando ahí fuera creciendo y extendiéndose a la periferia con una coordinación centralizada más sólida con resultados más satisfactorios, toda vez que los juzgados de control y oralidad del distrito uno con sede en Tonalá fueron inaugurados tres días antes del término constitucional.

Segunda. El modo de capacitación tan taxativo y laxo llevado a cabo por la SETEC en la transmisión de conocimientos teóricos y prácticos a los elementos policiacos (Policía primer respondiente de tipo operativo) no se ajusta a los requisitos de policía moderna en donde se necesita una policía de avanzada bien capacitada y ordenada que haga frente a las necesidades de nuestro tiempo originando el riesgo de que el cambio en el esquema de justicia valga de poco al estar redireccionando vicios institucionales con resultados dispráxicos como efecto inmediato de la incapacidad de aplicación objetiva de la norma por parte de los operadores jurídicos.

Tercera. No solamente la capacitación del Sistema de Justicia Penal es un factor determinante al momento de realizar la cadena de custodia, existen otros factores a considerar como la edad de las personas que intervienen en ella (Con motivo de la capacidad de aprendizaje de nuevos conocimientos), el grado de estudios de los mismos, la idiosincrasia de quienes las llevan a cabo, y el nivel de ética de los agentes inmersos los cuales se deben considerar a efecto de una mejor funcionalidad institucional.

Cuarta: Los elementos de policía primer respondiente tienen sobre sus espaldas una gran responsabilidad al pesar sobre ellos nuevas y más complejas responsabilidades, aunque no se limita al sector policial la problemática sino que trasciende a todos los operadores de la ley, que corresponde a todos revertir si se quiere mantener la vigencia del estado derecho y no convertirse o confirmar el veredicto que dice que nuestro país en un estado fallido como varios expertos ya han dicho que somos desde hace mucho tiempo.

Fuentes

Acuerdo A/002/10

Carbonell Miguel: *El Ministerio Público en el nuevo sistema de penal*, Instituto de investigaciones jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México.

Código Federal de Procedimientos Penales
Código Nacional de Procedimientos Penales
Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
GOBIERNO DE JALISCO: Consejo de Implementación del Nuevo Sistema Penal Jalisco, portal de internet, recuperado el 23 -III- 2017, en: <http://sistemadejusticiapenal.jalisco.gob.mx/>
Kuhn, Thomas: *La estructura de las revoluciones científicas*, Ed. Fondo de Cultura Económicas, México, 1971.
Márquez Gómez, Daniel y Sánchez-Castañeda Alfredo: *Las falsas divergencias de los sistemas inquisitivo y acusatorio, el idealismo alrededor de los juicios orales en México*, Universidad Nacional Autónoma de México, 2012.
Protocolo Nacional de Policía con Capacidades para Procesar
Protocolo Nacional del Primer Respondiente
SETEC: Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal, portal de internet, recuperado el 19 -II - 2017, en: <http://www.setec.gob.mx/>

Derecho al trabajo y constitucionalismo social a un siglo de su reconocimiento en la Constitución

Texto supervisado, aprobado y avalado para su publicación por su Director de tesis: Dr. Alejandro César Antonio Luna Bernal¹

Juan José Durán Rivas²

RESUMEN: El derecho en nuestro país desde la expedición de la Constitución en 1917, procura un sistema lleno de peculiaridades, por un lado es de corte liberal pero se matiza a partir del reconocimiento de clases sociales desaventajadas, en ese sentido los obreros es uno de los grupos que constitucionalmente se protege, esto como una forma de reivindicar los grandes problemas sociales imperantes en aquella época, tal circunstancia dio por resultado un sistema jurídico lleno de pesos y contrapesos, el cual se vuelve un referente a nivel internacional por su tendencia social y por su posibilidad de ser un catalizador hacia la estabilidad; pero esta realidad lo que hace es reflejar una norma poderosa que al final se vuelve en una aspiración y que quizá debiera ser motivo de todos los esfuerzos de la sociedad, esto para lograr la debida y adecuada aplicación de la norma constitucional.

Palabras clave: constitución social, derecho obrero, derecho social, constitución mexicana.

ABSTRACT: Citizen's rights in our country since the passage of the Constitution in 1917 contemplates a system full of peculiarities. On the one hand there is a liberal court but this is qualified by a recognition of a disadvantaged social class. More specifically, the worker who is protected by the

¹ Abogado, Maestro en Filosofía y Doctor en Psicología, Investigador SNI nivel 1, adscrito al departamento de Filosofía del Centro Universitario de Ciencias Sociales de la Universidad de Guadalajara.

² Abogado, Maestro en derecho con especialidad en Seguridad Social y Doctorante en derecho constitucional por la Universidad de Guadalajara, Académico de la Universidad de Guadalajara, Académico de Grado de la AMDSS, Académico de Número de la AMDTPS. Notas: Línea de investigación Derecho Constitucional. El presente artículo es parte de la investigación para mi futura tesis doctoral.

constitution, serves as a means of highlighting the great social problems, which were prevailing at that time. These same circumstances resulted in a legal system, which is full of checks and of the model representing a catalyst for stability. In reality balances. The same system operates today as an internationally recognized benchmark because of the current social tendencies and the possibility, however, the system is reflective of a more powerful social norm that transforms into an aspiration which society should possibly use as the motive to drive the deserved application of what is expressed in the Constitution.

Key words: social constitution, labor law, social law, Mexican constitution.

SUMARIO: I. Éxodo a un constitucionalismo diferente. II. El cambio de ideas, la constitucionalización del derecho obrero. III. Las contradicciones en la realidad del derecho del trabajo en nuestro país. A manera de conclusión. Fuentes.

I. Éxodo a un constitucionalismo diferente

Cuando oímos hablar de nuestra Constitución inevitable es pensar en aquellos artículos que en mil novecientos diecisiete hicieron que ésta se volviera en un referente a nivel internacional y que le diera la calidad de pilar para la modificación del constitucionalismo, volviéndose en precursora de lo que hoy en día conocemos como el constitucionalismo social, realidad que responde sin duda alguna a las necesidades de la sociedad de la época, como diría Alfonso Noriega:

... se debe reconocer y proclamar que los derechos sociales que consagra la Constitución Política mexicana de 1917, son la realización institucional de los ideales y aspiraciones, de los sentimientos que dieron contenido al repertorio de ideas y creencias que animaron el pensamiento de la Revolución mexicana de 1910...³

Uno de los reflejos del México postrevolucionario es la implementación en el texto constitucional de los artículos 3, 27 y 123, los que sin duda dejan entrever el resultado de la lucha social que fuera desatada a partir de los muchos abusos de un gobierno autoritario y terminado por las armas, bus-

³ Instituto de Investigaciones Jurídicas: "Comentario artículo 123", *Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos Comentada y concordada*, México, Ed. Porrúa, 2004, pp. 11 y 12.

cando la renovación del contrato social, esto a partir del reconocimiento de un marco limitativo al poder omnímodo del que se venía huyendo, pero además buscando la reivindicación de ideas que en esa época fueron parte de la moda francesa llegada vía los legisladores abogados o que se identificaban con las ideas de los jacobinos.⁴

La expedición de la constitución del diecisiete responde a características muy particulares, un ejemplo claro lo tenemos en la integración del constituyente ya que lejos de lo que existe en el ideario popular, los legisladores que integraron al constituyente del 17 y que desarrollaron una Constitución con características tan particulares y de corte vanguardista para su tiempo, en su mayoría eran personas con una formación académica, predominando en éstos los juristas, pero además algunos habían desarrollado la función pública en algún momento,⁵ sin que esto pueda llegar a significar que su formación los haya hecho dimensionar el gran cambio de las inserciones que se agregaron en el texto constitucional.

Así dentro de la conformación del constituyente originario permearon dos tipos de ideologías muy identificadas, lo curioso es que al momento de las votaciones se logró realizar la homogenización de diversos principios, derechos y garantías, mismos que respondía a sectores muy identificados en la sociedad, entre ellos el de los trabajadores; esta tendencia a la hora de realizar los acuerdos la identificaría Peter H. Smith,⁶ llegando a la conclusión de que a pesar de la distancia en las corrientes de pensamiento lo que prevaleció fue el acuerdo; un claro ejemplo se da en la aprobación del artículo 123, en el cual si bien hubo acaloradas discusiones previo a su votación, a la hora del escrutinio fue aprobado por unanimidad, esto a pesar de que participaron tanto el grupo de los jacobinos, como de los conservadores casi en igualdad de número en la comisión que planteara el proyecto que se sostuvo a votación en la asamblea, lo que nos hace ver que si bien es cierto existían diferencias en cuanto a la tendencia ideológica de los participantes en el constituyente, el acuerdo en cuanto a la innovación del pacto social fue contundente.

La modificación de las características de la Constitución vigente hasta ese momento no es una casualidad, ya que si bien es cierto se contaron

⁴ Lastra Lastra, José Manuel: *Derecho Sindical*, México, Ed. Porrúa, 1991, p. 98.

⁵ Marban L. Ignacio: *Los constituyentes abogados en el Congreso de 1916-1917*, México, Centro de investigación y docencia económicas A.C., 2012, p.p. 13-14

⁶ Smith, P. H.: "La política dentro de la Revolución: El Congreso Constituyente de 1916-1917," México, *Historia mexicana*, 1973, p. 373.

con disensos, la realidad es que en cuanto a los artículos que hicieron el cambio de tendencia y dotarla de un carácter social en todo momento hubo acuerdo, dando paso a una nueva forma de ver el derecho constitucional, principalmente ante la necesidad de la implementación de una nueva construcción social que sirviera de factor de cohesión, en un México completamente disgregado por guerrillas de norte a sur, pero también por la cercanía de gran mayoría de los constituyentes con Carranza.⁷

Esta construcción de un nuevo Estado Derecho y de su aplicación a partir del nuevo paradigma que implicaba la expedición de la Constitución del 17, tendió no sólo a la creación de una esfera de garantías que el estado estaba obligado a salvaguardar al ciudadano tanto en un aspecto individualista sino además en lo social, en una estricta aplicación de la ley como una forma de control de la autoridad, siendo considerada en su momento por Ignacio Burgoa⁸ como una cuestión de eficacia jurídica, ya que éste reflexionaba en que el principio de legalidad servía como mediación para proteger a todo el sistema de derecho objetivo; por tanto podemos establecer que nuestro sistema jurídico post-revolucionario en sus ámbitos judicial, administrativo, fiscal y de procuración de justicia, se basaba en esa dicotomía constitucional, esto es en las garantías constitucionales salvaguardadas por el Estado, pero a su vez la limitación del poder del mismo.

Nuestro constitucionalismo post-revolucionario con su evidente e intencionado carácter social y el cual de forma vanguardista reconoció los actuales derechos humanos de segunda generación, se avocó a la persecución de los grandes males sociales, mediante la creación de artículos que fueron los que matizaron la forma constitucional imperante en la época, ya que si bien es cierto se trató de la implementación de un nuevo marco para la sociedad, también es que se conservó en parte la estructura de la constitución del 57, pero se logra dar un giro con el reconocimiento de los derechos sociales y que a la postre sería lo que perfilaría nuestro derecho hacia el futuro.

El Constitucionalismo Social no fue del todo premeditado, por el contrario cómo identificaría Jorge Carpizo,⁹ sólo unos pocos constituyentes se dieron cuenta que los cambios implicaban la modificación de la estructura

⁷ Marban L. Ignacio: “¿Cómo votaron los diputados constituyentes de 1916-1917?,” en *México, Política y gobierno* número 14(2), 2007, pp. 319 y 320

⁸ Burgoa O. Ignacio: *Las Garantías Individuales*, México, Ed. Porrúa, 1997, p. 601.

⁹ Carpizo, Jorge: “El estado de los derechos de la justicia social,” en *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, México, 2012, pp. 5- 6.

política a partir de la inserción de artículos que reconocían la necesidad de garantizar la justicia social de grupos desaventajados como lo serían los campesinos y los trabajadores, ya que si bien es cierto era imposible establecer los resultados que dicho texto fuera a tener, la realidad es que el establecimiento de los artículos 27 y 123 dieron pie a un gran cambio al constitucionalizar la obligación del Estado de perseguir la justicia social, afectando a todas luces la estructura existente y dotándola de un fin teológico.

Dentro de las consecuencias de dicho reconocimiento es que nuestra carta magna del 17 se vuelve el referente en cuanto a la creación de lo que hoy conocemos como Constitucionalismo Social, ya que es la primer Constitución a nivel mundial que efectivamente establece un capítulo social dentro de su texto como identificaría Néstor de Buen,¹⁰ pero además dejó establecidas las bases para el restablecimiento del tejido social, así como para la rehabilitación del progreso económico que se venía experimentando tres o cuatro décadas antes.¹¹

Este cambio estructural vertido por el constituyente del 17 se ve reflejado en el reconocimiento que se hace del derecho del trabajo, la seguridad social, el trato social de la propiedad, así como el reconocimiento de un trato más justo y digno a sectores poblacionales, esta situación es en parte las características del Constitucionalismo Social y el que de acuerdo por lo dicho por Bernd Marquardt¹² sería iniciado por la Constitución de México de mil novecientos diecisiete, ya que crea un éxodo al reconocimiento de una disposición liberal con una orientación social, sirviendo de base para diversos países que también buscaron su transformación agro-industrial establecida y cuidada por el marco constitucional.

El Constitucionalismo Social es reconocido por su tendencia a defender una serie de Derechos Sociales entre ellos los laborales y de Seguridad Social, los que se consideran necesarios para la satisfacción del colectivo

¹⁰ Buen, Néstor de, “El nacimiento del derecho del trabajo” en Buen, Néstor de y Morgado Valenzuela, E. (Coord) *Instituciones de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. UNAM, México, 1997, pp. 42-43.

¹¹ León, C. A. P. de, & Elizondo, C. P.: *El Impacto Económico Fundamental de la Constitución Mexicana de 1917*, México, p. 13.

¹² Marquardt, B.: *La cuarta fase del constitucionalismo iberoamericano- el ascenso del constitucionalismo social (1917-1949)*, México, Pensamiento Jurídico, 2010, pp. 127 – 131.

tal y como identificaría Pisarello,¹³ por su parte Mauricio García¹⁴ considera que este tipo de constitucionalismo como *aspiracional*, ya que su conformación es una mirada al futuro en el cual se busca fijar bases para el progreso social; el problema dicho por tal autor es hasta donde este tipo constitucional se vuelven un marasmo de buenas intenciones o sólo un discurso político o bien una construcción de derechos efectivos, situación que vemos representado no sólo en nuestro país sino en diversos países a lo largo de Latinoamérica.

Estas características del constitucionalismo social son las que identificamos en la constitución del 17, pero muy en particular en su artículo 123, el cual realmente crea un sentimiento social de cómo consideramos construir nuestro futuro, es decir realiza el establecimiento de una conciencia colectiva para inferir no sólo en el reconocimiento de las garantías por parte del Estado, sino a su vez en la necesidad de la construcción de una estructura encargada en hacer realidad estos derechos, por lo que posee una gran transcendencia como fuente ideológica para la conformación del Estado.

Es por tanto que este ejercicio constitucional mexicano el cual a la fecha se encuentra vigente, ha servido de inspiración para diversos modelos constitucionales en el mundo, ya que inspira un constitucionalismo diferente que al final crea un sentimiento de solidaridad y de consolidación colectiva al manejar la política de masas en pro de la estabilidad para la consolidación del Estado, en este sentido Arnaldo Córdova consideraría que la expedición de la Constitución de mil novecientos diecisiete daría las bases para *...el control y la manipulación de las masas mediante el manejo de sus reivindicaciones...* creando así un fuerte sentido de unidad el cual daría las bases para consolidar un Estado fuerte y lleno de simbolismos.¹⁵

Esta tentación de control y dominación permeó en Latinoamérica, así vemos la influencia del constituyente queretano y su tendencia política en países tales como Brasil¹⁶ al tomar éste como base la experiencia mexicana

¹³ Pisarello, G.: "El constitucionalismo social ante la crisis: entre la agonía y la refundación republicano democrática," en *Revista Derecho del Estado*, Colombia, 2012, p. 58.

¹⁴ García Villegas, M.: "Constitucionalismo aspiracional," en *Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, Sevilla, 2013, pp. 77-97.

¹⁵ Córdova, A.: *México, revolución burguesa y políticas de masas (Vol. 31)*, México, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, Centro de Estudios Latinoamericanos, 1977, p. 98.

¹⁶ Ferreira Santos, G. : "La constitucionalización de los derechos sociales- puentes entre Brasil y México," *Revista IUS*, México, 2016.

para la emisión de la constitución de 1934 y así positivizar los aspectos sociales en particular el derecho del trabajo; otro de los ejemplos es la influencia sobre la Constitución del Perú ya que el país andino toma como base el caso de México para el reconocimiento en su carta magna de 1920 los derechos sociales,¹⁷ además las constituciones de Nicaragua¹⁸ y Argentina¹⁹ la primera de 1937 y la segunda de 1957 en las cuales se toma de ejemplo México a la hora de establecer estructuras para la garantía de los derechos sociales pero a su vez el reconocimiento de grupos sociales desaventajados.

Por otro lado Alejandro Romero²⁰ identificaría que la Constitución mexicana no sólo fue un referente para las modificaciones latinoamericanas sino que también lo sería para dotar de los contenidos al ...*Tratado de paz de Versalles del 25 de junio de 1919, así como a la declaración Rusa, del 16 de enero de 1918 y a su Constitución de julio de ese mismo año, así como a la Constitución alemana de Weimar de 1919...*, lo anterior en esa necesidad de ir otorgando concesiones por parte de los gobernantes para atemperar las condiciones sociales de aquellos inconformes con el sistema, como lo sostendría Wallerstein.²¹

Pero esta influencia no sólo es debida a la necesidad del reconocimiento de los derechos sociales como decíamos de manera previa, es una gran tentación para consolidar de una forma eficiente el sentido de identidad y cohesión para cualquier Estado y más si consideramos la realidad tan convulsa de Latinoamérica y la necesidad de capitalizar las demandas de las clases desprotegidas a nivel mundial.

Así pues podemos empezar a concluir que la gran característica que identifica el constitucionalismo social creado en nuestro país es en base de la emisión de ciertos artículos que por sus características previenen un mejor trato para grupos históricamente desaventajados, positivizando pres-

¹⁷ Silva, M. O.: "Los derechos sociales en Perú. La influencia de la Constitución mexicana de 1917," México, *Revista IUS*, 2017.

¹⁸ Palacios, O. A. G.: "La Constitución mexicana de 1917 y su influencia en la Constitución Política de Nicaragua de 1939," México, *Revista IUS*, 2017.

¹⁹ Maraniello, P., & Parisi, N. S.: "El constitucionalismo social en la Constitución mexicana y su vasta influencia en el derecho argentino," México, *Revista IUS*, 2016.

²⁰ Romero Gudiño, A. Y.: "Inspección federal del trabajo en México," México, *Revista latinoamericana de derecho social*, 2008, p. 120.

²¹ Wallerstein, I.: *Historia y dilemas de los movimientos antisistémicos*, México, Ed. Contrahistorias, 2008, pp. 162 – 163.

taciones sociales que obliguen al Estado a su garantía, mediante la emisión de los artículos tercero, 27 y 123, sin que podamos establecer la preeminencia de uno sobre otro; pero por lo que ve al trabajo podemos decir que no sólo sirve para la creación de una conciencia social, sino a su vez creo de manera muy firme la posibilidad de un Estado intervencionista, ya que no sólo abre la posibilidad de la creación de políticas públicas o servicios sociales, sino a su vez infiere en el ámbito particular por la vía de los patrones, siendo quizá una de las ramas más complicadas de salvaguardar, ya que a raíz de la verdad, el Estado no puede contar con la cantidad de elementos revisores, inspectores o auditores de que los derechos y las garantías contenidos en la constitución del 17, efectivamente se están llevando a cabo, por lo cual nuevamente nos encontramos ante un problema de eficacia, que se representa en un fenómeno de carácter social y político.

II. El cambio de ideas, la constitucionalización del derecho obrero

Tal situación nos lleva a pensar que la regulación en materia del trabajo vertida en nuestro texto constitucional, lo que buscó fue el reconocimiento de los trabajadores en virtud de su condición a un grupo particularizado de la sociedad, buscando en convertirse, como bien afirma la doctora Patricia Kurczyn, en un medio legal para *...fortalecer la condición de la clase trabajadora frente a los intereses empresariales o patronales...*²² lo que nos hace ver que no sólo la Constitución sino nuestro artículo 123, busca adoptar una teoría colectiva o del bien superior, para así poder validar la intromisión del Estado en cuanto a la regulación de una relación jurídico entre los patrones y trabajadores, ya que como desde un inicio establecíamos la constitucionalización de los derechos obreros se debe en gran parte al establecimiento de las necesidades de los sectores, es decir a esa necesidad de reivindicar las exigencias sociales para poder pacificar el país y que sirviera de base a la unidad.

Es aquí entonces, en donde vemos que el 123 es causa de todos los antecedentes que del derecho del trabajo podemos hablar y de los cuales toma en esencia su contenido, puesto que de otra manera no se podría entender en la Historia de México el planteamiento de un intervencionismo estatal en un sistema político liberal como el nuestro; así la evolución

²² Kurczyn, Patricia, "Apuntes sobre los derechos humanos en el ámbito laboral" en Kurczyn, Patricia (coord.) *Derechos humanos en el trabajo y la seguridad social. Liberamicorum en homenaje al Doctor Jorge Carpizo*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2014, p. 89.

en nuestro país ha marcado un hito en cuanto a los referentes que han particularizado toda la regulación obrera, ya que la realidad mexicana de aquella época es que los detentadores del poder político abusaban de las clases trabajadoras, un contundente ejemplo lo tenemos en la publicación que hiciera Ricardo Antonio Flores Magón a raíz de la Huelga de Cananea, en donde describe de manera cruda la realidad del proletariado mexicano y el abuso de la clase en el poder:

...Los mineros trabajaban todo el día, y no era un trabajo humano aquel: era un trabajo de bestia de carga. Los riñones sudaban sangre; los pulmones, fatigados, se hinchaban hasta querer romper el tórax. Era necesario llenar una carretilla y luego otra y otra más. Había que llenar cien, había que llenar mil. -...Los mineros sudaban en las entrañas de la tierra, sepultados en vida; pero menos felices que los muertos, tenían que trabajar, que trabajar duro como presidiario, para que sus amos se embriegasen con champagne y arrastrasen su ocio en ricos automóviles...²³

Así previo a la Constitución de mil novecientos diecisiete existen diversos documentos que intentan la regulación del derecho del trabajo en nuestro país, iniciando incluso desde antes de la consolidación del mismo con el Bando de Hidalgo expedido el 6 de diciembre de 1810, aunque la realidad es que prácticamente todos éstos lejos de regular los fuertes abusos a los que eran sujetos los trabajadores, tan solo llegaban a la reglamentación de tinte liberalista de la “libertad del empleo”, incluso aquí es de resaltar que la Constitución de 1857 tan sólo regulo por su parte la libertad de trabajo, industria y comercio, siguiendo una tendencia completamente de corte liberal, ya que si bien es cierto que hay sendos discursos en cuanto al olvido de la regulación social en dicha Constitución, tanto por Ignacio Ramírez como por Ignacio Vallarta de acuerdo a lo identificado en su momento por Miguel Cruz Vásquez y Renato Salas Alfaro,²⁴ la realidad es que no se quiso ir más allá al respecto, lo anterior siguiendo las ideas de la época en el sentido de que el establecer derechos en la Constitución, más que abrirlos los limitaba, pero que además sería ir en contra de la ideología liberal-indi-

²³ Flores Magón, R. (Netzahualpilli seudónimo): “¡Cananea! 1º de junio de 1906”, Los Ángeles, California, EUA, en *Libertad y Trabajo*, núm. 3, 30 de mayo de 1908.

²⁴ Cruz Vásquez, M., & Salas Alfaro, R: *Origen socio histórico y permanencia del artículo 123 en la Constitución Política Mexicana bajo el enfoque de la Teoría del Origen Legal*, Colombia, Contexto, 2011, p. 21.

vidualista que se propugnaba en el cuerpo constitucional en creación conforme a las ideas de Vallarta.²⁵

La constitución de 1857 daría una regulación que en tintes generales sería completamente liberal y de corte individualista, la que por tanto dejó de lado el compromiso con la clase trabajadora del país, abriendo más la brecha entre éstos y la clase patronal, tal situación llevo a la inconformidad social que se viera capitalizada por la formación de diversas publicaciones y movimientos sociales, haciendo transitar de norte a sur las nuevas ideas que buscaban la igualdad de clases y la necesidad de un Estado que se comprometiese a equilibrar las fuerzas de producción, teniendo como resultado que en el periodo del Porfiriato hubiese una gran cantidad de huelgas por las más diversas razones, Moisés González documentaría los motivos de éstas identificando que:

*Casi la mitad de las huelgas se debió a la disminución del salario de los obreros, y a las infructuosas peticiones de su aumento; en menor grado, a que no se pagaba a los trabajadores, o se hacía con vales o moneda de níquel. Los malos tratos, que en algunos casos llegaban a los golpes, figuran en segundo término entre las causas de los conflictos; después, el aumento de la jornada de trabajo; el cese de operarios; la oposición a nuevos administradores y reglamentos; la lucha contra el trabajo dominical y el nocturno; la limitación de las entradas y salidas a las fábricas; el sistema de multas y de castigos en general empleados en ellas...*²⁶

Esa realidad llevó a que el 4 de enero de 1907 se emitiera el primer laudo en nuestro país por parte del Presidente Porfirio Díaz en un afán de tratar de conciliar los intereses entre los trabajadores y los empresarios,²⁷ aunque sin mucho éxito ya que técnicamente esto sería el detonante para las consecuencias funestas de la Huelga de Río Blanco y el motín realizado el día 7 del mismo mes y año;²⁸ convirtiéndose al final en una causa más del males-

²⁵ Herrera, C. M.: "Estado, constitución y derechos sociales," Colombia, en *Revista Derecho del Estado*, 2003, p. 75. González Navarro, Moisés: *Vallarta en la reforma (Vol. 76)*, México, UNAM, 1994, p. 90.

²⁶ González Navarro, Moisés, "Las huelgas textiles en el Porfiriato" en *Historia Mexicana*, México, Colegio de México, 1956, p. 202.

²⁷ Anderson, R. D., "Díaz y la crisis laboral de 1906" en *Historia mexicana*, México, Colegio de México, 1970, pp. 513-535.

²⁸ García Díaz, Bernardo: *Apuntes sobre la huelga de Río Blanco*, México, Anuario II, no. 9, 1979, p. 196.

tar que sería la justificación de los movimientos armados que culminarían con la expedición de la Constitución y del reconocimiento de los derechos laborales en el 123.

Así la Constitución de 1917 se ve antecedida de una serie de reclamos que fueron coronados por movimientos colectivos ideológicos y beligerantes, generados por la parcialidad del gobierno pero además por la pasividad de la normativa Constitucional, ya que al ser ésta eminentemente individualista y liberal se volvió en un factor más, por tanto el constituyente del 17 no tuvo más opción que matizar el sistema político, lo anterior a fin de poder restablecer la paz y el sentido de unidad desgastado, creando así este nuevo constitucionalismo aprovechando en todo lo que se puede la reivindicación de los sectores más desaventajados para así poder construir un nuevo Estado.

Es entonces que la Constitución no sólo se vuelve en ese ordenamiento super-estructural, que reconoce derechos, salvaguarda garantías y fija principios, sino que se vuelve en una especie símbolo sagrado que la hace además volverse en un icono de la representación de unidad; Larissa Adler estudiaría, en relación a la creación de los simbolismos en la política mexicana, que la Constitución del 17 se vuelve parte de la tradición sostenida por una descripción cosmogónica la cual apoya a explicar la Unidad nacional a partir de la mexicanidad o del mito del origen del pueblo mexicano,²⁹ dotándola prácticamente de virtudes insoslayables para los políticos del país.

El carácter simbólico que conlleva la Constitución es entonces utilizado como diría Abner Cohen para el mantenimiento del orden político,³⁰ esta situación representa el por qué a pesar de sus más de seiscientos adecuaciones, no se ha ponderado finalmente la expedición de una nueva Constitución, por el contrario se sigue sosteniendo como un icono, se le sigue dotando de legitimidad, para que ésta, al final sirva como vínculo de estabilidad para la población, esto a partir de la adhesión a la realidad, es decir adecuando, modificando o mutando a nuestro marco constitucional con la realidad imperante,³¹ así esta situación hace que nuestra carta magna

²⁹ Larissa Adler-Lomnitz: *Simbolismo y Ritual en la Política Mexicana*, Chile, VI Congreso Chileno de Antropología. Colegio de Antropólogos de Chile A. G., Valdivia, 2007, p. 27.

³⁰ Cohen, A., "Antropología política- el análisis del simbolismo en las relaciones de poder" en Llobera J.R. (comp.) *Antropología política*, Barcelona, Ed. Anagrama, 1979, p. 61.

³¹ Carpizo, Jorge: "La reforma constitucional en México- Procedimiento y realidad," México, *Boletín mexicano de derecho comparado*, 2011, p. 546.

siga siendo un referente de estabilidad social y política para el imaginario popular.

El sentido de estabilidad que al final representa la Constitución en su carácter de símbolo sienta sus bases en gran medida a su conformación, es decir a partir de los grandes temas que ésta regula y que persigue como una aspiración para la sociedad, lo cual nos hace ver que a la fecha a pesar de que la misma ha sido reformada en cantidad de ocasiones, existen diversos tratadista que sostienen que es deseable su permanencia pero con las adecuaciones necesarias, esto en un afán de conservar los grandes avances que se tienen en materia social y que al final se han vuelto en la parte más característica de nuestro derecho;³² ya que si bien es cierto pudiéramos establecer que los derechos sociales son de una complicada realización, el hecho de su existencia en el marco constitucional abre una gran puerta que al final ha ido evolucionando de manera histórico doctrinal para que se convierta en un túnel de acceso a los derechos humanos de segunda generación, es decir a los derechos sociales y culturales.

Dicha mutación de nuestra norma constitucional, si bien representa un sentido de dinamismo para la actualización de la ley fundamental, también lo es que no se debe de abusar de este recurso, ya que corremos el riesgo de que la Constitución pierda ese sentido de significación y representación pero además de institución angular en el cual se construye el gran edificio denominado Estado de Derecho; al considerarse por el ciudadano como un instrumento más que jurídico, político; situación que nos lleva a un ejercicio peligroso que implica ir restándole significado al marco constitucional en *pro* de las modificaciones que el partido o el presidente en turno quiera dictar para la ejecución de la política que quiera desarrollar en su mandato; así difícil es encontrar el punto medio en cuanto a la necesidad de modificación y actualización de nuestro marco fundamental, ya que si bien es cierto en tanto no haya la emisión de uno nuevo, es necesario que en seguimiento al carácter evolutivo del derecho éste se vaya adecuando a la realidad imperante, es decir como diría Ávila Linzán es necesario que

...el derecho deja de ser un simple instrumento normativo, y se convierte, además, en un conjunto de mecanismos para la formulación de directrices políticas para el acceso a la justicia, la independencia judicial, interna y externa, y la integralidad de la justicia, como los

³² Carpizo, Jorge: “¿Se necesita una nueva Constitución en México? Algunas reflexiones y seis propuestas,” México, *Cuestiones constitucionales*, 2011, p. 150-162.

*grandes ejes de la reforma judicial, y un instrumento de lucha social y política...*³³

Es entonces que debemos de buscar el justo medio en cuanto a la modificación, sin que hablemos de que este fenómeno es un hecho aislado de nuestro país, pero que en este caso como atinadamente sostuvo Jorge Carpizo debemos de ser cuidadosos en las modificaciones o en la implementación constitucional a fin de no dar un paso para atrás y violentemos el reconocimiento de los derechos de los obreros que al final han perfilado nuestro derecho y lo han hecho ser un referente por lo menos en cuanto a la creación del constitucionalismo social.

Pero volviendo nuestros derroteros hacia la actualidad del artículo 123, podemos abonar que éste es quizá uno de los artículos más icónicos de nuestra realidad jurídica nacional, ya que al final es el que perfila no sólo los derechos sociales, sino el trabajo y lo que éste implica, ya que debemos de estar conscientes que el trabajo dentro de las relaciones sociales no sólo se significa un sentido material de producción sino a su vez una serie de situaciones que incluso conllevan a la superación individual del ciudadano o el desarrollo de lazos solidarios en pos de un objetivo común como población, en ese sentido opinaría José Antonio Noguera al establecer que el Trabajo es *...lejos de reducirse a una lógica puramente instrumental o sistémica, puede ser una vía entre otras para la generación de solidaridad social y para el logro de la autorrealización de los individuos...*³⁴ por tanto nuestro artículo 123 en la Constitución, implica uno de los derechos más complejos, más amplios dentro del derecho que ve el desarrollo individual, así como en el colectivo, pero además de salvaguardar la subsistencia, el desarrollo de la población y la productividad nacional.

La Trascendencia entonces del artículo 123 en nuestra conformación como Estado-Nación, nos lleva a identificar una serie de interacciones que los ciudadanos tienen en el desarrollo y participación social y que a la postre son salvaguardados a partir de principios, derechos y garantías, tal artículo nos lleva a pensar en actos administrativos, a interferencia del Estado hacia los particulares, al desarrollo social e individual de la población, a implementación de normas protectoras, al trato jurídicamente diferenciado; nos lleva a entender que la constitucionalización de estos derechos en la

³³ Ávila Linzan, Luis F: *Política, Justicia y Constitución*, Ecuador, Centro de Estudios y difusión del Derecho Constitucional, 2012, p. 49.

³⁴ Noguera, J. A.: "El concepto de trabajo y la teoría social crítica," Barcelona, *Revista de sociología* número 68, 2002, p. 163.

norma constitucional creo uno de los artículos más innovadores, revolucionarios y paradigmáticos en el mundo del derecho.

Así podemos establecer que el artículo 123 de nuestra Constitución fija bases importantes en relación al derecho social y las que vemos insertas dentro del texto constitucional y que se identifican con tres tipos de caracteres, los de carácter dogmático, los de carácter procedimental y los de carácter colectivo; principios que al final definen y caracterizan al derecho del Trabajo en nuestro país y que tratan de solventar las diferentes necesidades que se tienen hacia este sector históricamente vituperado.

Así tenemos que dentro de los reconocimientos establecidos a nivel dogmático, destaca la identificación y delimitación de conceptos, tales como el hecho de que no todas las veces es lo mismo el empleo que el trabajo, que éstos realmente representan derechos distintos; que cualquier trabajador en virtud de esta situación tiene la posibilidad de contar con una remuneración que sea justa, completa e irrenunciable; que la normativa que se emita para salvaguardar el derecho obrero busca el equilibrio de los factores de producción pero además libera al derecho del trabajo de las tendencias civilistas y del mundo del comercio, al no considerar el trabajo como una mercancía o un objeto de renta o compra; que el Estado debe de salvaguardar en vía de garantía la posibilidad del trabajo a cualquier persona en el país; así como que cualquier empleo o trabajo debe ser digno y socialmente útil; así esta parte dogmática como se puede apreciar lleva al reconocimiento de un sector socialmente desaventajado, el cual al final del día se trata de salvaguardar en búsqueda de esa necesidad de crear un estado que equilibre las injusticias que se dan ante el que tiene mucho y el que tiene poco; en palabras de Rafael Tena Suck y Hugo Italo Morales el derecho del trabajo busca:

*...contrarrestar la ciega injusticia de la naturaleza y de las actividades económicas, por medio de un sistema bien estructurado de bienestar colectivo integral, basado en la justicia social, niveladora de desiguales que persigue remediar los grandes males y diferencias de las clases económicamente débiles...*³⁵

Por su parte dicho artículo como decíamos anteriormente no sólo establece cuestiones eminentemente dogmáticas sino que a su vez establece principios procedimentales que buscan verse representados en la impartición de la justicia laboral, una justicia que fue pensada en el respeto de

³⁵ Tena Suck, R. e Italo H: *Derecho Social Mexicano*, México, Ed. Porrúa, 1987, p. 1.

bienes colectivos y que sirviesen de factor estabilizador para nuestra incipiente nación en 1917, así tenemos que la creación de esa colectividad parafraseando a Bodenheimer busca *...un abandono del individualismo puro a favor del derecho concentrado en una colectividad, que puede ser manejado por el Estado o bien por Instituciones...*³⁶ por tanto constitucionalmente se crea una justicia con tintes diferentes que al final implica la participación de los tres factores que juegan en las relaciones de trabajo es decir en los patrones, trabajadores y el Estado, creando así tribunales de corte jurisdiccional en los cuales la principal característica es la de buscar el equilibrio entre los factores participantes en búsqueda de un estado de equidad, en donde el resultado que se diera a las contiendas en ellos establecidos fuera básicamente realizado mediante una mística diferente a la que se lleva en otras áreas del derecho común.

Dentro de tales principios procesales podemos destacar entonces los siguientes: el sentido de que la interpretación de las normas del trabajo siempre prevalecerá la interpretación más favorable al trabajador; de que toda relación personal será considerada como laboral salvo prueba en contrario, es decir se presume la relación de trabajo, sus derechos y obligaciones correlativas; las cargas probatorias son mayoritariamente patronales y por excepción para el trabajador; el principio que siempre se debe atender a lo pactado en el contrato, salvo que se interprete de ilegal la práctica o la cláusula; así como la irrenunciabilidad de los derechos laborales.

Dentro de nuestro artículo 123 además vemos reconocidos otro tipo de derechos que al final persiguen la coalición de los trabajadores para el respeto de sus derechos, en ese otro velo protector de aquellos derechos dogmáticos reconocidos mediante lo que la normativa constitucional y que la doctrina ha reconocido como las relaciones colectivas del trabajo, en ese sentido Mario de la Cueva identificaría que este tipo de derechos *...reglamenta la formación y funciones de las asociaciones profesionales de trabajadores y patronos, sus relaciones, su posición frente al Estado y los conflictos colectivos del trabajo...*³⁷ como se puede apreciar este tipo de derechos bajo la tendencia del reconocimiento de diversos principios implican la posibilidad de los ciudadanos de reunirse, asociarse y sindicarse, pero además de la creación de contratos que por su característica de colectivos lleguen a afectar esos mínimos establecidos para las relaciones individuales, pero además regula la posibilidad que se lleve a una suspensión del

³⁶ Bodenheimer, E.: *Teoría del Derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1942, p. 116-117.

³⁷ Cueva, Mario, de la: *Derecho Mexicano del Trabajo*, México, Ed. Porrúa, 1967, p. 226.

trabajo como forma de presión por parte de los trabajadores en respeto de sus derechos y como forma de presión para los dueños del capital.

Tales ejes son los que perfilan el artículo 123 constitucional, mismos que dan a nuestra carta magna el carácter de una Constitución Social, al buscar establecer las circunstancias para un óptimo desarrollo nacional, pero aquí es en donde la crítica se vuelve quizá más agresiva, porque debemos de analizar si realmente estos derechos reconocidos constitucionalmente han apoyado a un cambio y a un debido respeto de los derechos entre clases antagónicas, para ver si dentro de tal medición nos lleva a ver que nuestra realidad actual nos hace pensar más en un derecho falto de efectividad a un verdadero cambio tendiente a la protección de un sector socialmente desaventajado.

III. Las contradicciones en la realidad del Derecho del trabajo en nuestro país

Dicho análisis sin ser exhaustivo es susceptible de realizarse a partir de los mismos ejes que hemos identificado de manera previa y del cual podemos decir que si bien es cierto hay un avance, en definitiva no se ha cumplido a detalle con el objetivo planteado por el constituyente del 17, por el contrario aún queda un largo camino por andar, ya que la realidad actual es que lejos de que con la constitucionalización de estos derechos haya blindado la lucha de clases, nuestra realidad es que no se ha propiciado la productividad, el empleo digno y la subsistencia adecuada de la clase trabajadora, por el contrario contamos en la actualidad con un fenómeno que podemos hablar de él como de la precarización del trabajo, es decir que si bien se han creado fuentes de empleo éstas cada vez son más exiguas en cuanto al cumplimiento de los derechos obreros; así en cuanto a la justicia laboral, nuestra realidad actual es que si bien es cierto doctrinalmente se cuentan con procedimientos dotados de diferencias substanciales en cuanto a su resolución, los números demuestran que estamos lejos a tener un acceso real a la justicia, ya que sea porque el rezago de las juntas de conciliación y arbitraje o bien por la tardanza en la resolución de los juicios, dando como resultado que los trabajadores se ven en la necesidad de negociar derechos que tienen reconocidos y ganados por el marco constitucional, en una evidente contradicción en el sentido del apoyo a una clase socialmente desaventajada, y por último la cuestión de las relaciones colectivas del trabajo en las cuales lejos de volverse en una forma de respeto para los derechos de clase, en este sistema colectivo ha permeado la corrupción y el lideraz-

go mal entendido de los representantes de los trabajadores, situación que ha sido demostrada a partir de los diversos abusos del poder en los que han caído algunos líderes sindicales.

En este sentido pudiéramos abonar que conforme a un estudio realizado por parte de Guadarrama Olivera, Hualde Alfaro y López Estrada,³⁸ éstos sugieren que para medir si efectivamente el trabajo se encuentra cayendo en la precarización se debe de observar lo siguiente:

La precariedad como un fenómeno multidimensional, complejo y difícil de medir, que se manifiesta de manera particular según los mercados de trabajo y las regulaciones existentes en cada país o región...

La precariedad es un proceso evolutivo que tiende a perpetuarse por factores económicos, pero también depende de las políticas públicas, los marcos regulatorios y la acción de los agentes sociales...

La precariedad se manifiesta de forma preponderante en los llamados 'nuevos pobres': las mujeres, los jóvenes y los emigrantes...

Así en un estudio realizado por parte de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE)³⁹ presentado en 2016, se identifica que la situación del empleo en el país y se desprende que podemos ver indicios muy claros de los síntomas que definen a la precarización laboral, ya que lejos de aumentar la tasa de empleo ésta, al 2015 había bajado en un 3% de la que se tenía al 2007, que el desempleo llegaba al 4.2%, pero además que los salarios lejos de recuperarse en el periodo del 2007 al 2015 han bajado en un punto porcentual, junto con la situación de que la juventud es un sector que ha sido afectado fuertemente, ya que el 8% de los jóvenes entre 15 y 24 años siguen sin empleo, y el 22% de los jóvenes entre 15 a 29 años, ni trabajan, ni estudian, ni están en capacitación; a esta situación se agrega que México tiene la tasa más baja dentro de los miembros de la OCDE en cuanto a empleo femenino y que las mexicanas trabajadoras ganan 12% menos que los hombres, así como que sólo ocupan el 36% de los puestos gerenciales o de ejecutivos.

³⁸ Guadarrama Olivera, R.: Hualde Alfaro, A., & López Estrada, S.: *Precariedad laboral y heterogeneidad ocupacional- una propuesta teórico-metodológica*, México, Revista mexicana de sociología número 74, 2012, p.p. 213-243

³⁹ OCDE: *Perspectivas para el Empleo de la OCDE 2016* nota de medios, 2016, Visto: 9- II - 2017, en: <https://www.oecd.org/centrodemexico/medios/discurso-gabriela-ramos-pa-norama-del-empleo-2016.htm>

Por otro lado el Instituto para el Desarrollo Industrial y el Crecimiento Económico por sus siglas IDIC, ha logrado identificar que en el periodo del 2014 al 2015 "...se perdieron más de un millón de puestos de trabajo que pagaban más de 3 salarios mínimos, los cuales fueron sustituidos por empleos de entre 1 y 3 salarios mínimos..."⁴⁰

Cómo se puede observar una de las grandes realidades en el país es que si bien es cierto contamos con un reconocimiento preciso en el marco constitucional que debiera en su momento impulsar la productividad y una mejora en cuanto a la realidad de los obreros del país, esto no se está cumpliendo por el contrario desde hace casi una década estamos ante la disminución del empleo, las percepciones y las oportunidades para los jóvenes del país, cayendo peligrosamente ante la precarización del trabajo, lo que nos hace pensar si no estaremos ante la gran oportunidad de buscar una nueva implementación del derecho del trabajo que nos ayude a mejorar las condiciones de los trabajadores, pero además de los empresarios, que nos lleve a catalizar de manera real el impulso a la productividad y al desarrollo económico del país, y con esto los consecuentes beneficios que en cascada se puedan dar para la población en general.

La realidad imperante en nuestro país en cuanto al mundo del trabajo, es que si bien es cierto contamos con diversos derechos que se tienen reconocidos por parte de la Constitución, entre ellos el funcionamiento de un sistema de justicia laboral que propugna por la representación de los diversos actores de la relación del trabajo y que lleva implícita la persecución de la justicia social, ésta se ha vuelto ineficiente, tardada y se ha llenado de pequeños vicios que no representan de una manera digna pero sobre todo eficaz ni a los trabajadores, ni a los patrones, ni a la población en general, volviéndose en un sistema obsoleto y arcaico, ya que lejos de solventar la conciliación y la resolución de los problemas que se dan a partir de las relaciones del trabajo, se han vuelto en una pesada carga para el proletariado y la clase empresarial, puesto que lejos de otorgar certezas y así procurar la inversión, se encuentra violentando la seguridad jurídica que al final es un elemento esencial que debe de salvaguardar el derecho y que sirve de impulso para que los empresarios confíen de nueva cuenta e inviertan en el desarrollo del país.

Así datos otorgados por la propia Secretaria del Trabajo, en su "Informe

⁴⁰ Miranda, Juan Carlos: "Continúa la precarización laboral en México desde hace 30 décadas," México, Periódico *La Jornada* edición electrónica de 22-II-2015, p. 23. 2016, Visto: 9- II - 2017, en: <http://www.jornada.unam.mx/2015/02/22/economia/023n2eco>

de labores del 2015”⁴¹ nos hacen ver que la gran mayoría de los conflictos que llegan a “judicializarse” en las juntas no tienen una solución pronta y expedita, violentando el derecho del acceso a la justicia, pero además los principios que se deben de salvaguardar para que el gobernado vuelva a tener confianza en sus instituciones y por tanto procure mediante un sentimiento de cohesión el bienestar general y el crecimiento el país.

Así los números de la justicia laboral son reveladores ya que a octubre de 2015, los conflictos individuales en las Juntas Federales de Conciliación y Arbitraje fueron 425,503 Totales (cualquier procedimiento; incluidos paraprocesales, voluntarios, etc.), de los cuales más del 89% no se ha podido llevar a la ejecución o terminación, así los conflictos individuales que se recibieron en las Juntas Federales de Conciliación y Arbitraje a nivel nacional en el 2015 sumaron 67,028, de los cuales más 75% se encontraban radicados en las entidades federativas, estas cifras nos hacen ver que la realidad de las cosas es que contamos con órganos jurisdiccionales que se encuentran rebasados y que por dicho de la propia Secretaria del Trabajo a nivel Federal sería necesario aumentar la productividad de los mismos por lo menos en un 300% para fin de poder cumplir con la garantía y derecho humano de una justicia pronta y expedita.

Los problemas del trabajo en el país no sólo se ven limitados a la dignificación del trabajo o la decisión de los conflictos laborales ante las autoridades jurisdiccionales, sino a su vez cuenta con otros problemas, como el que en la actualidad se encuentra subsumido el derecho colectivo del trabajo, ya que si bien es cierto éste nacería como un impulso para la población trabajadora, la realidad es que en este rubro es en donde más se identifica la corrupción del sistema y su utilización de carácter clientelar, lo que nos hace pensar que esta desvirtuación de objetivos se vuelven en una contradicción de la norma constitucional.

En un análisis realizado por Alberto Olvera⁴², develaría que en nuestro país los sindicatos lejos de perseguir el beneficio de los trabajadores, ha sido explotado como un elemento político de manejo de masas, el cual en su momento sirvió para frenar las propuestas presidenciales en épocas de Calderón y que actualmente sirven de impulso para el Partido Revolu-

⁴¹ STPS: *Informe de labores 2015*, 2015, 2016, Visto: 9- II - 2017, en: http://www.stps.gob.mx/bp/secciones/junta_federal/secciones/documentos/Informe_de_Labores_2015.pdf

⁴² Olvera, A.: *La crisis política, los movimientos sociales y el futuro de la democracia en México*, México, Revista mexicana de ciencias políticas y sociales número 61, 2016, pp. 279-295.

cionario Institucional a partir de su regreso a la presidencia en el 2011, a parecidas conclusiones llegaría Jorge Cadena⁴³ ya que éste considera que existen dentro de los movimientos sociales mexicanos, diversos sindicatos plenamente identificados con el priísmo y que al final sirven como base de la superestructura corporativista para el apoyo de la implementación de políticas públicas, lo que nos hace pensar que la realidad es que el Sindicalismo en nuestro país a pesar de que en su momento fue base incluso para el movimiento revolucionario y por consecuencia la emisión de ese nuevo constitucionalismo social, en la actualidad está desvirtuado, ya que la cercanía de los sindicatos con los cotos del poder prácticamente ha dejado abiertas las puertas a la corrupción y al manejo indiscriminado del poder de la fuerza obrera del país para fines no del todo claros y en beneficio de quienes debieran de guiar al proletariado mexicano.

Esta cercanía de los sindicatos y sus líderes hacia las fuerzas políticas del país, ha dado como resultado que el poder que ejercen en ocasiones parezca omnímodo, y que tal situación les da la posibilidad de que se manejen con poca transparencia y que más que servir como un medio de salvaguarda de los derechos obreros, éstos se conviertan en una forma de extorsión a aquellos sectores que se encuentran en contra de los intereses en turno, lo que nos ha llevado al enriquecimiento inexplicable de los líderes en una clara contradicción de las ínfimas condiciones en las que sobreviven sus agremiados y por tanto lejos de buscar cumplir los fines de la Constitución, pareciera que están en su contra.

A manera de conclusión

El constitucionalismo social en nuestro país es una consecuencia de la positivación que de los conflictos sociales se dieron a partir de los abusos en que incurrió un gobierno liberalista al extremo que lejos de buscar atemperar la situación con los obreros y campesinos se decantó por aquellos que contaban con el poder económico; tal situación hizo que la constitución del 17 buscara ser una forma para llegar a la cohesión y convertirse en un instrumento de pacificación en nuestro país después del movimiento revolucionario.

El reconocimiento del derecho del trabajo y de la seguridad social, en el marco constitucional se vuelve no solamente en un factor de cohesión y pacificador social, sino que también se vuelve en la forma de matizar un

⁴³ Cadena-Roa, J.: *Las organizaciones de los movimientos sociales y los movimientos sociales en México*, México, Fundación Friedrich Ebert, 2016, pp. 20-21

sistema político liberal que trata de crear una expectativa de país que persigue el bienestar social.

La emisión del artículo 123 y el derecho del trabajo en nuestra Constitución, buscó en su momento establecer un derecho diferente en el cual se creara un sector social desaventajado que fuera protegido por la norma suprema, condicionando el sistema jurídico nacional y las instituciones que en él se crearan, situación que a la fecha es todavía un compromiso pendiente por cumplir, ya que si bien se ha avanzado la realidad es que estamos lejanos de satisfacer las necesidades por las cuales surge esta nueva forma de constitucionalismo.

Sin duda queda mucho camino por andar, pero la realidad es que esta forma de constitucionalismo imperante en nuestro país, nos deja abierta la puerta a la posibilidad de que en algún momento el cambio social se dé y que realmente contemos con gobernantes que mirando la realidad social, traten de aplicar a detalle la norma para tratar de no repetir las mismas causas que en su momento fueron los detonantes de una guerra civil entre hermanos, pero que además busquen se cumpla con el objetivo por el cual se emitieran artículos con tintes sociales y que buscan como fin alcanzar la justicia social.

Fuentes

- Anderson, R. D.: “Díaz y la crisis laboral de 1906” en *Historia mexicana*, México, Colegio de México, 1970.
- Avila Linzan, Luis F.: *Política, Justicia y Constitución*, Ecuador, Centro de Estudios y difusión del Derecho Constitucional.
- Bodenheimer, E.: *Teoría del Derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1942.
- Buen, Néstor de: “El nacimiento del derecho del trabajo” en Buen, Néstor de y Morgado Valenzuela, E. (Coord) *Instituciones de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. UNAM, México, 1997.
- Burgoa O. Ignacio: *Las Garantías Individuales*, México, Ed. Porrúa, 1997.
- Cadena-Roa, J.: *Las organizaciones de los movimientos sociales y los movimientos sociales en México*, México, Fundación Friedrich Ebert, 2016.
- Carpizo, Jorge: “¿Se necesita una nueva Constitución en México? Algunas reflexiones y seis propuestas,” México, *Cuestiones constitucionales*, 2011, p. 150-162
- “El estado de los derechos de la justicia social,” en *Revista Latinoa-*

- americana de Derecho Social*, México, 2012.
- “La reforma constitucional en México- Procedimiento y realidad,” México, *Boletín mexicano de derecho comparado*, 2011.
- Cohen, A., “Antropología política- el análisis del simbolismo en las relaciones de poder” en Llobera J.R. (comp.) *Antropología política*, Barcelona, Ed. Anagrama, 1979.
- Córdova, A.: *México, revolución burguesa y políticas de masas (Vol. 31)*, México, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, Centro de Estudios Latinoamericanos, 1977.
- Cruz Vásquez, M., & Salas Alfaro, R: *Origen socio histórico y permanencia del artículo 123 en la Constitución Política Mexicana bajo el enfoque de la Teoría del Origen Legal*, Colombia, Contexto, 2011.
- Cueva, Mario, de la: *Derecho Mexicano del Trabajo*, México, Ed. Porrúa, 1967.
- Ferreira Santos, G. : “La constitucionalización de los derechos sociales- puentes entre Brasil y México,” *Revista IUS*, México, 2016.
- Flores Magón, R. (Netzahualpilli seudónimo): “¡Cananea! 1º de junio de 1906”, Los Ángeles, California, EUA, en *Libertad y Trabajo*, núm. 3, 30 de mayo de 1908.
- García Díaz, Bernardo: *Apuntes sobre la huelga de Río Blanco*, México, Anuario II, no. 9, 1979.
- García Villegas, M.: “Constitucionalismo aspiracional,” en *Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, Sevilla, 2013.
- González Navarro, Moisés, “Las huelgas textiles en el Porfiriato” en *Historia Mexicana*, México, Colegio de México, 1956.
- *Vallarta en la reforma (Vol. 76)*, México, UNAM, 1994.
- Guadarrama Olivera, R., Hualde Alfaro, A., & López Estrada, S.: *Precariedad laboral y heterogeneidad ocupacional- una propuesta teórico-metodológica*, México, *Revista mexicana de sociología* número 74, 2012.
- Herrera, C. M.: “Estado, constitución y derechos sociales,” Colombia, en *Revista Derecho del Estado*, 2003.
- Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM: “Comentario artículo 123”, *Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos Comentada y concordada*, México, Ed. Porrúa, 2004.
- Kurczyn, Patricia, “Apuntes sobre los derechos humanos en el ámbito laboral” en Kurczyn, Patricia (coord.) *Derechos humanos en el trabajo y la seguridad social. Liberamicorum- en homenaje al Doctor Jorge Carpizo*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2014.
- Larissa Adler-Lomnitz: *Simbolismo y Ritual en la Política Mexicana*, Chile, VI Congreso Chileno de Antropología. Colegio de Antropólogos de Chile A. G, Valdivia, 2007.
- Lastra Lastra, José Manuel: *Derecho Sindical*, México, Ed. Porrúa, 1991, p. 98

- León, C. A. P. de, & Elizondo, C. P.: *El Impacto Económico Fundamental de la Constitución Mexicana de 1917*, México.
- Maraniello, P., & Parisi, N. S.: “El constitucionalismo social en la Constitución mexicana y su vasta influencia en el derecho argentino,” México, *Revista IUS*, 2016.
- Marban L. Ignacio: “¿Cómo votaron los diputados constituyentes de 1916-1917?,” en *México, Política y gobierno* número 14(2), 2007, pp. 319 y 320
- Marban L. Ignacio: *Los constituyentes abogados en el Congreso de 1916-1917*, México, Centro de investigación y docencia económicas A.C., 2012.
- Marquardt, B.: *La cuarta fase del constitucionalismo iberoamericano- el ascenso del constitucionalismo social (1917-1949)*, México, Pensamiento Jurídico, 2010.
- Miranda, Juan Carlos: “Continúa la precarización laboral en México desde hace 30 décadas,” México, Periódico *La Jornada* edición electrónica de Domingo 22 de Febrero del 2015, 2015, p. 23. 2016, Visto: 9- II - 2017, en: <http://www.jornada.unam.mx/2015/02/22/economia/023n2eco>
- Noguera, J. A.: “El concepto de trabajo y la teoría social crítica,” Barcelona, *Revista de sociología* número 68, 2002.
- OCDE: *Perspectivas para el Empleo de la OCDE 2016* nota de medios, 2016, Visto: 9-II-2017, en: <https://www.oecd.org/centrodemexico/medios/discurso-gabriela-ramos-panorama-del-empleo-2016.htm>
- Olvera, A.: *La crisis política, los movimientos sociales y el futuro de la democracia en México*, México, Revista mexicana de ciencias políticas y sociales número 61, 2016.
- Palacios, O. A. G.: “La Constitución mexicana de 1917 y su influencia en la Constitución Política de Nicaragua de 1939,” México, *Revista IUS*, 2017.
- Pisarello, G.: “El constitucionalismo social ante la crisis: entre la agonía y la refundación republicano democrática,” en *Revista Derecho del Estado*, Colombia, 2012.
- Romero Gudiño, A. Y.: “Inspección federal del trabajo en México,” México, *Revista latinoamericana de derecho social*, 2008.
- Silva, M. O.: “Los derechos sociales en Perú. La influencia de la Constitución mexicana de 1917,” México, *Revista IUS*, 2017.
- Smith, P. H.: “La política dentro de la Revolución: El Congreso Constituyente de 1916-1917,” México, *Historia mexicana*, 1973, p. 373.
- STPS: *Informe de labores 2015*, 2015, 2016, Visto: 9- II -2017, en: http://www.stps.gob.mx/bp/secciones/junta_federal/secciones/documentos/Informe_de_Labores_2015.pdf
- Tena Suck, R. e Italo H: *Derecho Social Mexicano*, México, Ed. Porrúa, 1987.
- Wallerstein, I.: *Historia y dilemas de los movimientos antisistémicos*, México, Ed. Contrahistorias, 2008.

La presunción de inocencia, marco comparativo de México con las resoluciones de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos

Texto supervisado, aprobado y avalado para su publicación por su Director de tesis: Dr. Arturo Villarreal Palos¹.

Javier Alberto García González²

SUMARIO: Introducción. I. Antecedentes históricos del principio de presunción de inocencia. II. La Presunción de Inocencia en México: Leyes y Tratados. III. Panorama Internacional de la Presunción de Inocencia. IV. Corte Interamericana de Derechos Humanos. V. El Carácter Poliédrico de la Presunción de Inocencia. Conclusiones. Fuentes.

Introducción

Desde el año 2008, se realizaron importantes modificaciones a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, con el fin de establecer las características principales para un nuevo modelo de proceso penal y para consolidar determinados derechos a favor de las víctimas u ofendidos, así como de los imputados.

El modelo anterior (tradicional o mixto con enfoque inquisitivo), fue criticado desde distintas vertientes, resaltando las debilidades institucionales de la procuración e impartición de justicia; no obstante, durante su vigencia, hubo reconocimiento a determinados derechos relacionados con el proceso, los cuales se encontraban contenidos dentro de la norma suprema, ya fuera de manera expresa o implícita (a partir de un análisis integral de varios artículos).

Uno de estos aspectos, es el principio de presunción de inocencia, que no apareció de manera expresa sino hasta la reforma constitucional en 2008, aunque con anterioridad a la jurisprudencia de la Suprema Corte

¹ Doctor en Derecho.

² Maestro en Derecho. Notas: Línea de investigación Derecho Penal. El presente artículo es parte de la investigación para mi futura tesis doctoral.

de la Justicia de la Nación se había señalado que este principio se contenía de manera implícita. En ese tenor, el concepto actual contempla diversos alcances en el ámbito legal, que reflejan desde su justificación las luchas sociales, así como los cambios jurídicos y políticos, que lograron que sea reconocido como un estado natural del hombre.

Desde luego, que su inclusión no es un mero acto de expresión normativa, sino que refleja al Estado de Derecho democrático, moderno y garantista; ello a partir de una representación social (o el particular al ejercitar la acción penal) que siempre tenga la carga de la prueba ante toda acusación en contra de un individuo que forme parte de la sociedad.

Es así que, este principio reviste un pilar esencial para el funcionamiento del sistema de procuración e impartición de justicia en materia penal; puesto que, para entender el cumplimiento de sus objetivos, no es necesario siempre el que se encuentre un responsable, sino también que ese responsable sea jurídica, fáctica y probatoriamente quien deba revestir dicho carácter.

I. Antecedentes históricos

La evolución normativa ha transitado de establecer costumbres sociales, con rasgos propios, según el bien jurídico a proteger, fijando prohibiciones basadas en ideologías mágicas o religiosas aparejado de castigos y venganzas privadas; hacia la positivización de los postulados, basados en el raciocinio y el reconocimiento a distintos derechos. Primeramente, con la Ley del Tali3n se comienzan a controlar los castigos³ y se norma su proporcionalidad; reflejando este avance en el Código de Hammurabi en Babilonia, la Ley de las XII tablas en Roma y la Ley Mosaica de Israel.

Esto resulta ser la síntesis permanente de la evolución normativa hacia el Estado garantista, a partir de los postulados de juristas, sociólogos, antropólogos y filósofos. En el año 200 A.C. Ulpiano realiza las primeras pincelas de este principio, señalando que *es preferible dejar impune el delito de un culpable que condenar un inocente*.⁴ No obstante, tal y como lo señala Martínez Cisneros, ese es el primer y único paso, ante el bloqueo de las

³ Se habla de “castigos” y no de “penas”; castigo es el que aplica el particular y la pena es la que impone el Estado.

⁴ Romero Arias, Esteban, *La Presunción de Inocencia*, Pamplona, Editorial Aranzadi, 1985, p. 18.

tendencias inquisitivas posteriores y ante el surgimiento de la “presunción de culpabilidad”.⁵ Este estancamiento axiológico, no ve si fin, sino hasta que en Francia se dicta una ordenanza que postulaba que: *Todos se presumen buenos mientras no se pruebe que son malos*.⁶

Años más tarde, continuaría su evolución, con las ideas del Italiano Beccaria, quien señalaba: *...no se debe atormentar a un inocente, porque tal es, según las leyes, un hombre cuyos delitos no están probados*.⁷ Asimismo, dentro de su postura consideraba que la inocencia era un principio básico del proceso penal, que se oponía a la prisión preventiva, constituida como una pena anticipada, por lo cual sólo debía aplicarse cuando hubiese suficientes pruebas; de igual manera, consideraba necesario el que una vez que un hombre fuese absuelto no hubiese registros o antecedentes que permitieran que se le siguiera señalando por la conducta delictiva.

Ya en la época de la Revolución Francesa, se promulga la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, estableciendo en su artículo 9: “Todo hombre se presume inocente hasta que haya sido declarado culpable”.

Finalmente, existe otra gran aportación con Francesco Carrara, quien identificaba el principio, al señalar que este principio protegía a un hombre determinado por su estado de inocencia, y esa proclamación continuaba hasta que no se probara su culpabilidad, respetando ese principio bajo sus “modos y formas”.⁸

No obstante ello, también se desarrollaron aportaciones en contrario ejemplo de lo anterior es lo que indica Rafael Garofalo, quien sustentaba que en la tramitación del juicio debía prevalecer la teoría de la presunción de culpabilidad, y como consecuencia de ello estaba a favor de la prisión

⁵ Martínez Cisneros, German, “La presunción de inocencia. De la Declaración Universal de los Derechos Humanos al Sistema Mexicano de Justicia Penal” en *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*. Pág. 232.

⁶ Hernández Pliego, Julio Antonio, “No existe la presunción de inocencia,” en *Revista del Instituto Federal de Defensoría Pública*, núm. 4, diciembre de 2007, p. 86.

⁷ Beccaria, Cesare, *Tratados de los Delitos y de las Penas*, Madrid, de la imprenta de Alban, 1822, p. 61.

⁸ Francesco, *Il diritto penal e la procedura penale*, en *Opuscoli V*, p. 17 en Vélez Mariconde, Alfredo, op. cit., Tomo II, p. 32.

preventiva para los delitos graves.⁹ Otro que opinaba lo mismo que Garofalo es Vincenzo Manzini, quien negaba la existencia de la presunción de inocencia como un estado natural del ser humano pues señalaba que era una cuestión de insensatez, dado que la experiencia ha demostrado que la mayor parte de los imputados resultan ser culpables y que el orden natural de las cosas hace presumible la procedencia de la imputación.¹⁰ Ciertamente es una connotación contraria la cual no compartimos.

II. La presunción de inocencia en México: leyes y tratados

La fórmula evolutiva de la presunción de inocencia, se ha venido reflejando paulatinamente dentro de nuestro ordenamiento jurídico, siguiendo un modelo acusatorio internacionalmente aceptado. De tal manera que actualmente está tildada de un carácter '*poliédrico*', en el sentido que tiene múltiples manifestaciones o vertientes relacionadas con garantías encaminadas a regular distintos aspectos del proceso penal.¹¹

Una de esas manifestaciones quedó establecida en el primer antecedente del México independiente, precisamente en la Constitución de Apatzingán de 1814 en la cual se estableció en su artículo 30 que "todo ciudadano se reputa inocente, mientras no se declare culpado". A partir de ese momento y pese a la trascendencia de tal disposición, los ordenamientos constitucionales de 1857 y 1917 en su redacción original trajeron la desgracia de su desaparición literal, que metió en problemas a diversos órganos judiciales pues la Suprema Corte de Justicia de la Nación, consideró que una interpretación armónica de los numerales 14, 16, 19, 21 y 102 (del texto anterior a la reforma del 2008), anunciaba su existencia *implícita* dentro del ordenamiento jurídico¹², tal situación dejó ciertamente una laguna en la que paso a ser un claroscuro la presunción de inocencia.

No obstante el referido vacío constitucional, en años recientes hubo modificaciones sustanciales ya que en el 2008 se reformó el artículo 20

⁹ Magalhaes Gómez Filho, Antonio, *Presunción de inocencia y prisión preventiva*, trad. de Claudia Chaimovich Guralnix, Santiago de Chile, Conosur, 1995, p.18

¹⁰ Manzini, Vizenzo, *Tratado de Derecho Procesal Penal, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1951, Volumen I*, p. 180.

¹¹ Tesis Aislada 1a. XCIV/2013 (10a.), Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XIX, t. I, abril de 2013, p. 968

¹² Tesis P. XXXV/2002, Seminario de la Suprema Corte de Justicia y su Gaceta, Novena Época, t. XVI, agosto de 2002, p. 14.

constitucional y se incluyó el principio en comento de manera expresa en el apartado B, fracción I; posteriormente, en el 2011, se reforman los artículos 1 y 133 constitucionales, incorporando a los tratados internacionales dentro del llamado “*bloque de Constitucionalidad*”¹³ ejemplo de ello es la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), que en su artículo 8, expresamente refiere que “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad.”¹⁴

En los mismos términos la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (1948), en su apartado XXVI, dispone que: “Se presume que todo acusado es inocente, hasta que se pruebe que es culpable.”¹⁵ En términos semejantes en el Artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), se dispone: “Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley” y finalmente, la Convención Americana de Derechos Humanos (1969) rescata en su numeral 8.2 que: “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad.”

¹³ Rodríguez Manzo, Graciela, *et al.*, *Bloque de Constitucionalidad en México*. Distrito Federal, Reforma DH, 2013, p. 19.

Aunque el bloque de constitucionalidad no tenga un significado preciso generalmente aceptado y se considera que tiene gran elasticidad semántica, en términos generales podemos sostener que se trata de una categoría jurídica (un concepto) del derecho constitucional comparado que se refiere al conjunto de normas que tienen jerarquía constitucional en el ordenamiento jurídico de cada país; así, el bloque de constitucionalidad parte del supuesto según el cual “las normas constitucionales no son sólo aquellas que aparecen expresamente en la Carta sino también aquellos principios y valores que no guardan directamente en el texto constitucional pero a los cuales la propia Constitución remite.

¹⁴ Es importante referir que de acuerdo al artículo 133 de nuestra constitución mexicana, esta Declaración no es obligatoria (en tanto no constituye un tratado), pero se ha recurrido a ella en resoluciones del máximo Tribunal Nacional e Interamericano.

¹⁵ Tampoco es vinculante para México, no obstante, se ha hecho referencia de éste en algunas sentencias de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, en la Suprema Corte de Justicia de la Nación y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Finalmente, en el 2014, se expide el Código Nacional de Procedimientos Penales y se recoge este principio en el artículo 13, siendo así como se reconoce en México este principio internacionalmente aceptado.¹⁶

III. Panorama internacional de la presunción de inocencia

a) La Comunidad Europea

En la comunidad Europea destacan diversos dispositivos que reconocen el multicitado principio en mención; uno de ellos es la promulgación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (*Convenio Europeo de Derechos Humanos*) creado en 1950 y el cual resalta en su artículo 6.2 que: “Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada.”¹⁷

Por otra parte el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), creado en 1949, cuya función consiste en verificar el cumplimiento de los derechos contenidos en la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH) ha resuelto algunos casos relativos a la presunción de inocencia, destacando:

Caso Allenet de Ribemont contra Francia (15175/1989), uno de los casos más relevantes resuelto por el TEDH, y señala entre sus párrafos 32 – 35 que el principio en comento, “debe ser aplicado no solo por cortes criminales, sino también por otras autoridades y es violentado si previo a una sentencia alguna autoridad realiza una opinión sobre su culpabilidad.”¹⁸

¹⁶ Tesis Aislada 2006505. (III Región) 4o.37 A (10a.), Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta, Decima Época, t. III, mayo de 2014, p. 2096.

¹⁷ “*Tratado de la unión europea*”, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, Luxemburgo, 1992, https://europa.eu/europeanunion/sites/europaeu/files/docs/body/treaty_on_european_union_es.pdf

Cfr. No obstante, lo anterior, se debe precisar que el CEDH no fue promulgado por el Parlamento Europeo, sino por el Consejo de Europa que es orgánicamente ajeno a la propia estructura de la Unión Europea, puesto que ésta se constituyó hasta 1993, a partir del Tratado de la Unión Europea (Tratado de Maastricht).

¹⁸ Este caso ha sido citado en múltiples sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, e incluso en algunas resoluciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Caso Allen contra Reino Unido (25424/2013), en el cual en su párrafo 93 se considera un menosprecio a este principio, “el hecho de que una decisión refleje la sensación de que éste es culpable cuando no hay una sentencia de por medio”; de tal forma, que en el diverso párrafo 98 abunda y precisa que el artículo 6.2 del CEDH “no solo abarca procesos penales pendientes, sino también un ámbito externo o posterior a la emisión de una sentencia, incluso absoluta”.

Finalmente el Parlamento Europeo, (Cámara Europea), en el año 2016 adoptó la Directiva (UE 2016/343) donde se refuerzan aspectos relativos a la presunción de inocencia veamos: “Los Estados deben garantizar que se presuma la inocencia de los sospechosos y acusados hasta que se pruebe su culpabilidad con arreglo a la ley”; relacionado con dicho principio dos derechos: el derecho a guardar silencio y a no autoinculparse; es de esta forma que la acepción presunción de inocencia se matizó para no autoincriminarse por confesiones obtenidas a base de tortura y generándose a su vez la obligación para los estados de modificar su norma y adecuarla a un estado garante.

b) Unión Africana

Al igual que en Europa, en el continente Africano se ha generado un marco jurídico e institucional de cooperación y trabajo comunitario para cumplir objetivos comunes apostando por la soberanía, el nacionalismo y la descolonización de los territorios; en ese sentido, se emitió la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (*Carta de Banjul*) en el año de 1981, en la cual también se rescata la Presunción de Inocencia en su artículo 7.1 inciso a), al establecer que “todo individuo goza del derecho a ser considerado inocente hasta que sea probada su culpabilidad por un tribunal competente”

c) La Corte penal Internacional

El instrumento constitutivo de la Corte Penal internacional (CPI) es el **Estatuto de Roma**, adoptado en 1998¹⁹, en la cual se contienen dispo-

¹⁹ Santos Villarreal, Gabriel Mario, “*La Corte Penal Internacional*”, Servicios de Investigación y análisis de la LXI Legislatura Cámara de Diputados (Centro de Documentación, información y análisis), México, mayo de 2010, <http://www.diputados.gob.mx/sedia/sia/spe/SPE-ISS-10-10.pdf> Cabe indicar que México se adhiere cabalmente hasta el 2005, tras el estudio y adecuación del ordenamiento interno para aceptar su jurisdicción.

siciones en las que se refleja el reconocimiento y reiteración de los derechos de las personas durante la investigación, así como los derechos del acusado y la presunción de Inocencia, destacando principalmente los artículos 55 y 66, en el que desarrolla el principio desde la perspectiva de a) estándar probatorio, b) de la carga de la prueba y c) de la convicción más allá de toda duda razonable.²⁰ Resultando novedoso que la CPI establezca las reglas de la sana crítica para que, bajo un esquema de presunción de inocencia, se juzgue a partir de las reglas de la lógica, los conocimientos científicos y las máximas de la experiencia dejando a un lado las reglas tasadas.

d) Organización de las Naciones Unidas (ONU)

La Asamblea General, mediante la resolución 43/173, en el año de 1988 emitió un conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión en el cual, en su principio 36 destacó que “la presunción de inocencia de toda persona sospechosa o acusada de un delito se reflejará en tratarla como tal mientras que no se pruebe su culpabilidad conforme a un juicio público en el que goce de todas las garantías necesarias para su defensa”.

Por su parte, el Consejo Económico y Social de la ONU, ha recogido una serie de disposiciones que engloba en un documento denominado “Reglas mínimas para el Tratamiento de los Reclusos”, adoptado a partir de las resoluciones 663C de 1957 y 2076 de 1977; mismo texto en el que señala en el apartado 84.2 que “el acusado debe gozar de una presunción de inocencia y ser tratado como tal”, y para ello destaca entre los puntos 85 y 93 la necesidad de distinguir el trato de los internados por prisión preventiva y aquellos que ya han sido sentenciados, cobrando importancia: a) la separación entre unos y otros, b) dormir en celdas individuales, c) posibilidad de alimentación externa por cuenta propia, d) utilización de propias prendas o de un uniforme distinto al de los condenados y e) que pueda ser visitado y atendido por su propio médico.

IV. Corte interamericana de derechos humanos

Los numerales del 52 al 69 de la Convención Americana sobre Derechos humanos, instauran una Corte interamericana de los Derechos

²⁰ “Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”, 17 de Julio de 1998, [http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf)

humanos encargada de la interpretación de la Convención, así como de dictar sentencias en contra de los Estados que forman parte, cuando exista alguna violación a dicha norma. En el caso mexicano, destacan dos casos por violación a diversas disposiciones contenidas en la Convención,

El primero es el caso **Radilla Pacheco** (2009), el cual incide sobre la desaparición forzada de un activista de Guerrero, con la presunta intervención de elementos militares, absorbiendo dicha investigación por el fuero militar en lugar del civil; de manera que, con la condena, se sentaron precedentes importantes, ordenando a todas las autoridades acatar las disposiciones constitucionales y convencionales. Sus efectos continuaron con el pronunciamiento de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre el tópico, destacando la obligatoriedad de la jurisprudencia que emite la Corte Interamericana y la manera de interpretar los derechos humanos contenidos en diversos ordenamientos legales con distintos alcances, considerando distintas herramientas como la interpretación conforme, la inaplicabilidad de una norma contraria a una norma fundamental, el ejercicio del control de convencionalidad y la aplicación del principio *pro persona* y la presunción de inocencia.

El segundo es el caso **Cabrera García y Montiel Flores** (2010) referente a un operativo militar realizado en una comunidad de Guerrero, en la que se retuvo ilícitamente a los quejosos, trayendo como consecuencia una condena en su contra por la supuesta portación de armas de fuego y siembra de amapola y marihuana, mediando prueba insuficiente. Respecto a este caso, la Corte condenó particularmente el hecho de que el Juez del fuero común considerara que los ciudadanos debieron haber acreditado que la confesión obtenida ilícitamente tenía tal carácter, considerando además que esa era la única prueba que se tenía para ligarlos con la comisión de dichos hechos delictivos; a partir de lo cual, se había violentado el Principio de Presunción de Inocencia.

Comparativamente la Corte no sólo al Estado Mexicano lo ha condenado por vulnerar este principio de presunción de inocencia, por ejemplo tenemos el caso **Suárez Rosero vs Ecuador** (1997), la Corte dibuja la presunción de inocencia desde la perspectiva del estándar de prueba que debe existir para condenar a una persona en relación con la prisión preventiva, debiendo aplicarse como un límite necesario la prisión “preventiva (atendiendo a la presunción de inocencia) y no como regla general;

destacando que un caso contrario a ello, necesariamente significaría anticipar una pena en contra de una persona.²¹

Adicionalmente en el caso **Ricardo Canese vs Paraguay** (2004) resolvió que este principio “es un elemento necesario para concretar el derecho a la defensa y por lo tanto permanece durante toda la tramitación del proceso (hasta la sentencia)”; destacando que el *onus probandi* (carga de la prueba) relativo al delito que se le atribuye a una persona, le corresponde al acusador.

Por su parte, el caso **Cantoral Benavides vs Perú** (2010), nuevamente se habla de un estándar de acreditación necesario señalando que, “si en contra de una persona obra prueba incompleta o insuficiente, no es procedente condenarla, sino absolverla”. Enseguida, en el caso **López Mendoza vs Venezuela** (2011) la Corte considera que, “antes de iniciar un proceso los juzgadores no deben tener una idea preconcebida de que el acusado ha cometido el delito que se le imputa y no puede haber resolución alguna que refleje culpabilidad de una persona cuando no exista una sentencia que la respalde”.²² Esta resolución impacto en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que estableció que ningún juzgador deberá presidir de un asunto del cual ya haya conocido previamente.²³

V. El carácter poliédrico de la presunción de inocencia

La presunción de inocencia es un principio que ha evolucionado, a partir de las sendas reformas que han caracterizado a la Constitución Federal Mexicana en los años recientes, considerando la incorporación al bloque constitucional de los Tratados Internacionales y de las propias interpretaciones que se realizan sobre éstos, por parte de órganos externos; en ese sentido, la concepción actual dentro del marco jurídico no puede entenderse sin

²¹ Este criterio ha sido citado sin ninguna adición o modificación en diversas sentencias, tales como las dictadas en el *Caso Tibi vs Ecuador (2004) en el párrafo 180* y *Caso Acosta Calderón vs Ecuador (2005) en el párrafo 111*.

²² Este criterio ha sido citado con modificaciones de redacción, no sustanciales, en diversas sentencias, tales como las dictadas en el *Caso Rosendo Cantú y otras vs México (2011)*, *Caso Fernández Ortega y otros vs México (2011)* y en el *Caso J. vs Perú (2013) en el párrafo 233*.

²³ Constitución Política de los Estado Unidos Mexicanos, Artículo 20 Fracción IV.

dos casos paradigmáticos resueltos en el mismo año, es decir, los amparos en revisión 349/2012 y 517/2011.²⁴

Esa evolución, es sustancial puesto que ha logrado que a éste se le considere un derecho de carácter *poliédrico*,²⁵ entendido así porque en él se integran diversas garantías, entre las cuales se encuentran la seguridad jurídica, el debido proceso y la duda razonable o principio *in dubio pro reo*, adecuada defensa y principio contradictorio (*argumentos de defensa del imputado*), atendiendo también las delimitaciones al alcance de este principio a la luz del actuar de la autoridad dentro y fuera de un proceso penal; a partir de ello podemos marcar las siguientes vertientes:

A) Presunción de inocencia como estándar probatorio.

Este principio se constituye en un estándar probatorio que permea sobre todo el proceso penal marcado para cada etapa procesal, adquiriendo un carácter constitucional, a partir de los actos restrictivos enmarcados en los artículos 16 y 19 de la Constitución Federal.

En ese sentido la Corte ha establecido que el citado principio se constituye en una norma que ordena a los jueces la absolución de los inculcados cuando durante el proceso no se han aportado pruebas de cargo suficientes, para acreditar la existencia del delito y la responsabilidad de la persona; adquiriendo así, dos vertientes: una regla o estándar probatorio en sentido estricto y una carga procesal hacia la parte acusadora.²⁶ En esa tesitura debemos entender a la presunción de inocencia como una exigencia o un “juicio previo a toda privatización de derechos”, actuando como directriz que permea sobre todo el proceso penal, con el fin de poner límites en la actuación del Estado en el ejercicio del *ius puniendi*.

Por otra parte cabe hacer mención (como previamente lo referimos) que en los casos *Cantoral Benavides vs Perú (2010)* y *López Mendoza vs Venezuela (2011)* se rescata esta perspectiva, señalando que el artículo 8.2 de la Convención Americana²⁷ exige que una persona no pueda ser

²⁴ Ambas sentencias fueron emitidas por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, bajo la ponencia del Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea en el año 2012.

²⁵ Concepto acuñado por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver el Amparo en Revisión 466/2011.

²⁶ Tesis 1a./J. 26/2014 (10a.), Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta, Decima Época, t. I, 30 de abril de 2014, p. 476.

²⁷ Convención Americana de los Derechos Humanos.

condenada mientras no exista prueba plena de su responsabilidad penal; en ese sentido Ferrajoli indica que la presunción de inocencia (en el estándar probatorio) *puede entenderse de manera tajante ni puede ser muy exigente, ya que no puede haber prueba plena con ‘certeza absoluta,’ sino que ésta siempre se constituye solo con cierto grado de probabilidad,*²⁸ por lo tanto creemos acertado el comentario pues es cuando cobra vida la *duda razonable*, desde esta perspectiva, *in dubio pro reo* es una “regla de segundo orden” que ordena absolver al procesado en caso de duda sobre el cumplimiento del estándar, tal y como lo refirió Jordi Ferrer.²⁹

Es así que en diversos amparos resueltos por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se ha ocupado de reiterar que para poder considerar que hay **prueba de cargo suficiente** para enervar la presunción de inocencia, el Juez debe cerciorarse que las pruebas de cargo desvirtúen la hipótesis de inocencia **efectivamente alegada** por la defensa en el juicio y, al mismo tiempo, en el caso de que existan, debe descartarse que las pruebas de descargo o contraindicios den lugar a una **duda razonable** sobre la hipótesis de culpabilidad sustentada por la parte acusadora.³⁰

Finalmente, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que toda prueba aportada debe tener el carácter de **prueba de cargo válida** al momento de la valoración probatoria, y ese carácter sólo puede adquirirse si se obtienen sin vulnerar los derechos fundamentales del imputado.³¹ Para decirlo en palabras del Tribunal Constitucional Español, esta vertiente de la presunción de inocencia se vulnera “cuando los órganos judiciales hayan valorado una actividad probatoria lesiva de otros derechos fundamentales o carente de garantías.”³²

B) La presunción de inocencia como regla de trato

Otra de las vertientes abordadas, se refiere a que durante el proceso, existen ciertas cuestiones que trascienden hacia un ámbito personal de quien

²⁸ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta 1995, pp. 51-54 y 129-155;

²⁹ Ferrer Beltrán, Jordi, “Una concepción minimalista y garantista de la presunción de inocencia”, en José Juan Moreso y José Luis Martí (eds.), *Contribuciones a la filosofía del derecho. Imperia en Barcelona 2010*, Madrid, Marcial Pons, 2012, p.153.

³⁰ *Idem*

³¹ Amparo Directo 14/2011, Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta, Decima Época, t. IV, enero de 2012, p. 2747.

³² STC 189/1998 de 28 de septiembre.

se enfrenta a éste, hablamos del traro que reciben. A ello hay que decir que algunos de los derechos que se vulneran son los relacionados con la dignidad humana, la libertad, la honra y el buen nombre, los cuales podrían resultar vulnerados por actuaciones penales o disciplinarias irregulares, operando así, este principio, en las situaciones extraprocesales y constituyendo el derecho a recibir la consideración y el trato de '*no autor o no partícipe*' en un hecho de carácter delictivo o en otro tipo de infracciones (*derecho administrativo sancionador*) mientras no se demuestre la culpabilidad de dicho sujeto.³³

Dentro del repertorio del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, obra el caso *Sekanina vs Austria* (1993) en donde se condenó al Estado por mantener sospechas en contra de una persona que había obtenido una sentencia absolutoria firme y a la cual se le había negado una pretensión indemnizatoria por esa misma razón; y si bien, dentro de dicho caso, no se estableció expresamente que operara la vertiente en mención, años más tarde esto sería clarificado y definido por nuestro máximo tribunal.³⁴

C) Presunción de inocencia vs prisión preventiva

La prisión preventiva es una figura procesal permitida por la normativa internacional para garantizar la continuidad del proceso, encontrando su fundamento en los artículos 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los diversos 7 y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como el artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Dentro de nuestro ordenamiento jurídico se prevé de dos formas permisivas para imponer la prisión: justificada y oficiosa.

La primera se refiere a su solicitud como *ultima ratio*, siempre que el resto de medidas de cautela no sean eficaces y suficientes para garantizar tres objetivos: la presencia del imputado en el juicio, la protección de la víctima, ofendido o testigo, o evitar la obstaculización del proceso;³⁵

³³ Tesis Aislada 2a. XXXV/2007, Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXV, mayo de 2007, p. 1186.

³⁴ Tesis Aislada II. 1o. 33 P (10a.), Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. II, 27 de mayo de 2016.

La Regla de Trato implica que a un sujeto se le trate fácticamente como inocente (dimensión extraprocesal) e incluso jurídicamente como tal (dimensión que puede comprender aspectos procesales y extraprocesales).

³⁵ Código Nacional de Procedimientos Penales, Artículo 153.

todo ello, siempre que los ordenamientos secundarios respeten el marco constitucional.³⁶ Es decir, se tiene que justificar el motivo por el cual debería estar en prisión una persona, ya que si proporcionalmente existe otra medida menos lesiva, por regla general debe estar fuera de prisión, de lo contrario si se justifica un riesgo de evitar el proceso, o que peligre la seguridad del testigo, se justificara la privación de su libertad.

El segundo supuesto prevé la prisión preventiva de manera oficiosa para determinados delitos,³⁷ como delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos por poner un ejemplo. Cabe destacar que este catálogo de delitos ha sido condenada en múltiples ocasiones por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya que consideran que se vulnera el principio de presunción de inocencia, como en caso *J. vs Perú* (2013), en donde critica la oficiosa de la prisión preventiva, al considerar que cuando se ordenen medidas restrictivas de libertad, se debe fundar y acreditar, de manera clara y motivada, el cumplimiento de los requisitos necesarios para su imposición;³⁸ así también en caso *Tibi vs Ecuador* (2004) en donde considera que la excepcionalidad de la prisión preventiva, guarda relación con los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad; siendo indispensables en una sociedad democrática.

D) Presunción de inocencia vs Derecho a la información

En consecuencia del punto anterior, se ha advertido la contienda entre el principio en comento y el derecho a la información contenido en el artículo 6 de la Constitución Mexicana Federal, a partir de los cuales se tienen que realizar ejercicios de ponderación, entre los derechos de una persona que

³⁶ Tesis Aislada II.1o.33 P (10a.), Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. II, 27 de mayo de 2016.

La cual considera que es inconstitucional una porción normativa de un artículo de una legislación estatal, por contravenir el Principio de Presunción de Inocencia.

³⁷ Constitución Política de los Estados Unidos, Artículo 19, en el cual a su letra dice “El juez ordenará la prisión preventiva, oficiosamente, en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud”.

³⁸ Así también, rescata la percepción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos destacando que puede violentarse por otras autoridades, siendo necesaria la prudencia y discreción al momento de declarar sobre un proceso penal, puesto que puede fomentarse el que el público crea en la culpabilidad de la persona.

no ha sido condenada y las libertades de recibir, buscar y difundir información y opinión con plena libertad, comprendiendo incluso, el régimen informativo del Estado, las normas regulatorias de aspectos técnicos y sustantivos, así como el régimen de responsabilidad hacia todos los partícipes en el medio.³⁹

De tal manera que, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, considera que el derecho a la información tiene una doble dimensión, es decir, individual y colectiva, que busca pluralismo, tolerancia y el ejercicio de los derechos constitucionales en un sistema participativo.⁴⁰ En ese contexto, el ejercicio periodístico debe realizarse bajo pautas constitucionales establecidas. De tal forma que, al existir la presunción de inocencia, éste ejercicio debe realizarse a partir de información que sea acorde al estado procesal, las características del sujeto y la propia situación jurídica en la que ésta se encuentre, considerando los datos o medios de prueba con los que cuente el agente del Ministerio Público.

No obstante, se ha visto reflejado desde el panorama mexicano una situación distinta en la que se incita al fervor social, y se ha generado el que se imputen conductas delictivas sin constatar los hechos, sin tener pruebas obtenidas legalmente y sin que se haya declarado culpable a la persona por un Tribunal competente e imparcial;⁴¹ no obstante, como lo ha señalado la propia Suprema Corte, una sola declaración oficial o su emisión en un medio informativo implica una sentencia popular que permeará permanentemente sobre la vida de una persona.⁴²

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en este rubro ha ido más allá, y en el caso *Cantoral Benavides vs Perú* (2000), consideró que la exhibición pública a través de medios de comunicación,

³⁹ López Ayllón, Sergio, “*El Derecho a la Información*”, p. 174, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/7/5.pdf>

⁴⁰ Tesis Aislada 2a. LXXXIV/2016 (10a.); Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. XXXIV, septiembre de 2016, p. 838.

⁴¹ Esta situación ha sido retratada en diversos informes de organismos internacionales; uno de ellos fue del Subcomité para la Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de la Organización de las Naciones Unidas, en el que nos recomendó hacer una revisión y posterior eliminación de dicha práctica, al constituir un trato cruel, inhumano y degradante.

⁴² La ópera prima, es el caso de Florence Cassez, en el que tras un reportaje montado de la detención se actualizó un efecto corruptor sobre todo el proceso. Cfr. Amparo en Revisión 517/2011, Ponente Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea.

puede llegar a constituir una forma de trato cruel, inhumano o degradante y se genera un juicio paralelo o juicio mediático,⁴³ trayendo perjuicios a nivel social, familiar y laboral con lo que se genera estigmatización y discriminación.⁴⁴

Conclusiones

La importancia y trascendencia del derecho penal, a la luz de las tendencias actuales en el reconocimiento de los derechos humanos, ha contribuido a generar un principio considerado como de estado natural, que ha sido positivizado en la mayoría de los ordenamientos constitucionales, y que incluso, también se ha incorporado en documentos jurídicos de índole internacional y supranacional.

De esta manera, el reconocimiento a este principio, ya no es una mera declaración hecha por la norma jurídica, que se veía nublada por cualquier pretexto legislativo o administrativo; ahora existe un estándar constitucional que debe ser respetado a favor de todo inculpado, cuyos efectos aún no se asimilan adecuadamente por las autoridades.

La sociedad actual demanda justicia, la Constitución Política Mexicana establece el método más adecuado para obtenerla, aunque en ocasiones es la propia sociedad la que no está de acuerdo.

Es así que, el cúmulo de legisladores e intérpretes de normas, constituciones y tratados, ha buscado consagrar el respeto a toda persona que es sujeta o vinculada a un proceso penal, debiendo ser reconocido, tratado y justipreciado como inocente, hasta que no haya un nivel adecuado de convicción sobre su responsabilidad.

Todo ello se hace no sólo para salvaguardar la “dignidad humana”, “libertad”, “honra” y el “buen nombre”; sino que todo ello se basa en la concientización, profesionalización y capacitación de los propios operadores

⁴³ De igual manera, en el caso Florence Cassez, la Corte menciona que antes de finalizar el proceso existía una sentencia pública generada por la complicidad entre los medios de comunicación y la Procuraduría General de la República. Cfr. *Ibidem*.

⁴⁴ Miguel Sarre. Exhibición en medios de comunicación de víctimas del delito y de personas detenidas y/o bajo responsabilidad del Ministerio Público en México. Informe para la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el marco de la audiencia temática. Marzo de 2013. Página 22.

del sistema de justicia penal, para que exista confianza plena en el sistema de procuración e impartición de justicia.

Las dimensiones, vertientes o alcances antes precisados, no son los únicos ni los últimos, a la postre se tendrán que seguir realizando ejercicios de ponderación, en cuyos nuevos criterios tendremos que acudir necesariamente a nuestros máximos intérpretes de los ordenamientos: la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Fuentes

- Adatto de Ibarra, Victoria: *La cárcel preventiva de la ciudad de México*, México, ed. Botas, 1977.
- Amparo Directo 14/2011, Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta, Decima Época, t. IV, enero de 2012, p. 2747.
- Beccaria, Cesare, *Tratados de los Delitos y de las Penas*, Madrid, Imprenta de Alban, 1822.
- Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (Carta de Banjul) de 1981.
- Caso Acosta Calderón vs Ecuador, 2005, párrafo 111.
- Caso Fernández Ortega y otros vs México, 2011.
- Caso J. vs Perú, 2013.
- Caso Rosendo Cantú y otras vs México, 2011.
- Caso Tibi vs Ecuador, 2004, párrafo 180.
- Colombo Campbell J: *Garantías constitucionales del debido proceso penal, Presunción de Inocencia*"; Colombia, En Anuario de Derecho Constitucional Mexicano del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer, 2007
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México, 2016.
- Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, 1950.
- Declaración Universal de los Derechos Humanos. 1948
- Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mejicana del 22 de octubre de 1814 (Constitución de Apatzingán).
- Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, 2017.
- Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 17 de Julio de 1998, [http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf).
- Ferrajoli, Luigi: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Ed. Trotta, 1995.

- Ferrara, Marco: *Tribunal Europeo de Derechos Humanos Para la Paz* <http://www.unitedexplanations.org/2012/06/13/el-tribunal-europeo-de-derechos-humanos-una-institucion-para-la-paz-4/> 2012.
- Ferrer Beltrán, Jordi: *La valoración racional de la prueba*, Madrid, Marcial Pons, 2007.
- 2012, *Una concepción minimalista y garantista de la presunción de inocencia*, Madrid, Marcial Pons.
- Gascón Abellán, Marina: *Los hechos en el derecho. Las bases argumentales de la prueba*, Madrid, Marcial Pons, 2004.
- Gascón Abellán, Marina: 2005, *Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos*, Doxa, Cuadernos de filosofía del derecho.
- Gómez Buendía, C.: *Exceptio utilis en el procedimiento formulario del derecho romano*, Editorial Dykinson, Madrid, España, 2016.
- López Ayllón, Sergio: “El Derecho a la Información”, p. 174, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/7/5.pdf>.
- Lozano Guerrero, F, “La presunción de inocencia”, en Cienfuegos Salgado, D., y Froto Madariaga, G., “Los derechos humanos en el momento actual”, Coahuila, México, Comisión de Derechos Humanos del Estado de Coahuila y Editorial Laguna, 2012.
- Magalhaes Gómez Filho, Antonio: 1995, *Presunción de inocencia y prisión preventiva*, Santiago de Chile, Conosur.
- Manzini, Vizenzo: *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, t. I. 1951.
- Mercado Morales, Miguel Ángel: *La presunción de inocencia como un derecho fundamental*. México, 2017. <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/hechos-y-derechos/article/view/7322/9258>.
- Revista del Instituto Federal de Defensoría Pública, Núm. 4. Diciembre, 2007.
- Rodríguez Manzo, Graciela: *Bloque de Constitucionalidad en México*. México, 2013.
- Romero Arias, Esteban: *La Presunción de Inocencia*, Pamplona, Editorial Aranzadi, 1985.
- Sandoval Pérez, E.: *Presunción de Inocencia. Principio rector del constitucionalismo y su repercusión en el procedimiento oral sumario, previsto en el Código Penal para el Estado de Veracruz*. México, Memoria del VIII Congreso Nacional de Derecho Constitucional de los Estados, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2010.
- Santos Villarreal, Gabriel Mario: 2010, *La Corte Penal Internacional*, Servicios de Investigación y análisis de la LXI Legislatura Cámara de Diputados México, <http://www.diputados.gob.mx/sedia/sia/spe/SPE-ISS-10-10.pdf>.

Sarre, Miguel: *Exhibición en medios de comunicación de víctimas del delito y de personas detenidas y/o bajo responsabilidad del Ministerio Público en México*. México. Informe para la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el marco de la audiencia temática, 2013.

SEMINARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN Y SU GACETA, 2017, México.

Taruffo, Michele, *La prueba de los hechos*, Madrid, Trotta, 2002.

<http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>

<https://www.aulaidhc.org/es/cursos/tribunal-europeo-derechos-humanos.php>

<http://www.derechoshumanos.net/tribunales/TribunalEuropeoDerechosHumanos-TEDH.htm>

<http://www.unitedexplanations.org/2012/06/13/el-tribunal-europeo-de-derechos-humanos-una-institucion-para-la-paz-4/>

http://www.oas.org/dil/esp/tratados_b.2_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>

Gestión ambiental del gobierno local a los efectos del fenómeno metropolitano

Texto supervisado, aprobado y avalado para su publicación por su Directora de tesis: Dra. Raquel Gutiérrez Nájera.¹

Herrera Ornelas, Nelly Gabriela²

RESUMEN: La configuración y el funcionamiento de las ciudades ante el incremento de la población y la fusión de territorios -comportamientos del fenómeno metropolitano-, genera que los ámbitos territorial y de gestión del gobierno local se vean involucrados en contradicciones que indican que la problemática ambiental que caracteriza a las ciudades debe de ser abordada de manera transterritorial, marcando la pauta para la integración de una gestión no local sino metropolitana, que ordene, haga funcionar la ciudad y la provea de servicios para la satisfacción de necesidades como unidad integrada.

Palabras clave: Fenómeno metropolitano, ciudades, gestión ambiental, gobierno local.

ABSTRACT: The configuration and functioning of cities on the face of population growth and the merge of territories - behaviors of the metropolitan phenomenon - means that the territorial and local government management areas are involved in contradictions indicating that the environmental problem which characterizes the cities must be approached in a transterritorial way, setting the standard for the integration of a non-local but metropolitan management, ordering, operating the city and providing services for the needs satisfaction as an integrated unit.

Key words: Metropolitan phenomenon, cities, environmental management, local government.

¹ Doctora en Derecho.

² Maestra en Ciencias de la Salud Ambiental; alumna del Programa del Doctorado en Derecho de la Universidad de Guadalajara. Notas: Línea de investigación Derecho Constitucional. El presente artículo es parte de la investigación para mi futura tesis doctoral.

SUMARIO: Introducción. **I.** El origen de las atribuciones conferidas al gobierno local. **II.** Definición, caracterización y delimitación del fenómeno metropolitano. **III.** La gestión ambiental del gobierno local. **IV.** Marco institucional y jurídico de la gestión metropolitana. Conclusión. Fuentes

Introducción

Las ciudades metropolitanas mantienen los asentamientos humanos más grandes y complejos de la superficie mundial, cuyos impactos y desafíos se extienden más allá de los territorios y administraciones que de origen las contenían; dichas circunstancias caracterizan a la metropolitanización como un fenómeno de naturaleza tras-jurisdiccional y multidimensional, que impulsa la estructura de una nueva gestión que guíe a las grandes ciudades hacia la sostenibilidad. (ONU-HÁBITAT, 2016).

Elementos como la falta de instrumentos de planeación, de acuerdos, de coordinación y financiamiento, pero sobre todo al no ser reconocido el fenómeno metropolitano desde la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para el caso de México, genera que las áreas metropolitanas carezcan de forma jurídica, por lo que la gestión ambiental persiste en intervenciones aisladas y descoordinadas sobre escenarios fragmentados a nivel local.

El presente documento como parte de una investigación principal dedicada al estudio y análisis de la gestión ambiental metropolitana como forma de gestión intermedia entre los Municipios y los Estados o los Municipios y la Federación, es que describe un panorama general respecto a los elementos clave que deben de abordarse ante las implicaciones del fenómeno metropolitano.

De esta manera es que resulta necesario en un primer momento conocer el origen de las atribuciones conferidas al gobierno local; por lo que se consideró esencial, de la misma manera, definir, caracterizar y delimitar al fenómeno metropolitano, para entonces percibir los alcances de la gestión ambiental del gobierno local para dar tratamiento y solución a la problemática que envuelve a los elementos naturales que subsisten en la metrópoli; y que para estructurar el modelo de gestión a implementar es necesario primero tener un panorama aún sea muy amplio respecto al marco institucional y jurídico de la gestión metropolitana.

Es de esa forma que se intentan describir en estas líneas algunos de los elementos que implica la gestión ambiental del gobierno local ante el fenómeno metropolitano que transforma la dimensión de las ciudades.

I. El origen de las atribuciones conferidas al gobierno local

El gobierno local o municipal está constituido por tres contenidos conceptuales: a) un territorio, en el que ejerce su competencia una municipalidad; esto es, b) un aparato gubernamental, y c) un conjunto de actores sociales. Tales núcleos conceptuales, se integran en un hecho material y social: la existencia de una ciudad, de lo que se colige en primera instancia que el municipio en tanto gobierno local, constituye la unidad fundamental de la gestión urbana (Pírez, 1994; 05).

Y es que al gobierno o autoridad local se le ha posicionado en la mira de los compromisos y acciones para lograr el mantenimiento de la biodiversidad y la salud humana, así como la calidad del aire, el agua, y el suelo en niveles aptos para mantener la vida humana, animal y vegetal, y el bienestar futuro de todos ellos (Marbán, 2006).

Refiriéndose con los conceptos anteriores a los elementos que integran la definición del desarrollo sostenible, para asegurar la satisfacción de las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las futuras generaciones para satisfacer las propias (Lescano, 2008).

Fue precisamente durante el desarrollo de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo (CNUMAD) en Río de Janeiro, Brasil -1992-, que se subraya y reafirma que son las ciudades las que tienen una gran responsabilidad en la búsqueda de soluciones, por la razón de que son las ciudades las que concentran buena parte del consumo de recursos naturales y generan impactos ambientales locales y globales significativos. Al mismo tiempo, debido a la elevada densidad de su población, los servicios y actividades que se desarrollan en su seno y las infraestructuras que contienen, son más vulnerables a los riesgos y específicamente a los resultan del cambio climático (Ayuntamiento de Barcelona, 2012).

Derivado de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo de Río, surgió un plan de acción global denominado Agenda 21 que prácticamente consiste en una estrategia mediante la que se intenta que los gobiernos locales asuman su cuota de responsabilidad en la movilización de la población, en la gestión eficaz del territorio y en la

promoción de escenarios justos y duraderos desde el punto de vista social, ambiental y económico (Brunet, 2005).

La Agenda 21 busca la promoción de una buena gobernanza urbana apoyando la elaboración y ejecución de planes de corte ambiental participativos, centrados en aspectos concretos de la planificación y la gestión municipal; confiere tales atribuciones al gobierno local debido a que es la instancia sobre la que recae la creación, el funcionamiento y el mantenimiento de la infraestructura económica, social y ambiental, la supervisión de los procesos de planificación, el establecimiento de las políticas y ordenamientos ambientales, contribuyendo con ello en gran medida a la ejecución de las políticas ambientales en los planos nacional y subnacional.

Sin embargo, no es decir que dicho instrumento ha dejado de ser vigente a razón de considerar solamente al gobierno local de manera particular, sino que ante los comportamientos del fenómeno metropolitano -crecimiento de grandes ciudades que rebasan sus límites territoriales y administrativos al incorporar municipios vecinos, concentración de actividades sociales y económicas, y la convergencia de diversas autoridades gubernamentales- (Moreno, 2006), se deben de tomar en cuenta e incorporar los elementos esenciales de la Agenda 21, puesto que propone los conceptos que la gestión de los gobiernos locales deben contemplar para garantizar un ambiente sano y equilibrado para las generaciones.

II. Definición, caracterización y delimitación del fenómeno metropolitano

Cuando las ciudades crecen, superan los límites territoriales y de gobierno local al que formalmente corresponden y de esta forma se unan o fusionen con asentamientos vecinos de diferentes territorios municipales; tales circunstancias dan cabida al tema de las ciudades metropolitanas (Pírez, 1994; 07).

El fenómeno metropolitano ocurre cuando una ciudad rebasa su límite territorial, utilizando en ese proceso de expansión, suelo que pertenece a uno o más municipios (Jalomo, 2009: 08); este fenómeno genera que una ciudad crezca por núcleos o centros³ en los cuales:

³ Señala entonces Arellano (2014) que en el mundo, y a grandes rasgos, los conglomerados metropolitanos son de dos tipos: policéntricos o polinucleares.

- Se concentra una gran población;
- Las actividades económicas y sociales están conformadas en dichos núcleos;
- Convergen diversas autoridades gubernamentales (Arellano, 2014: 38).

En estos conglomerados tienden a combinarse ciudades de mayor densidad con zonas de menor ocupación, extendiéndose en jurisdicciones político-administrativas diferentes. (Jalomo, 2009: 08).

Esas grandes concentraciones de población dan forma a regiones, zonas o áreas metropolitanas, y es aquí donde se identifica un desacuerdo, puesto que no hay consenso sobre cómo definir jurídicamente a dichas áreas, zonas y regiones metropolitanas existentes (Arellano, 2014: 97). Para muestra de ello se exponen las definiciones que son empleadas tanto en la Ley General de Asentamientos Humanos, Ordenamiento Territorial y Desarrollo Urbano (LGAHOTDU), en la Ley de Coordinación Metropolitana del Estado de Jalisco, así como el Código Urbano para el mismo Estado:

TABLA 01. Definiciones de región, zona y área metropolitana

LEY GENERAL DE ASENTAMIENTOS HUMANOS, ORDENAMIENTO TERRITORIAL Y DESARROLLO URBANO	LEY DE COORDINACIÓN METROPOLITANA DEL ESTADO DE JALISCO	CÓDIGO URBANO PARA EL ESTADO DE JALISCO
<p>No contempla la definición de región metropolitana.</p> <p>Artículo 3. Para los efectos de esta Ley, se entenderá por:</p> <p>XXIII. Megalópolis: sistema de zonas metropolitanas y Centros de Población y sus áreas de influencia, vinculados de manera estrecha geográfica y funcionalmente. El umbral mínimo de población de una Megalópolis es de 10 millones de habitantes;</p>	<p>Artículo 3o. Conceptos de la ley.</p> <p>2. Región metropolitana es la delimitación geográfica integrada por un área metropolitana y uno o más centros de población, geográficamente cercanos, con tendencias de crecimiento que los acerquen y relaciones socioeconómicas con aquella, declarada oficialmente con ese carácter por decreto del Congreso del Estado.</p>	<p>Artículo 5o. Para los efectos de éste Código, se entiende por:</p> <p>LXI. Región Metropolitana: Cuando dos o más centros urbanos ubicados en el territorio de dos o más municipios del estado que por su cercanía geográfica, tendencias de crecimiento, y relaciones socioeconómicas sean declarados como tales por el Congreso del Estado a propuesta del Ejecutivo del Estado;</p>

<p>Artículo 3. Para los efectos de esta Ley, se entenderá por:</p> <p>XXXVII. Zona Metropolitana: Centros de Población o conurbaciones que, por su complejidad, interacciones, relevancia social y económica, conforman una unidad territorial de influencia dominante y revisten importancia estratégica para el desarrollo nacional;</p>	<p>No contempla la definición de zona metropolitana.</p>	<p>No contempla la definición de zona metropolitana.</p>
	<p>Artículo 3o. Conceptos de la ley. 1. Área metropolitana es el centro de población, geográficamente delimitado, asentado en el territorio de dos o más municipios, con una población de cuando menos cincuenta mil habitantes, declarado oficialmente con ese carácter por decreto del Congreso del Estado.</p>	<p>Artículo 5o. Para los efectos de éste Código, se entiende por: IX. Área Metropolitana: Cuando dos o más municipios del estado formen un mismo centro de población que por su crecimiento urbano, continuidad física y relaciones socioeconómicas sea declarado como tal por el Congreso del Estado</p>
<p>Artículo 3. Para los efectos de esta Ley, se entenderá por:</p> <p>VI. Centros de Población: las áreas constituidas por las zonas urbanizadas y las que se reserven para su expansión;</p>		<p>Artículo 5o. Para los efectos de éste Código, se entiende por: XVIII. Centro de población: Las áreas constituidas por las zonas urbanizadas, las que se reserven a su expansión y las que se consideren no urbanizables por causas de preservación ecológica, prevención de riesgos y mantenimiento de actividades productivas dentro de los límites de dichos centros; así como las que por resolución de la autoridad competente se provean para la fundación de los mismos.</p>

Fuente: Elaboración propia con el contenido de los ordenamientos referidos.

Como se advierte, existen diversas definiciones para un solo concepto, por ejemplo, al hablar de región metropolitana, la Ley de Coordinación Metropolitana del Estado de Jalisco señala que está integrada por un área metropolitana y uno o más centros de población, mientras que para el Código Urbano la constituyen solamente dos o más centros de población, en una imagen mental, se podría pensar que es de mayor magnitud la región contemplada por la ley mencionada.

Por este razonamiento simple es que se resalta la imprecisión de las definiciones, y es que quizá existe consenso en los campos de la planeación o el académico, pero en los actores e instituciones gubernamentales lo que impera es la ambigüedad o contradicción, siendo ello resultado según Arellano (2014) *de los incentivos económicos constituidos (fondos metropolitanos, programas de inversión a entidades federativas, la modernización de infraestructura municipal y social, así como fondos de fortalecimiento a los municipios y las entidades federativas)*.

De alguna manera con lo instrumentado o definido es que la acción gubernamental desde la instancia local pretende ajustar los mecanismos de coordinación y asociación intermunicipal que considera el marco constitucional para el tema metropolitano.

En el documento denominado “Delimitación de las zonas metropolitanas de México 2010”, desarrollado por la Secretaría de Desarrollo Social, el Consejo Nacional de Población y el Instituto Nacional de Estadística y Geografía, se definió a la zona metropolitana como el *conjunto de dos o más municipios donde se localiza una ciudad de 50 mil o más habitantes, cuya área urbana, funciones y actividades rebasan el límite del municipio que originalmente la contenía, incorporando como parte de sí misma o de su área de influencia directa a municipios vecinos, predominantemente urbanos, con los que mantiene un alto grado de integración socioeconómica* (INEGI, CONAPO, SEDESOL, 2010: 25).

Definición que agrega un elemento que no se encuentra determinado en la legislación, siendo éste, el número mínimo de habitantes que deben de integrar a dos o más municipios para que sean considerados como una zona metropolitana. En dicho texto además, no se especifica diferenciación alguna entre región, zona o área metropolitana.

Iracheta (2010) enlista la caracterización que envuelve a las zonas metropolitanas, señalando que éstas tienen ciertas ventajas que les permite atraer población, actividades sociales e inversiones económicas pero al

mismo tiempo presentan una problemática derivada básicamente de los aspectos que se mencionan en la siguiente tabla:

TABLA 02. Características esenciales de las zonas metropolitanas

VENTAJAS	DESVENTAJAS
Concentran ventajas de localización (economías) para los actores económicos y sociales por encima de la mayoría de las ciudades de sus respectivas regiones, lo que las convierte en polos de atracción.	Tienen un patrón de crecimiento socio urbano dinámico y tendiente al desorden y la insustentabilidad, especialmente en sus periferias.
Ofrecen mejores condiciones de vida por la variedad de empleo y oferta de todo tipo de servicios.	Presentan enormes rezagos en la dotación de servicios e infraestructura urbana básica, especialmente para los más pobres.
Pueden ser más eficientes en la provisión de servicios y equipamientos sociales y de apoyo a la producción.	Carecen de recursos financieros para afrontar las demandas sociales, derivado de la baja institucionalidad y eficacia financiera y fiscal de sus gobiernos.
	Carecen de un adecuado marco legal e institucional de coordinación intergubernamental.

Fuente: Iracheta, 2010. El fenómeno metropolitano en México. Economía y Sociedad, Enero-Junio, 153-179.

Los problemas que se generan en estas zonas o áreas comprometen tanto a la población que las habita como al soporte de los servicios que requieren le sean satisfechos como: transporte, servicios básicos de agua potable y tratamiento de aguas servidas, alcantarillado, electricidad, manejo integrado de residuos; problemas metropolitanos que pueden ser remediados planificando de manera estratégica el desarrollo de la aglomeración (Rodríguez y Oviedo, 2001).

III. La gestión ambiental del gobierno local

El concepto de gestión de la ciudad, gestión local o bien, gestión urbana, es definido como el *“conjunto de procesos dirigidos a organizar recursos humanos, naturales, financieros, técnicos, organizacionales y políticos para generar las condiciones que permitan producir, hacer funcionar y mantener*

la ciudad, brindando a las actividades económicas y a la población los satisfactores para sus necesidades” (Pírez, 1994; 04).

Ante la realidad que persiste dado el incremento de la población y la fusión de municipios vecinos conformándose de esta manera en áreas metropolitanas, es que se debiera hablar de gestión metropolitana, la que debe de enfrentar problemas que afectan a la totalidad urbana y que supone la existencia de una única instancia global político-administrativa (Pírez, 1994); sin embargo, ha decir de Rodríguez y Oviedo (2001), en México está caracterizada dicha gestión como fragmentada y sin coordinación, agudizándose así los problemas económicos, sociales y ambientales en las mismas (Salinas, 2014; 651); de esta manera se conceptualizaría entonces como gestión local en áreas metropolitanas, que a diferencia de la gestión metropolitana, supone una atención “parcial” de la ciudad, haciéndose cargo de realidades que conciernen a cada una de las unidades de gestión que existen dentro de la totalidad metropolitana, la que está conformada por varios gobiernos locales (Pírez, 1994).

La delimitación de las áreas metropolitanas en México ha identificado un total de 59 en las cuales residen 63.8 millones de personas, lo que representa un 56.8% de la población nacional (CONAPO, SEDESOL, INEGI, 2012). Esta realidad manifiesta un desafío para la gestión urbana que a su vez expresa la necesidad de constituir gobiernos metropolitanos (Salinas, 2014).

Para ello es menester que se analicen ampliamente las implicaciones del fenómeno metropolitano, puesto que debe de establecerse de manera precisa qué es necesario atenderse desde un enfoque metropolitano y con una perspectiva territorial integrada (Iracheta, 2010).

Ya que el incremento de la población y su concentración en grandes urbes ha generado problemas diversos, entre otros, los siguientes (Moreno, 2006; Iracheta, 2010; Salinas, 2014):

- Insuficiencia en la provisión de servicios básicos, como agua, drenaje y energía eléctrica y falta de visión para atenderlos integralmente y de manera sustentable.
- Creciente deterioro del ambiente y pérdida de recursos naturales.
- Diseño, inversión, mantenimiento, regulación y gestión de vialidades y sistema de transporte público.
- Fragmentación urbana, pérdida de espacio público y desintegración social.

- Infraestructura urbana y equipamientos sociales deteriorados por falta de inversión pública.
- Insuficiente e inadecuado manejo de residuos sólidos.
- Ocupación del suelo en asentamientos irregulares / informales / ilegales.
- Y crecimiento periférico, desordenado y sin una visión de sustentabilidad, por fraccionamientos residenciales.

Problemas que ante la descoordinación y planteamientos aislados de solución de los diversos gobiernos que integran la metrópoli persisten vez con vez aumentando sus impactos principalmente en los elementos naturales que permiten la vida en la ciudad.

IV. Marco institucional y jurídico de la gestión metropolitana

El marco institucional en México es fundamentalmente federalista conformado por tres órdenes de gobierno: federal, estatal y municipal. El gobierno federal está integrado por tres poderes: ejecutivo, legislativo y judicial que articula el pacto federal con 31 estados libres y soberanos, así como el Distrito Federal; de la misma manera, las entidades federativas se integran por tres poderes, teniendo como base de su división territorial y de su organización política y administrativa, el municipio libre; éstos a su vez se integran en un Ayuntamiento encabezado por el presidente municipal y compuesto por regidores y síndicos (Carpizo citado por Baños, 2013).

El municipio, en sentido amplio, es la institución de gobierno de una comunidad local. Pérez (2001) afirma la rigidez del federalismo frente a un problema que introduce la realidad, como lo es, la ciudad metropolitana; aquí refiere e intenta definir un territorio de gobierno de un asentamiento humano y, el gobierno del territorio de una ciudad.

Describe de esta forma que el criterio de reconocimiento del objeto de gobierno es territorial - formal, en donde la organización se configura en torno de los territorios, como ámbitos de unidades sociales, económicas, políticas y culturales definidos formalmente como resultado de una decisión de autoridad.

En tanto, la ciudad es un fenómeno territorial – real, señalando que como consecuencia, la “entrada” de la ciudad en la organización gubernamental es territorial con base en una definición formal ya estructurada, y que tal definición no toma en cuenta la “realidad” de lo que ocurre en ese territorio.

Por lo que, en la medida que la ciudad se “independice” de su territorio “original”, dada su expansión territorial, la organización formal definida dejará de relacionarse con la nueva forma urbana al no corresponder con la dimensión de sus procesos que la caracterizan y determinan, dejando fuera del sistema institucionalizado a la ciudad metropolitana.

Es importante remarcar que las áreas metropolitanas al conformarse como unidades territoriales que concentran las principales actividades económicas, políticas, sociales y culturales, son complejas en todo su entramado y las tendencias apuntan hacia su consolidación en todos los países; por lo que requieren de formas innovadoras o por lo menos especiales de gestión o gobierno dadas las dimensiones especiales que revisten los problemas metropolitanos (Moreno, 2006).

Arellano (2014) enfatiza que actualmente en México no hay o son posibles los gobiernos metropolitanos y/o regionales, ya que lo único que se permite es la coordinación y asociación intermunicipal, lo que evidencia que el problema en las áreas metropolitanas es de gestión y no propiamente de planeación, al carecer de un diseño institucional en el sistema de organización política del Estado (Arellano, 2014; 95).

Y es que el problema empieza desde el momento en que no es reconocido en la Constitución el fenómeno metropolitano *per sé*, ya que en su lugar se usa el término conurbación; por lo que se puede afirmar que no existe un reconocimiento institucional de la metropolización del país. (Moreno, 2006; 07).

Como líneas arriba se mencionó, los mecanismos institucionales con los que cuentan los municipios para hacer frente a la gestión metropolitana son básicamente la coordinación y el asociacionismo que encuentran su sustento en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos –artículos 21, 73, 115 y 122) (Arellano, 2014; 98).

La asociación, puede darse en dos escalas: i) supramunicipal, donde los gobiernos de los Estados acuerdan con el gobierno local; ii) intermunicipal, donde los municipios pactan el trabajo compartido de manera conjunta.

Baños (2013) describe que la fortaleza de la asociación radica en la unión de esfuerzos para mejorar la prestación de servicios públicos, fortalecer la economía regional, gestionar el territorio y abordar aspectos ambientales; en el rubro de la coordinación, ésta se contempla en tópicos

referentes a la seguridad pública, expedición de leyes y reglamentos, prestación de servicios públicos, entre otros.

Moreno (2006) clasifica a los gobiernos metropolitanos en dos modelos, distinguiendo: el supramunicipal y el intermunicipal, y no propiamente englobándolos en la institución de asociación.

El primer modelo se constituye en una instancia de gobierno entre los gobiernos municipales y el gobierno central, regional o federal, en el que las autoridades metropolitanas son electas directamente, el gobierno tiene autonomía financiera, así como competencias específicas.

El modelo intermunicipal, es un tipo de gobierno cuya legitimidad es indirecta, al residir en las autoridades de los municipios miembros del área metropolitana; no tiene autonomía financiera, ya que es financiado por los municipios integrantes o mediante subsidios de niveles superiores de gobierno. Las materias sobre las cuales tiene competencias se definen a partir de acuerdos entre los distintos municipios (Moreno, 2006; Rodríguez y Oviedo, 2001).

Aun cuando las únicas vías jurídicas e institucionales para gobernar las metrópolis en México son la asociación y la coordinación intermunicipal, hasta este momento no se ha determinado la obligatoriedad de gestionar los territorios con jurisdicción compartida, lo que genera como principal efecto una deficiencia en la gestión de las áreas metropolitanas (Baños, 2013; 73).

Y que propiamente es desde las leyes estatales que se diseña el marco institucional para hacer gobernables las zonas o áreas metropolitanas, reafirmando que el problema es más significativo cuando no se reconoce a alguna autoridad intermedia entre el municipio libre y el gobierno estatal o federal, con lo que se genera una fragmentación institucional provocando complicaciones para una efectiva gestión metropolitana (Arellano, 2014).

Conclusión

La claridad de la problemática indica que al gobierno local como instancia aislada le será mucho más complejo ir al tiempo en el que el fenómeno metropolitano se desenvuelve y avanza, y es que si tomamos en cuenta que para el año 2030 se prevé que más del 70% de la población mexicana habitará en ciudades, el tema recobra mayor relevancia y urgencia de ser atendido.

Y es que no se trata únicamente de acordar o autorizar alguna asociación o coordinación entre municipios, sino que deben de definirse de manera específica las atribuciones y tópicos que deben de atenderse desde una instancia metropolitana.

Instancia la cual debe de contar con reconocimiento jurídico desde la Carta Magna, debe de gozar de autonomía administrativa, mantener un patrimonio propio, así como autoridades y régimen especial; debiendo dedicarse especialmente a aquellas tareas que se han visto rebasadas ante la incapacidad (material y humana) de la autoridad local -como ejemplo la materia ambiental que ha quedado rezagada, intensificándose los impactos en los ecosistemas y en la salud de la población misma- y agudizadas por el comportamiento multidimensional y trasterritorial del fenómeno metropolitano que modifica la concepción misma de las ciudades.

Es menester que dicha instancia especializada estructure y ejecute procesos dirigidos a organizar recursos humanos, naturales, técnicos, financieros y todos los necesarios para formular una gestión ambiental integral y real, acorde a la situación actual de la metrópoli.

Fuentes

- Arellano Ríos, Alberto: *La definición jurídica del fenómeno metropolitano en el ámbito subnacional mexicano*. Opinión Jurídica, Julio-Diciembre, 91-107, 2014.
- AYUNTAMIENTO DE BARCELONA: *Compromiso ciudadano por la sostenibilidad 2012-2022*, Barcelona, 2012.
- Baños Francia, José Alfonso: *Consideraciones sobre la gestión metropolitana en México*. Acercamiento al caso de la Bahía de Banderas. Trace. Travaux et Recherches dans les Amériques du Centre, Diciembre-Sin mes, 69-87, 2013.
- Brunet Estarellas, Pere J. et. al., *Agenda 21: subsidiariedad y cooperación a favor del desarrollo territorial sostenible*, Boletín de la A.G.E., Baleares, núm. 39, 2005.
- Código Urbano para el Estado de Jalisco. Congreso del Estado de Jalisco, 2009.
- Iracheta Cenecorta, Alfonso: *El fenómeno metropolitano en México*. Economía y Sociedad, Enero-Junio, 153-179, 2010.
- Jalomo Aguirre, Francisco Javier: *Desarrollo local en contextos metropolitanos*. Polis, Revista de la Universidad Bolivariana, Sin mes, 2009.

- Lescano Sandoval, Jorge, *et. al.*: *Planteamiento teórico y conceptual del desarrollo sostenible*, Universidad Nacional Federico Villarreal, Lima, 2008.
- LEY DE COORDINACIÓN METROPOLITANA DEL ESTADO DE JALISCO. Congreso del Estado de Jalisco, 2010.
- LEY GENERAL DE ASENTAMIENTOS HUMANOS, ORDENAMIENTO TERRITORIAL Y DESARROLLO URBANO. Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, 2016.
- Marbán Flores, Raquel: *La Agenda 21 impulsora del desarrollo sostenible y de la protección del medio ambiente en Europa y España*. Boletín Económico de ICE, Castilla La Mancha, núm. 2899, del 11 al 17 de diciembre, 2006.
- México: Gobierno Federal. Secretaría de Desarrollo Social; Consejo Nacional de Población; Instituto Nacional de Estadística y Geografía. *Delimitación de las zonas metropolitanas 2010*. Ciudad de México, DF, 2012.
- Moreno Pérez, Salvador: *La gestión, coordinación y gobernabilidad de las metrópolis*. Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública Documento de Trabajo número 9. Cámara de Diputados LX Legislatura, 2006.
- NACIONES UNIDAS, Programa 21, Departamento de Asuntos Económicos y Sociales, 2015, <http://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/>.
- ONU-HÁBITAT, *Construyendo la ciudadanía metropolitana: el caso del Área Metropolitana de Guadalajara (AMG)*, 2017, <http://www.h3mx.com/index.php/construyendo-la-ciudadania-metropolitana-el-caso-del-area-metropolitana-de-guadalajara-amg>
- Pírez, Pedro: *Buenos Aires Metropolitana. Política y Gestión de la ciudad*. Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1994.
- _____. *Transformaciones globales, Instituciones y políticas de desarrollo local*. Edit. Homo Sapiens, 2001.
- Rodríguez, Alfredo y Oviedo, Enrique: *Gestión urbana y gobierno de áreas metropolitanas*. División de medio ambiente y asentamiento humanos. CEPAL, 2001.
- Salinas Arreortua, Luis Alberto: *Problemas para la conformación de gobiernos metropolitanos: apuntes para su discusión*. Revista de Políticas Públicas, vol. 18, núm. 2, julio-diciembre, 2014, pp. 647-658 Universidade Federal do Maranhão São Luís, Maranhão, Brasil, 2014.

Impacto del principio de progresividad en materia de derechos pensionarios en México

Texto supervisado, aprobado y avalado para su publicación por su Directora de tesis: Dra. Irma Leticia Leal Moya.¹

Alex Fernando Larios Jiménez²

SUMARIO: Introducción. **I.** Breve aproximación a los derechos fundamentales. **II.** Solidaridad y seguridad jurídica como valores de los derechos fundamentales. **III.** La evolución progresiva de los derechos fundamentales. Conclusiones. Fuentes

Introducción

El presente artículo forma parte de un proyecto de investigación más amplio en el que se pretende analizar la modificación constante en México a los modelos pensionarios para incrementar sus requisitos. La juridicidad de esta medida se arguye por los tribunales judiciales en base a una concepción clásica del positivismo jurídico desde la óptica de la teoría de los derechos adquiridos. Éstos han reducido al problema al análisis de la validez de las normas en el tiempo, considerando que aquellas personas que no cumplen todos los requisitos legales en un momento concreto, tienen una simple expectativa de derecho a obtener la pensión y no un derecho adquirido. En el presente opúsculo tan sólo se pretende enfatizar en las condiciones actuales de los esquemas pensionarios a la luz del principio de progresividad inserto en nuestro texto constitucional a partir del año 2011, así como perfilar el sentido que ha de tomar el proyecto de investigación en general, en donde se pretende evidenciar que el desconocimiento al principio de progresividad de los derechos fundamentales, invalida el derecho a la seguridad jurídica.

En efecto, encuadrar la problemática del cambio constante a los regímenes pensionarios, desde la óptica de un problema de validez normativa propio del positivismo clásico parece inadecuado en la medida en que la

¹ Dra. En Derecho.

² Maestro en Derecho. Notas: Línea de investigación Derecho Constitucional. El presente artículo es parte de la investigación para mi futura tesis doctoral.

solución a que se arriba, trastoca otros principios de rango constitucional, como son el principio de progresividad de los derechos fundamentales y la seguridad jurídica.

El análisis histórico de la aparición de los derechos fundamentales (primeros derechos civiles y políticos y después derechos sociales o prestacionales), nos permitirán confrontar su naturaleza, contenido y alcance, a fin de establecer desde un punto de vista estrictamente jurídico, si la teoría positivista clásica resuelve satisfactoriamente la problemática social que ha generado la continua modificación a los esquemas pensionarios.

Observaciones preliminares. Existe la necesidad de someter a un nuevo análisis la postura adoptada por la mayoría de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y reiterada por el resto de los órganos jurisdiccionales en México, en cuanto a considerar que el derecho a obtener una pensión, nace hasta que se colman todos los requisitos previstos por una ley en un momento determinado, y califica la existencia de una expectativa simple, la circunstancia de que no se haya alcanzado esa condición, por mínimos que resulten los requisitos faltantes para ello.

Hasta ahora, el estudio jurídico de esta problemática ha partido de una perspectiva única totalmente compatible con la teoría positivista clásica, sobre la arista de la validez normativa. Se ha orientado a un simple análisis de conflicto de leyes en el tiempo. Sin embargo, el asunto puede abordarse desde una óptica más amplia, de tal suerte que se considere que los derechos fundamentales de corte social distan, en su fundamento y función, de los derechos civiles y políticos que surgieron inicialmente. Se trata aquí de verificar si el resultado al que conduce la aplicación de la teoría de los derechos adquiridos, cimentada sobre un posible conflicto de leyes en el tiempo, resulta armonioso con el resto de los postulados constitucionales en México en materia de pensiones, pues de no ser así, debe optarse por una alternativa diferente que deje incólumes todos los postulados constitucionales que entran en juego.

No se trata sólo de indagar, desde la perspectiva de la teoría de los derechos adquiridos, a qué resultados nos conducen los criterios que sirven para resolver conflictos de leyes en el tiempo. Debemos verificar además, si la aplicación de esa teoría es compatible y coherente con la vigencia de otros postulados.

I. Breve aproximación a los derechos fundamentales

El capítulo primero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos es actualmente denominado “De los Derechos Humanos y sus Garantías”, lo que pudiera representar un elemento persuasivo para emplear la denominación de derechos humanos en lugar de derechos fundamentales, sin embargo, existen serias razones teóricas que nos inducen a pensar que es más razonable referirse a derechos fundamentales. Inclusive, puede decirse que la Constitución Federal no mantiene una redacción uniforme sobre el tema, ya que refiere también derechos fundamentales (artículo 20, apartado A, fracción IX), así como garantías (artículos 2, apartado A, fracción II, y 107, fracción XII). Por ello, aludiremos a derechos fundamentales para referirnos a aquellos que, han traspasado la conciencia social y la conciencia de la dignidad humana como necesidad de convivencia, para ser positivados el máximo ordenamiento jurídico.

A ese respecto Gregorio Peces-Barba refiere las distintas denominaciones que se han empleado históricamente y en diferentes pensamientos para aludir a lo mismo: derechos humanos, derechos naturales, derechos públicos subjetivos, libertades públicas, derechos morales. Todos estos términos han tenido de alguna forma un denominador común, la protección del ser humano como resultado de la conciencia sobre la existencia de la dignidad humana. A propósito de la expresión “derechos humanos”, el referido autor señala que con ello se alude, por un lado a una pretensión moral fuerte y por el otro a su revestimiento de los signos jurídicos, resultando ambiguo, a decir suyo:

‘Derechos humanos’ no es la expresión adecuada y aquí el consentimiento universal, que se desprende de su utilización generalizada, no es razón para aceptarla como base de un proceso de reflexión que lleve a la comprensión de lo que se quiere identificar. Sin embargo, podemos explicar su éxito y su extensión que representa un anhelo generalmente sentido por los seres humanos en la historia moderna. Y también que en el primer sentido se use ‘derecho’ para reforzar la presión de la pretensión moral y su vocación de ser ‘Derecho positivo.’ En todo caso, tenemos que coexistir con una utilización tan difundida, intentando explicar los límites del uso de este tipo de lenguaje, y sobre todo, tenemos que evitar que esta definición basada en lo que se dice en el lenguaje natural, sea el punto de partida para

*justificar otros términos, pretendidamente más sólidos para expresar la idea de 'derechos humanos.'*³

Así, la expresión correcta es la relativa a derechos fundamentales bajo la idea de se trata de **pretensiones morales justificadas que han sido recibidas en el orden jurídico**, lo que les dota de fuerza y eficacia. Dice que:

*En el horizonte de la comprensión de los derechos fundamentales, moral y Derecho aparecen conectados por el Poder. Los derechos fundamentales que se originan y se fundan en la moralidad y que desembocan en el Derechos, lo hacen a través del Estado que es punto de referencia de la realidad jurídica a partir del Tránsito a la Modernidad. Sin el apoyo del Estado esos valores morales no se convierten en Derecho positivo, y por consiguiente, carecen de fuerza para orientar la vida social en un sentido que favorezca su finalidad moral.*⁴

Francisco Laporta sostiene la existencia de “derechos a algo” solamente puede darse en contextos normativos:

*Sugiero que cuando usamos la noción de 'derecho' no estamos haciendo referencia a ciertas normas primarias o secundarias de un cierto sistema normativo, sino a la razón (Raz, 1984) que se presenta como justificación de la existencia de tales normas. Es decir, que no es que tengamos 'derecho a X' porque se nos atribuya una acción o se nos reconozca una pretensión con respecto a X, sino que se nos atribuye tal acción y se nos reconoce tal pretensión porque tenemos o podríamos tener derecho a X; que no tenemos derechos sobre otro individuo B porque el sistema nos confiera un poder normativo sobre B, sino que nos confiere tal poder porque tenemos derecho sobre B;...*⁵

Laporta sostiene que los derechos son algo que está presente antes que los poderes normativos, la norma engendra una técnica de protección de surgimiento posterior al derecho. Dice que *parece por ello menos controvertible que ubiquemos a los derechos humanos en el ámbito de la ética, como 'derechos morales' y no como 'derechos legales,'* puesto que:

³ Peces-Barba Martínez, Gregorio, Curso de *derechos fundamentales. Teoría General*. Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1999, p. 21.

⁴ *Idem*, pp. 31 y 32.

⁵ Laporta, Francisco, “El Concepto de Derechos Humanos”, *Doxa*, 1987, núm.4, p.28.

*La primera consideración que esto sugiere es que si admitimos el rasgo de universalidad entonces tenemos que sacar los derechos humanos fuera del ámbito del sistema jurídico positivo... 'Hay una imposibilidad conceptual de afirmar simultáneamente que los derechos humanos son universales y que son producto del orden jurídico positivo, porque la condición de sujeto de un sistema jurídico excluye la noción de universalidad de qué estamos hablando.'*⁶

En esas condiciones, en el presente habremos de entender por derechos fundamentales, los derechos humanos que se encuentran consagrados en nuestra Constitución Federal, así como aquellos que forman parte de los tratados internacionales suscritos por México, dejando el concepto de derechos humanos para referirnos a aquellas pretensiones que, a pesar de que procuren el bienestar del individuo y se consideren inherentes a él, no han sido objeto de positivación en nuestro texto constitucional o en algún tratado internacional del que forme parte nuestro país.

Lo anterior se justifica en la medida en que el 10 de junio de 2011 se publicó en el Diario Oficial de la Federación, la reforma constitucional que tiende a asegurar la protección y garantía de los derechos fundamentales asentados tanto en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos como en los tratados internacionales.

A propósito del fundamento de los derechos fundamentales Jorge Carpizo refiere:

*Considero que encima del derecho positivo sí existe una serie de principios, cuyo fundamento es la noción de dignidad humana, principio que se ha reconocido internacionalmente y que es parte esencial de nuestro acervo cultural. Principio universal porque la historia de los pueblos coincide en su lucha por hacerlo objetivo. La dignidad de la persona como principio superior que ningún ordenamiento jurídico puede desconocer.*⁷

Este autor sitúa la dignidad humana como fundamento toral de los derechos fundamentales e incluso estima que el mismo se encuentra por encima del ordenamiento jurídico, es a decir suyo, lo que justifica la existencia de este grupo de derechos.

⁶ Laporta, *op. cit.*, p. 32.

⁷ Carpizo, *op. cit.* p. 3.

Sobre el fundamento de los derechos fundamentales Peces-Barba refiere que:

La justificación de la pretensión moral en que consisten los derechos se produce sobre rasgos importantes derivados de la idea de dignidad humana, necesarios para el desarrollo integral del ser humano. La recepción en el Derecho positivo es la condición para que pueda realizar eficazmente su finalidad.

El fundamento responde al ‘por qué’ de los derechos fundamentales y se sitúa principalmente en el rasgo señalado, la pretensión moral justificada, y el concepto, en una visión dinámica y no solamente estática, aunque la presuponga, responde al ‘para qué’ de los derechos fundamentales, y se sitúa principalmente en el segundo rasgo señalado, la recepción de esa pretensión moral en el Derecho positivo. La comprensión se produce con una respuesta adecuada al por qué y al para qué de los derechos.

El análisis histórico confirma que el desarrollo de la dignidad humana en que consisten los derechos fundamentales arranca de cuatro valores, libertad, igualdad, seguridad y solidaridad, que aparecen en el fundamento de algunos derechos mezclados⁸

Como puede verse, si bien Peces-Barba alude a la dignidad humana como fundamento de los derechos, igual que Carpizo, pero condiciona su efectividad a la recepción de éstos en el ordenamiento jurídico. Además, considera cuatro valores, libertad, igualdad, seguridad y solidaridad, como aquello que constituye un todo (la dignidad humana), que aparecen en los ordenamientos no de manera aislada, sino entremezclados.

Esta parte del porqué de los derechos fundamentales (su fundamento) en la opinión de Peces-Barba parece del todo relevante en la presente investigación, sobre todo porque aquí se indaga sobre los alcances, principalmente de dos de esos cuatro valores: seguridad jurídica y solidaridad, para definir si los cambios legales a los modelos pensionarios que se han presentado en la actualidad, respetan los mencionados valores, es decir, ahondaremos en el porqué de los derechos a la seguridad jurídica y de la seguridad social, para verificar si el para qué como técnica de convivencia social pacífica, se logra con las modificaciones a los modelos legales pensionarios.

⁸ Peces-Barba, Martínez, *op. cit.* pp. 29-35.

II. Solidaridad y seguridad jurídica como valores de los derechos fundamentales

Siguiendo al mismo Peces-Barba, diremos que la seguridad jurídica como derecho fundamental le antecedió en el tiempo al derecho a la seguridad social. El primero forma parte de los denominados derechos civiles y políticos de la primera generación, mientras que el segundo conforma el grupo de derechos económicos sociales y culturales. El citado autor menciona:

Además de la igualdad, y creo que también con un engarce privilegiado con el valor de la libertad, aparecen como fundamento de los derechos los valores de seguridad jurídica y de solidaridad.

Desde el punto de vista cronológico, la seguridad jurídica es un valor moral prioritario. Es, en muchos casos, el motivo central del pacto que justifica la aparición de la sociedad y del poder, fundamentalmente en el mundo moderno, y el instrumento necesario para que otros valores menos accesorios como la libertad sean posibles, con lo que aparece clara su conexión. Algunos pensarán que la seguridad es demasiado instrumental para poder situarla en el plano de la moralidad. Sin embargo, me parece que es una corriente muy amplia la que reconoce el valor eminente de la seguridad jurídica como condición de la convivencia. En ese sentido, no es posible el desarrollo moral de la persona sin la existencia de condiciones seguras, y eso sitúa a la seguridad en el núcleo de exigencias mínimas para que una sociedad se viable...

Finalmente, se puede hablar de la idea de solidaridad o de fraternidad, de honda tradición ética desde Grecia hasta nuestros días, como valor que está en la raíz de algunos de los derechos económicos, sociales y culturales y también de nuevos derechos como los referidos al medio ambiente.⁹

En ese contexto es pertinente verificar si el derecho a la seguridad social en México, como evidente muestra de solidaridad y fraternidad, admite el calificativo de derecho fundamental, para lo cual, debe acudir a su conceptualización y, en su caso, al tratamiento que se le da nuestro texto constitucional, pues no debe perderse de vista que, a decir de Pérez Luño,

⁹ Peces-Barba, *op. cit.* pp. 37-38.

de quedar imbíbido en la categoría de derecho fundamental, contará con una tutela más reforzada.

Ruiz Moreno, al tratar las diferencias entre seguro social, derecho de la seguridad social y seguridad social, atribuye a esta última las características de *disciplina heterogénea y polivalente...que requiere más bien de disquisiciones filosóficas para su explicación y comprensión*.¹⁰ Y recurre al contenido del artículo 2 de la Ley del Seguro Social vigente a partir de 1997, para procurar un enfoque objetivo de lo que implica este derecho. El dispositivo legal en mención señala la siguiente:

Artículo 2. La seguridad social tiene por finalidad garantizar el derecho a la salud, la asistencia médica, la protección de los medios de subsistencia y los servicios sociales necesarios para el bienestar individual y colectivo, así como el otorgamiento de una pensión que, en su caso y previo cumplimiento de los requisitos legales, será garantizada por el Estado.

Además, el artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, dispone lo siguiente:

Artículo 123. Toda persona tiene derecho al trabajo digno y socialmente útil; al efecto, se promoverán la creación de empleos y la organización social de trabajo, conforme a la ley.

El Congreso de la Unión, sin contravenir a las bases siguientes deberá expedir leyes sobre el trabajo, las cuales regirán:

A. Entre los obreros, jornaleros, empleados domésticos, artesanos y de una manera general, todo contrato de trabajo:

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

Por su parte, la fracción XI, apartado “B”, del artículo 123 del mismo ordenamiento en cita (*que regula los derechos sociales de los servidores públi-*

¹⁰ *Idem*, p. 46.

cos), al sentar las bases constitucionales del derecho a la seguridad social, señala lo siguiente:

B. Entre los Poderes de la Unión, el Gobierno del Distrito Federal y sus trabajadores:

XI. La seguridad social se organizará conforme a las siguientes bases mínimas:

a) Cubrirá los accidentes y enfermedades profesionales; las enfermedades no profesionales y maternidad; y la jubilación, la invalidez, vejez y muerte.

Así, es claro que el derecho a la obtención de la pensión como parte de la seguridad social, se trata de un derecho fundamental.

Ahora bien, acuerdo a la definición de derechos fundamentales que introduce Pérez Luño, se puede concluir que la seguridad social es un derecho fundamental y, que entre las partes que la conforman, figura las pensiones.

En las condiciones apuntadas podemos concluir que el derecho a percibir una pensión por parte de los trabajadores, en el contexto constitucional mexicano, es un derecho fundamental por ser parte de los mecanismos de seguridad social aquí estatuidos. Por tanto, su tratamiento debe ajustarse a los principios que por disposición de nuestra Ley Fundamental aseguran su cumplimiento, en particular, al principio de progresividad, que entraña la imposibilidad de retroceso en el alcance de protección a esa prerrogativa.

Una vez razonado que el derecho a obtención de pensiones por parte de los trabajadores, sean del sector privado o público, se traduce en un derecho fundamental, veamos los alcances del concepto de seguridad jurídica para luego pasar revista a su regulación en nuestra Constitución Federal y estar en condiciones de calificarle o no, de derecho fundamental.

A este respecto Rodrigo Borja sostiene lo siguiente:

Seguridad jurídica. *Es la certidumbre que las personas tienen sobre los alcances y límites de la autoridad pública. En el Estado de derecho hay referencias precisas respecto de hasta dónde llega el poder público y desde dónde comienza la esfera inviolable de los derechos*

de las personas. Lo cual torna predecible a la autoridad y elimina las arbitrariedades y las sorpresas en el ejercicio del poder. Genera en la sociedad un clima de seguridad jurídica y confiere a los gobernados las necesarias certezas y la tranquilidad de ánimo para que puedan desenvolverse su vida sin sobresaltos.

La seguridad jurídica es un valor propio del Estado de derecho, es decir, del Estado cuya misión fundamental es asegurar la realización del derecho en la sociedad. Esta forma de organización estatal ofrece a las personas la garantía de que el aparato coercitivo del Estado será siempre utilizado en la forma y las condiciones fijadas previamente por las leyes. Lo cual proporciona las certezas necesarias para vivir tranquila y apaciblemente. De estas certezas se desprenden otras. Ésta es la seguridad jurídica.

La seguridad jurídica es realmente un altísimo valor en la vida social. En virtud de ella las personas se mantienen a buen recaudo de los abusos de la autoridad, de las interpretaciones extensivas de las leyes penales y de las sorpresas desagradables que produce la arbitrariedad autoritaria y se esfuman los fantasmas del temor y de la angustia originados en la falta de precisión de los límites de la autoridad.¹¹

La seguridad jurídica entendida como la obligación por parte de la autoridad de ajustar su actuación a todo del marco normativo, encuentra base constitucional en diversos artículos que conforman ese ordenamiento. Siguiendo la corriente tradicional pueden mencionarse los artículos 8, 14, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22 y 23 de aquel ordenamiento como origen de ese derecho fundamental, tendiente a la limitación de los actos arbitrarios de la autoridad. Sin embargo, atendiendo a las definiciones reseñadas, podemos decir que este derecho permea en toda nuestra Constitución, pues no se antoja razonable dejar fuera del tratamiento de este derecho fundamental al artículo 1º del cuerpo de leyes invocado, en la medida en que contempla los principios que deben respetar los derechos fundamentales.

La seguridad jurídica así entendida, exige preponderantemente el respeto a todas las disposiciones constitucionales, de tal manera que toda problemática jurídica debe resolverse en forma armoniosa con la Constitución. En el caso a estudio, se estima que la forma en que se han venido resolviendo las controversias mediante las que se combaten disposiciones

¹¹ Borja, Rodrigo, *Enciclopedia de la política*, 3ª ed., México, Ed. Fondo de Cultura Económica, 2003, t. H-Z, pp. 1255-1256.

legales novedosas tendientes al incremento de requisitos para obtener pensiones, si bien resulta compatible con la teoría positivista clásica, su aplicación tradicional en el caso del derecho fundamental a la obtención de una pensión, trastoca uno de los principios que rigen el derecho fundamental a la seguridad social, se trata del principio de progresividad.

Lo anterior en la medida en que al estimar que no se ha adquirido un derecho por no cumplirse todos los requisitos que exige, en un momento determinado, la ley objeto de modificación, se introduce una nueva que, en realidad, encierra una regresión al derecho a la pensión tutelado, de tal suerte que bajo el discurso de respeto a la seguridad jurídica por no violentar un derecho adquirido, se trastoca un principio constitucional, con lo cual, se cae en la violación de dos principios, uno el de progresividad y, el otro, el de seguridad jurídica al amparo del cual se ha construido el argumento, porque no puede válidamente hablarse de seguridad jurídica cuando el discurso encierra una violación a un precepto constitucional.

III. La evolución progresiva de los derechos fundamentales

Los orígenes de los derechos fundamentales, junto con las condiciones históricas, económicas y sociales que acompañan su nacimiento marcan de forma determinante su aplicación y eficacia posterior. Los momentos de aparición de cada una de las generaciones y la realidad social que se vivía, deben servir de criterio orientador para su adecuada comprensión y aplicación.

Es muy importante resaltar desde ahora que los derechos fundamentales nacen de una necesidad social de limitar los poderes del Estado, un Estado liberal, configurando una esfera de protección hacia los gobernados de tolerancia y limitación a los poderes estatales.

Gregorio Peces-Barba evidencia de forma muy clara el fenómeno social que originó el surgimiento de los derechos fundamentales.

Cuando el Estado Absoluto deja de ser un elemento de apoyo al cambio se convierte en una rémora y cuando otros factores, como los religiosos (las guerras de religión serán una gran dificultad para el comercio), coincidan en dificultar el progreso del protagonismo de la burguesía propietaria y comerciante, se empezarán a producir las primeras formulaciones de la filosofía de los derechos fundamentales, en defensa de la tolerancia y de la limitación del poder absoluto.

Las libertades civiles, primer momento histórico de los derechos fundamentales, serán impulsadas por esta mentalidad cuando la burguesía se sienta ahogada por la presión del Estado absoluto y necesite ese ámbito de autonomía para el progreso del comercio, de la economía del mercado libre y para el desarrollo de la profesión. El siguiente paso, también apoyado en esta mentalidad – que será ya, mentalidad liberal-, consistirá en la reivindicación de los derechos políticos para la burguesía, y en estos planteamientos encontrarán autores como Jellinek los orígenes protestantes de las declaraciones de derechos.¹²

Así, aunque pareciera desalentador, el autor refiere que el nacimiento de los derechos fundamentales se encuentra vinculado a la necesidad que tuvieron los grupos de poder económico, de limitar los poderes del monarca y asegurar ciertas condiciones de libertad para sus actividades. En una época del auge del estado liberal se pretendía que el Estado interviniera lo mínimo posible en la convivencia social y dejar en manos de las fuerzas del mercado el destino de la sociedad. Estas condiciones marcaron el contenido de la primera generación de los derechos fundamentales. Por ello, en ese catálogo de derechos, en el que figura la seguridad jurídica, el derecho a la privacidad, la inviolabilidad del domicilio y correspondencia, entre otros, se buscaba decididamente poner freno a los excesos en que había incurrido el Estado.

Claro, la seguridad jurídica como institución alentadora de la libertad de los individuos vino acompañada desde su nacimiento de otras figuras que le dotan de eficacia y contenido, entre éstas, criterios de validez normativa, dentro de los que encaja la figura de la irretroactividad normativa.

Pero los derechos fundamentales no se quedaron ahí, estáticos en una primera generación, a decir de Peces-Barba, derechos como el relativo al sufragio hizo que algunos grupos sociales se incorporaran a los entes gubernamentales y desde allí pujaran por el reconocimiento de ciertos derechos colectivos que, en su concepción y naturaleza, distan mucho de los derechos de primera generación. Esta nueva ola de derechos de segunda generación conocida como derechos económicos, sociales y culturales, contraria a la anterior, exige un estado cada vez más intervencionista para la resolución de problemas sociales.

¹² Peces Barba, *op. cit.* pp. 75 y 80.

Peces-Barba señala:

Como consecuencia de la acción coordinada del ejercicio del derecho asociación y del sufragio por esos grupos sociales democráticos, radicales o socialistas, se incorporarán al Parlamento representantes de los partidos obreros que defenderán sus intereses y que plantearán problemas ajenos a los que tradicionalmente interesaban a la burguesía. Esta dinámica, que llevará a la formación incluso de gobiernos socialistas, incidirá en el constitucionalismo con una actuación positiva de los poderes públicos y con una nueva función atribuida al Derecho, la promocional, sobre todo a través del incremento de la acción del Derecho Administrativo y del Laboral.

La influencia de esa situación en el tema de los derechos fundamentales consistirá en la formulación de unos nuevos derechos, los llamados derechos económicos, sociales y culturales, a la educación, a las condiciones del trabajo y en el trabajo, a la protección de la salud y a la sanidad, a la seguridad social, etc.

Efectivamente, los derechos de inspiración liberal suponen la libertad de hacer lo que se quiera, y comprenden los derechos individuales (libertad de conciencia, de pensamiento, de expresión, etc.), las garantías procesales (proceso legal, presunción de inocencia, derecho de defensa), algunas dimensiones de la igualdad formal que responden, como las garantías procesales, a exigencias de seguridad jurídica (generalización de los destinatarios de las normas e igualdad procesal).

El modelo socialista de derechos fundamentales es el último en el tiempo. Pretende incorporar elementos igualitarios a la libertad y excluir de la misma a las dimensiones con imposible contenido igualitario, como la propiedad. Pretende crear las condiciones para que todos puedan disfrutar de los derechos de raíz liberal y democrática. Pretende, en definitiva, extender a la clase trabajadora los beneficios de la revolución liberal.¹³

Las autorizadas palabras del autor nos permiten concluir que las razones que inspiraron las primeras dos generaciones de derechos fundamentales tienen una esencia antagónica, en la primera se pretendía una mínima intervención estatal, mientras que en la segunda se exige al Estado una

¹³ Peces Barba, *op cit.*, pp. 131 y 133.

marcada intervención en aras de proteger lo que constituye la existencia de los derechos fundamentales, la dignidad humana.

Conclusiones

En las mencionadas condiciones, llama la atención que la forma en que se ha abordado la problemática relativa a las modificaciones de esquemas legales pensionarios se encuentra edificada sobre figuras compatibles con aquello que dio origen a la primera generación de derechos: limitaciones al poder.

En efecto, la irretroactividad de la ley como principio de validez normativa acompañó a la seguridad jurídica desde su nacimiento en la primera generación de derechos fundamentales, es decir, se creó y sirve para calificar derechos de esa misma naturaleza. Pero aplicar ese rasero a un análisis de derechos de segunda generación parece inadecuado. La razón es simple, al enfocarse en cuestiones estrictamente formales como los principios de validez normativa, se descarta la sustancia de los derechos sociales, como son la obtención de pensiones en el marco del derecho a la seguridad social.

Esa postura quebranta, por un lado, el valor de la seguridad jurídica en la medida en que las personas ya no saben a qué atenerse cada día, las condiciones pensionarias pueden cambiar en cualquier momento, y por otro lado, es una medida que pugna totalmente con el valor de la solidaridad y fraternidad, puesto que las generaciones de personas se vuelven insolidarios con aquellos que están alcanzando la vejez y esperan la obtención de prestaciones que les posibiliten vivir con dignidad.

Parfraseando a Ferrajoli, ese conjunto de derechos sustanciales forma parte de la esfera de lo no decidible, de la democracia sustancial. No basta realizar un análisis formal que atienda a la vigencia de la norma jurídica, que pueda considerarse válida en la medida en que haya sido elaborada siguiendo al proceso formal predeterminado, esa postura es inherente al positivismo clásico ya superado en nuestros días. El análisis de la constitucionalidad de una norma modificatoria a la alza en requisitos pensionarios, debe resistir también un análisis de validez sustancial, de lo contrario debe declararse inconstitucional.

Fuentes

- Borja, Rodrigo: *Enciclopedia de la política*, 3ª. ed., México, Ed. Fondo de Cultura Económica, 2003.
- Carpizo, Jorge: *Los Derechos Humanos: Naturaleza, Denominación y Características*, Scielo, México, núm. 25, julio-diciembre de 2011.
- Ferrajoli, Luigi: *Derechos y Garantías*, 7ª ed., Madrid, 2010.
- Laporta, Francisco: *El Concepto de Derechos Humanos, Doxa*, 1987, núm.4.
- Peces-Barba, Gregorio: *Curso de derechos fundamentales. Teoría General*. Madrid, Universidad Carlos III. Madrid, 1999.
- Ruiz Moreno, Ángel Guillermo: *Nuevo derecho de la seguridad social*, 14ª ed., México, Porrúa, 2015.

La constitucionalización del derecho al agua en Latinoamérica

Texto supervisado, aprobado y avalado para su publicación por su Director de tesis: Dr. José de Jesús Becerra Ramírez¹

Irma Salas Benítez²

RESUMEN: Este artículo esboza algunas consideraciones sobre: 1) la positivización de los derechos como vía para su exigibilidad; 2) las cláusulas de apertura al derecho internacional como otras vías constitucionales para acceder a los derechos; 3) la ineficacia de la previsión constitucional de garantías para materializar los derechos frente a la falta de una garantía ética para su cumplimiento por parte de los poderes del Estado; 4) las conclusiones obtenidas del estudio comparado de las constituciones más ilustrativas en cuanto al reconocimiento, contenido y garantías del derecho al agua en Latinoamérica.

ABSTRACT: This article outlines some considerations about: 1) the positization of rights as a way to their enforceability; 2) the opening clauses to the international law as other constitutional ways to access rights; 3) the ineffectiveness of the constitutional guarantees to materialize the rights against the lack of an ethical guarantee for their compliance by the state authorities; 4) the conclusions obtained from the comparative study of the most illustrative constitutions regarding the recognition, content and guarantees of the right to water in Latin America.

Palabras clave: positivización, derecho al agua, garantía.

Key words: positization, right to water, guarantee.

¹ Doctor en Estudios Avanzados de Derechos Humanos por el Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III de Madrid; Miembro del Sistema Nacional de Investigadores en México y Director de la División de Estudios Jurídicos del Centro Universitario de Ciencias Sociales y Humanidades de la Universidad de Guadalajara.

² Maestra en Derecho por la Universidad de Guadalajara. Notas: Línea de investigación Derecho Constitucional. El presente artículo es parte de la investigación para mi futura tesis doctoral.

SUMARIO: I. La positivización del derecho al agua y la garantía ética de su cumplimiento. II. La constitucionalización del derecho humano al acceso al agua en México. III. Bolivia. IV. Colombia. V. Ecuador. VI. Panamá. VII. Uruguay. Conclusiones. Fuentes.

I. La positivización del derecho al agua y la garantía ética de su cumplimiento.

Aunque de cierta forma todos participamos para el cumplimiento de los derechos, el Estado es el primer obligado a tutelarlos. Una de las manifestaciones de su voluntad para tal efecto es su positivización: prever jurídicamente el reconocimiento y garantía de los derechos favorece considerablemente su exigibilidad y, en general, el cumplimiento de las obligaciones estatales para propiciar un entorno de bienestar.

En un esbozo de las consideraciones que hace Aniza García³ sobre la conveniencia que representa la positivización del derecho al agua en un Estado para su materialización, cabe mencionar que ello resulta primordial porque, además de ser el fundamento para la creación y desarrollo de todas las normas secundarias que lo tutelen, el Estado mediante su reconocimiento expreso se obliga a: asegurar los bienes y recursos que son objeto del derecho, otorgar progresivamente su prestación y presupuestar los recursos suficientes para ello; así como a proteger prioritariamente a los grupos más vulnerables frente a quienes tienen en propiedad o posesión recursos y bienes que, como el agua, por ser satisfactores de necesidades básicas para la supervivencia, constituyen derechos y por ello están fuera del mercado y sujetos estrictamente a un sistema de garantías. Esta autora infiere a través de la interdependencia de los derechos que cuando el derecho al agua no figura reconocido como tal en el catálogo expreso de derechos de una constitución, se tendrá implícitamente reconocido a través del contenido de otros derechos que sí lo están y para cuya realización el acceso al agua es requisito indispensable; tal es el caso de los derechos a: la vida, salud, vivienda digna y un nivel de vida adecuado. Aun

³Miembro del Consejo del fondo de cooperación para agua y saneamiento de la Agencia española de cooperación internacional para el desarrollo; miembro de Waterlex: ONG internacional para la investigación en gobernanza y defensa del derecho al agua; así como miembro en sesiones de trabajo sobre el derecho humano al agua de la correspondiente Relatoría de Naciones Unidas.

así, el reconocimiento constitucional implícito o explícito del derecho al agua no significa por sí sólo una garantía efectiva del mismo, pues para su perfeccionamiento se necesita además un auténtico compromiso del poder político y voluntad de los órganos judiciales y demás instituciones para su implementación.⁴

Este compromiso auténtico por parte de los poderes del Estado al que hace referencia Aniza García, ha sido abordado por otros autores como las implicaciones éticas de la garantía del derecho al agua. Víctor M. Sánchez,⁵ por ejemplo, afirma que: la existencia de los derechos tiene una vertiente ética, moral y política relevante, por lo que aunque el Derecho reconozca y proteja un conjunto de necesidades comunes básicas compartidas, situación que ya es un avance significativo, puede ser que en un descuido el derecho al agua quede en el limbo de las buenas intenciones si no existe el debido soporte ético para evitar desviaciones institucionales y normativas.⁶

El reconocimiento constitucional del derecho al agua no constituye su garantía, únicamente un aspecto de ella; de hecho, sólo una de tantas vías jurídicas para su exigibilidad. La materialización del derecho más allá de su enunciación expresa, depende del aspecto ético de su garantía, es decir, del ánimo que tengan los actores estatales para su realización, porque de no existir éste, la positivación constitucional del derecho puede quedar únicamente en una declaración de buenas intenciones. Puede ser, como opina Pedro Arrojo,⁷ que la realización del derecho al agua se trate de un problema ético, pues las prioridades de sus usos y funciones se relativizan atendiendo a intereses económicos sin importar las afectaciones a la salud de comunidades enteras y la insostenibilidad de los ecosistemas o la nece-

⁴Hasta aquí y por lo que ve a este apartado, las ideas planteadas son un esbozo de lo que al respecto es tratado más ampliamente en: García, Aniza: *El derecho humano al agua*, Ed. Trotta, Madrid, España, 2008, pp. 220 y 221.

⁵ Profesor de Derecho internacional público y Derecho de la Unión Europea en la *Universitat Oberta de Catalunya*; Director del Máster Universitario en Derechos Humanos, Democracia y Globalización de la misma universidad y autor de diversas publicaciones académicas en materia de Derecho internacional, Derecho de la Unión Europea y Derechos Humanos.

⁶ Sánchez, Víctor M.: "Hacia un derecho humano fundamental al agua en el Derecho internacional", en *Revista electrónica de estudios internacionales*, nº 16, 2008, p.13.

⁷ Doctor en Ciencias Físicas por la Universidad de Zaragoza e investigador desde hace veinticinco años en el tema de la "Economía del agua"; Aseso de la Comisión Europea sobre el Plan Hidrológico Nacional Español; Presidente del Comité científico que redactó la Declaración Europea por la Nueva Cultura del Agua y Miembro del Comité MAB de la UNESCO.

sidad que tengan los sectores más vulnerables de la población de contar con acceso al agua y con ello condiciones dignas de vida.⁸

Por otra parte, además de la constitucionalización del derecho al agua por la vía de su reconocimiento directo, no se puede omitir señalar que el derecho al agua ha de considerarse también reconocido constitucionalmente en razón de la vinculación de un Estado a instrumentos internacionales que lo prevén implícita o explícitamente, de forma independiente o en razón de su interdependencia con otros derechos; porque al ser integrados dichos instrumentos al bloque de constitucionalidad del Estado, también lo son el reconocimiento del derecho al agua y las obligaciones derivadas de su garantía a cargo del Estado.

Ahora bien, además de la integración al bloque de constitucionalidad de los instrumentos internacionales vinculantes que reconocen el derecho al agua, se puede hablar también de la integración al bloque, a través de vías constitucionales de apertura de los Estados al derecho internacional, de todos los elementos configurativos de ese derecho que han sido aportados mediante las interpretaciones realizadas por *órganos facultados* por los propios instrumentos vinculantes para tal efecto. En el caso específico de América Latina, atendiendo a un ejercicio de convencionalidad de conformidad a los parámetros más amplios establecidos por el órgano jurisdiccional del sistema interamericano a través de jurisprudencia que dispone que el control de convencionalidad implica también las interpretaciones de la convención hechas por el órgano facultado para tal efecto por el instrumento vinculante.⁹ Ejercicio que, incluso, puede argumentarse ha de ser trasladado del ámbito interamericano al ámbito internacional a través del principio de buena fe contenido en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, con la finalidad de integrar al bloque de constitucionalidad los pronunciamientos orientadores producidos por organismos internacionales jurisdiccionales y no jurisdiccionales, así como la teoría y doctrina en la que se han fundamentado.

Existen entonces varias vías para el reconocimiento y garantía del derecho al agua por parte del Estado: reconocimiento explícito en la constitución; inclusión al bloque de constitucionalidad vía tratados internacionales

⁸ Arrojo, Pedro: *El reto ético de la nueva cultura del agua. Funciones, valores y derechos en juego*, Ed. Paidós, Barcelona, España, 2006, p. 106.

⁹ Véanse: sentencias Cabrera García y Montiel Flores párr. 225, así como Rosendo Cantú y *et. al.* párr. 219; ambas emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos condenando al Estado mexicano.

y sus interpretaciones; reconocimiento supraconstitucional de estos instrumentos internacionales; ejercicio del control convencional y, a través de los principios que sirven como criterios interpretativos del orden jurídico de algunos Estados como son los principios de interpretación conforme y el principio de interdependencia. Todo lo anterior puede hacer del derecho al agua un derecho fundamental totalmente exigible a los Estados.

II. La constitucionalización del derecho humano al acceso al agua en México.¹⁰

Este estudio constitucional comparado respecto del reconocimiento expreso para la tutela y cumplimiento del derecho al agua en Latinoamérica inicia con México, por ser la jurisdicción objeto de estudio en el proyecto final de la tesis doctoral de la cual este documento representa sólo un avance.

El derecho humano al agua potable y el saneamiento fue explícitamente reconocido por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, mediante reforma hecha a su artículo 4° en decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 08 de febrero de 2012.¹¹ En dicho decreto se adiciona al artículo 4° un sexto párrafo que reconoce el derecho al acceso, disposición y saneamiento de agua para consumo personal y doméstico, así como su garantía por parte del Estado y la concurrencia de los tres órdenes de gobierno para que su acceso y uso sean equitativos y sustentables. A continuación el texto íntegro de la adición:

Artículo 4. (...) Toda persona tiene derecho al acceso, disposición y saneamiento de agua para consumo personal y doméstico en forma suficiente, salubre, aceptable y asequible. El Estado garantizará este derecho y la ley definirá las bases, apoyos y modalidades para el acceso y uso equitativo y sustentable de los recursos

¹⁰ Artículos constitucionales en México relativos al agua: 4° sexto párrafo; 27 fracciones I, VII, VIII incisos a), b) y c) y fr. XVIII; 42 fracciones I, II, III, IV, V y VI; 48; 73 fracciones XVII, XXIX núm. 2 y fr. XXIX-L; 107 fr. II párrafos 5 y 6; y 115 fr. III inciso a) y fr. V inciso i).

¹¹ El texto íntegro del decreto puede ser consultado en: DECRETO por el que se declara reformado el párrafo quinto y se adiciona un párrafo sexto recorriéndose en su orden los subsecuentes, al artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, DOF, 8-II-2012, Visto: 15-I-2017, http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5232952&fecha=08/02/2012

hídricos, estableciendo la participación de la Federación, las entidades federativas y los municipios, así como la participación de la ciudadanía para la consecución de dichos fines. (...)

Indudablemente, esta reforma significó un gran avance en el reconocimiento constitucional y la positivización del derecho al agua en México, pero todavía falta mucho camino por recorrer en cuanto a su implementación y garantía. Más que a la falta de contenido y descripción de los elementos que integran el derecho a nivel normativo, esa situación inconveniente se debe a la falta de aplicación por parte de las autoridades estatales de todas las posibilidades previstas en la constitución para integrar de forma vinculante y exigible los elementos que reconocen, dan contenido e interpretación al derecho al agua en instrumentos, tanto vinculantes como orientadores, cuya aplicación obligatoria puede válidamente argumentarse por parte de los operadores jurídicos nacionales.

Por eso, el reconocimiento constitucional del derecho al agua en México pudiera parecer limitado en comparación a lo que otros ordenamientos constitucionales latinoamericanos contienen al respecto, pues cuando México dedica apenas algunos párrafos para su reconocimiento y configuración; otras constituciones como la de Ecuador, por ejemplo, tienen capítulos completos para su regulación con el fin de perfeccionar su reconocimiento con las herramientas necesarias determinadas desde el ámbito constitucional. Pero en México, el artículo 1º constitucional prevé vías constitucionales de máxima apertura para integrar al sistema jurídico nacional todo el contenido dado al derecho al agua en ámbitos internacionales, por lo que, aplicadas estas vías de interpretación para integrar dichos elementos al bloque de constitucionalidad, no resulta necesaria la enunciación expresa de todos los criterios, ya que éstos pueden ser aplicados por la vía de diversos criterios interpretativos que así lo permiten.

Cabe mencionar que además del párrafo sexto del artículo 4º constitucional que declara el reconocimiento expreso del derecho humano al agua, el ordenamiento constitucional mexicano contiene otras disposiciones relativas al tema, como a continuación se verá, a través de su síntesis y análisis.

Por lo que ve a la propiedad y dominio del recurso, las aguas que se encuentran dentro del territorio mexicano son propiedad originaria de la nación, que tiene el dominio directo sobre ellas y, además, la facultad de transmitirlo a los particulares a través de concesiones otorgadas por el eje-

cutivo federal para su uso y explotación, incluso, para la constitución de la propiedad privada, pero, quedando estas figuras sujetas en todo momento a las modalidades que dicte el interés público.

El derecho de adquirir el dominio sobre las aguas o su concesión para explotación es exclusivo de los mexicanos y las sociedades mexicanas, sin embargo, constitucionalmente se prevé la posibilidad de que también los extranjeros puedan ser titulares de estos derechos si convienen con la Secretaría de Relaciones Exteriores para considerarse como nacionales respecto de tales bienes y renunciar a la protección de sus gobiernos para la tutela de los derechos que sobre éstos tienen; perdiendo, de lo contrario, los bienes en beneficio de la nación. Aun con lo anterior, cabe mencionar que por ningún motivo, los extranjeros podrán adquirir el dominio directo sobre las aguas que corresponden a una franja de cincuenta kilómetros de las playas.

La nación tiene la propiedad de las aguas de los mares territoriales y las marítimas interiores que son elementos integrantes del territorio nacional en la extensión y términos que fija el Derecho Internacional. En los mares territoriales se encuentra además la zona económica exclusiva que comprende doscientas millas náuticas medidas a partir de la línea de base desde la cual se miden éstos y que, por supuesto, es también propiedad de la nación, salvo en los casos en que ésta se superponga con la zona económica exclusiva de otros Estados, situación en la que deberán convenirse entre ellos las respectivas delimitaciones. Por otra parte, tratándose de las aguas marinas interiores y la propiedad que el Estado tiene sobre ellas, abarca las lagunas, esteros, lagos interiores, ríos, manantiales y las aguas extraídas de las minas, cauces, lechos, riberas y corrientes interiores. Las aguas que esta constitución no ha incluido en la mención anterior serán consideradas como parte integrante de los terrenos por los que corra su cauce o en los que se encuentre su depósito; en caso de que esto sea en dos o más predios, el aprovechamiento las aguas será de utilidad pública y quedará sujeto a las disposiciones que para tal efecto dicten los Estados.

El aprovechamiento del agua será siempre en beneficio social, encaminado a mejorar las condiciones de vida de las comunidades tanto urbanas como rurales; para la distribución equitativa de la riqueza pública, la procuración del desarrollo del país y la conservación misma del recurso. Estos mismos objetivos habrá de perseguir toda obra pública en materia de agua y toda ordenación de los asentamientos humanos para asegurarles la adecuada provisión, uso, reserva y destino de aguas.

En ese mismo sentido, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos hace un especial énfasis en los derechos que sobre el agua tienen los núcleos ejidales y comunales, estableciendo que la regulación de su aprovechamiento deberá orientarse a elevar el nivel de vida de sus pobladores.

Ahora, abordando las consideraciones que hace esta constitución respecto de los derechos que sobre el agua tienen los ejidos, cabe mencionar que tratándose de juicios constitucionales cuyo acto reclamado tenga o pueda tener como consecuencia la privación de la posesión, propiedad o disfrute de sus aguas, es obligación de la autoridad competente recabar de oficio todas las pruebas que puedan beneficiarles, así como acordar las diligencias necesarias para precisar sus derechos agrarios y la naturaleza y efectos de los actos reclamados. Se establece además constitucionalmente que en dichos juicios no serán procedentes ni el sobreseimiento por inactividad procesal ni la caducidad de la instancia en perjuicio de los núcleos ejidales, pero sí podrán ser decretados en su beneficio; de la misma manera, tampoco procederán el desistimiento ni el consentimiento de los actos a menos que éstos sean acordados o emanados de la asamblea general.

Por otra parte resulta de especial atención el hecho de que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos declara nulas todas las concesiones, ventas, diligencias de apeo, deslinde, transacciones, enajenaciones o remates, cuyo resultado haya sido la invasión u ocupación ilegal de las tierras y aguas de los ejidos o de terrenos pertenecientes a pueblos, rancherías, congregaciones o comunidades; siendo además objeto de revisión todos los contratos y concesiones realizados por gobiernos anteriores si a consecuencia de ellos se dio el acaparamiento de aguas por una sola persona o sociedad, facultándose al ejecutivo federal para declararlos nulos en caso de que contravenga el interés público.

Pasando a las competencias nacionales en materia de aguas, iniciemos con las relativas a la cuestión legislativa. Partiendo de lo general a lo particular tenemos que es competencia del Congreso de la Unión legislar sobre el aprovechamiento y explotación de los recursos naturales, entre los cuales se encuentra el agua. Esta facultad legislativa se especifica a la expedición de leyes relativas a la pesca y la acuacultura, para regular la concurrencia del gobierno federal, estatal y municipal, así como la participación del sector social y privado en dichas áreas.

Siguiendo con el tema de las competencias nacionales en materia de agua y por lo que ve a la prestación del servicio público de agua potable,

drenaje, alcantarillado, tratamiento y disposición de aguas residuales, tenemos que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece que ésta corresponde a los municipios, ya que éstos podrán coordinarse y asociarse para su prestación, incluso, entre municipios de dos o más entidades federativas si así lo aprueban las legislaturas correspondientes. Asimismo esta asociación o coordinación para la prestación del servicio puede ser convenida no sólo entre municipios sino, además, entre el municipio y el estado.

Por otra parte el municipio, si así lo considera necesario, puede solicitar al estado que asuma la prestación del servicio o, por el contrario, se prevé la posibilidad de que sea el propio estado quien solicite al municipio asumir la prestación del servicio cuando estime que el municipio se encuentra imposibilitado para tal efecto, caso en el que será necesaria la aprobación de al menos dos terceras partes del ayuntamiento para que la prestación del servicio pase a cargo del estado.

Finalmente, siguiendo con las competencias municipales en materia de agua y la manera en la que estas se pueden coordinar con otras estatales o federales, nos encontramos con que los municipios están constitucionalmente facultados para convenir con el ejecutivo federal la administración y custodia de las aguas federales.

Una vez, estudiado el contenido y garantía que el Estado mexicano reconoce al derecho al agua, se expondrán las conclusiones obtenidas, por Estado y en orden alfabético, del estudio comparativo entre algunos de los ordenamientos constitucionales de Latinoamérica que resultan más ilustrativos en el tema. Las conclusiones serán presentadas por Estado y en orden alfabético.

III. Bolivia.¹²

La constitución del Estado Plurinacional de Bolivia reconoce y tutela amplia, explícita y reiteradamente a lo largo de su contenido el acceso al agua potable y el saneamiento como un derecho humano fundamental y universal, cuya obligación de garantía y protección corresponde al Estado.

¹² El detalle de cada aspecto que contempla la constitución de Bolivia en el reconocimiento del derecho al agua y su regulación puede ser consultado en los artículos: 16 fr. I; 373 frs. I y II; 373 frs. I y III; 189 fr. I; 374.I. frs. II y III; 375 fr. II; 376; 377 frs. I y II.

La valoración que el Estado de Bolivia tiene del agua como derecho humano y como bien económico, impide constitucionalmente que tanto el recurso, por ser estratégico para el desarrollo y la soberanía, como el servicio, por ser su acceso una condición esencial para la vida digna, sean objetos de privatización y concesión.

De manera general podemos mencionar que en el ámbito interno, la constitución de Bolivia establece al Estado las siguientes obligaciones respecto de la tutela y protección del derecho humano al agua: prestación de un servicio público universal, accesible y continuo de agua potable; gestión, regulación, protección y planificación de los recursos hídricos en atención a los principios de solidaridad, equidad y sustentabilidad; y utilización prioritaria de los recursos hídricos para la subsistencia y bienestar de la población.

Además, en el ámbito internacional, contempla el cumplimiento de las siguientes obligaciones por parte del Estado en materia de aguas: garantía de la soberanía y los intereses nacionales en la suscripción de cualquier tratado internacional en materia de aguas; y resguardo permanentemente de las aguas fronterizas para la conservación del recurso y la integración de los pueblos.

Esta constitución considera también para la regulación del agua los siguientes aspectos: la importancia y trascendencia del agua en las dimensiones sociales, culturales y ambientales y la situación de vulnerabilidad de los recursos hídricos; el derecho que tienen los pueblos indígenas de acuerdo a sus usos y costumbres sobre el manejo y gestión sustentable de sus aguas; y las propiedades curativas de determinados cuerpos acuáticos clasificándolos como medicinales y señalando que su conservación y protección, al igual que los demás cuerpos acuáticos, son prioritarias para el Estado.

IV. Colombia.¹³

El Estado de Colombia ha establecido a nivel constitucional un extenso y detallado catálogo de derechos sociales, entre ellos: el derecho humano al agua potable y el saneamiento que, si bien es cierto, no es mencionado

¹³ El detalle de cada una de las disposiciones constitucionales relativas al derecho humano al agua, su reconocimiento y garantía en el Estado de Colombia puede ser consultados en los artículos 356 inciso a); artículo 357 y artículo 366.

expresamente como tal, su acceso sí es considerado una necesidad básica para el bienestar y la calidad de vida de las personas, lo cual tácitamente le reconoce dicho carácter fundamental. Por otra parte, la constitución colombiana establece también que la satisfacción de dicha necesidad, al igual que el cumplimiento de los demás derechos sociales, es objetivo fundamental del Estado y que éste habrá de darles atención prioritaria a través de los planes, el presupuesto y el gasto público.

El Estado de Colombia llega al punto, inclusive, de limitar constitucionalmente a sus entidades para que no destinen el excedente de sus recursos a otros rubros, en tanto no garanticen primero la prestación universal y calificada de los servicios públicos que hacen los derechos sociales una realidad palpable a la población, entre ellos, el servicio público domiciliario de agua potable y saneamiento.

Hablamos de una constitución de carácter eminentemente social que hace hincapié en reiteradas ocasiones respecto de la obligación que tiene el Estado para atender preferentemente a los sectores más vulnerables; en ese sentido, esta constitución establece que serán éstos los principales beneficiarios en los planes y presupuestos destinados a la ampliación de la cobertura de los servicios públicos que les permiten ejercer sus derechos sociales, entre ellos el servicio público domiciliario de agua potable y saneamiento. Se puede decir que el máximo cuerpo normativo colombiano regula, en general, el servicio público de agua potable y saneamiento así como la distribución de los recursos para su prestación, siempre de conformidad a los principios de solidaridad y equidad.

Es de resaltarse además, que la constitución de Colombia tutela el ejercicio del derecho humano al agua y el saneamiento en su más alto nivel, pues atribuye al servicio público de agua potable y saneamiento la característica de ser domiciliario, misma que es la máxima expresión de accesibilidad física al recurso y por lo tanto el mejor nivel de ejercicio del derecho al permitir un suministro continuo a través de grifos en cada vivienda, es decir, un acceso óptimo para la satisfacción del derecho, de las necesidades básicas de consumo personal y doméstico que incluyen: higiene personal, de alimentos y casa, lavandería y baño.¹⁴

¹⁴ Para especificar el nivel tutela constitucional del derecho al agua en Colombia, véanse los criterios establecidos por la Organización Mundial de la Salud sobre los niveles de satisfacción del derecho en: Howard, Guy y Bartram, Jamie: *La cantidad de agua domiciliaria, el nivel del servicio y la salud*, Ed. Organización Mundial de la Salud, Ginebra, Suiza, 2003, Resumen ejecutivo.

La constitución de Ecuador reconoce el derecho humano al agua como un derecho fundamental e irrenunciable. Supone el agua como un recurso esencial para la vida y un elemento vital para la naturaleza y la existencia de los seres humanos, por lo que es obligación del Estado garantizar su acceso equitativo, permanente y de calidad como condición no sólo para la subsistencia, sino también para el desarrollo.

Esta constitución considera el agua como un bien nacional público, inalienable, imprescriptible, inembargable y estratégico debido a sus implicaciones económicas, sociales, políticas y ambientales; por lo que prohíbe expresamente toda forma de privatización, siendo facultades exclusivas del Estado su administración, regulación, control y gestión para el pleno desarrollo de los derechos y el interés social de acuerdo a los principios de sostenibilidad, precaución, prevención y eficiencia.

La constitución de Ecuador prioriza el destino de los recursos hídricos para el consumo humano, y después en el siguiente orden para: el riego que garantice la soberanía alimentaria, el caudal ecológico y finalmente, para las actividades productivas. Es importante resaltar en este último aspecto, que cualquier aprovechamiento del agua con fines productivos, ya sea por parte del sector público o del sector privado, requerirá autorización por parte del Estado.

En lo relativo al servicio público de agua potable, está previsto constitucionalmente que éste incluye los servicios de riego y saneamiento, alcantarillado y depuración de aguas residuales, y que todos ellos son considerados servicios sociales necesarios y su prestación compete al municipio; siendo únicamente personas jurídicas estatales o comunitarias las que pueden efectuarlo. La paralización o suspensión de estos servicios está prohibida aun cuando se haga en razón del reclamo a los principios que sustentan el derecho al trabajo.

La constitución ecuatoriana establece como principios rectores de la prestación de estos servicios: obligatoriedad, generalidad, uniformidad, eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, regularidad, con-

¹⁵ Artículos de la constitución ecuatoriana relativos al derecho al agua: 3 fr. 1; 12; 15; 32; 66 fr. 2; 264 fr. 4; 276 fr. 4; 281 fr. 4; 282; 313; 314; 318; 326 fr. 15; 375 fr. 6; 411; 413; 415; 419 fr. 8; 423 fr. 2 y disposición transitoria vigesimosexta.

tinuidad y calidad. Siendo además que, los precios y las tarifas por su prestación deberán ser equitativos; en ese sentido, llama la atención que esta constitución establece en una de sus disposiciones transitorias la condonación de las deudas de agua para el consumo humano a los usuarios en situación de extrema pobreza que hayan sido contraídas previamente al 2008, año en que entró en vigor dicha constitución.

La constitución de Ecuador prevé la obligación del Estado de promover el uso de tecnologías ambientalmente limpias y energías renovables, alternativas y diversificadas de bajo impacto que no contaminen los recursos hídricos, para que no se afecte o se ponga en riesgo la garantía del derecho humano al agua. Asimismo, es también obligación del Estado, regular toda actividad que pueda afectar la calidad y cantidad del agua, así como la planeación, ejecución y evaluación de políticas integrales para el uso racional del agua, reciclaje y tratamiento adecuado de desechos líquidos.

En su relación con el derecho humano a la alimentación, la constitución de Ecuador, impone al Estado la obligación de promover las políticas que permitan al campesino el acceso al agua como recurso productivo para lograr la soberanía alimentaria que es, además, un objetivo estratégico. De igual forma, se impone al Estado la obligación de regular el agua para riego y producción de alimentos bajo los principios de equidad, eficiencia y sostenibilidad ambiental, prohibiéndose el acaparamiento o privatización del agua y sus fuentes.

Por lo que ve a la relación del derecho humano al agua con el derecho humano a una vivienda digna, la constitución de Ecuador, señala que garantizar la dotación ininterrumpida del servicio público de agua potable es una condición para el cumplimiento del derecho humano a una vivienda digna contemplando, incluso, no únicamente los espacios en los cuales la estancia es permanente sino también parcial, como escuelas y hospitales.

En el ámbito internacional esta constitución establece que, si bien es cierto, la ratificación o denuncia de tratados internacionales requieren la aprobación previa de la Asamblea Nacional, esta situación adquiere todavía mayor relevancia tratándose de instrumentos que comprometan el patrimonio natural, especialmente el agua.

Por lo que ve a sus relaciones con otros países, especialmente los latinoamericanos y del Caribe, esta constitución señala que es un objetivo estratégico del Estado la promoción de estrategias conjuntas para el manejo sustentable del patrimonio natural, principalmente la conservación del agua.

VI. Panamá.¹⁶

La constitución de la República de Panamá considera implícitamente el acceso al agua como un derecho humano universal, pues lo refiere como condición para el desarrollo de una vida digna y como prestación para toda la población a cargo del Estado, cuya obligación es proteger el recurso a fin de garantizar su acceso en la medida suficiente para la subsistencia. En esta constitución se observa una visión integral del derecho humano al agua en su relación y trascendencia respecto de otros derechos humanos como la salud, la alimentación y el medio ambiente.

En su relación con el derecho a la salud, la constitución de Panamá considera al agua como un elemento indispensable para la prevención, el combate y la cura de enfermedades, siendo por lo tanto su provisión parte de las obligaciones que el Estado tiene para tutelar el derecho a la salud.

En relación al derecho a la alimentación, esta constitución establece una regulación específica del agua para fines agrarios y agrícolas, considerándolo así un recurso auxiliar en el cumplimiento del derecho humano a la alimentación nutritiva y suficiente dado que, a nivel global, la mayoría del consumo de agua se destina a la producción de alimentos.

Por otra parte, en relación con el derecho humano a un ambiente sano y libre de contaminación, la constitución de Panamá señala como deber fundamental del Estado garantizar que el agua satisfaga los requerimientos mínimos para el desarrollo adecuado de la vida humana, condición sin la cual no puede ser garantizado a la población el derecho a un ambiente sano.

La constitución en comento contiene además un enfoque sustentable del recurso al disponer que el Estado regulará, fiscalizará y aplicará las medidas necesarias para garantizar su uso y aprovechamiento racional para asegurar su preservación.

Las aguas destinadas a servicios públicos y usos públicos son consideradas constitucionalmente como propiedad exclusiva del Estado, sin que puedan ser susceptibles apropiación privada; aunque sí objeto de concesión para su utilización bajo la condición de que su objeto sea el bienestar social y el interés público.

¹⁶ Los artículos de esta constitución que específicamente tratan lo referente al agua son: 110 fr. 4; 118; 120; 126 fr. 1; 258 frs. 1, 2 y 3; y 259.

VII. Uruguay.¹⁷

La constitución de Uruguay reconoce explícitamente en su texto el derecho humano fundamental al acceso al agua potable y el saneamiento, considerando el carácter esencial que tiene el agua para la vida y, por lo tanto, previendo su destino prioritario al abastecimiento de las poblaciones atendiendo en todo momento al interés social y no al interés económico.

Aunado a los principios anteriores, esta constitución señala como directrices que han de orientar las políticas públicas en materia de gestión y administración de aguas: la conservación y protección del medio ambiente y la gestión sustentable con especial participación de los usuarios y la sociedad civil. Esta constitución establece puntualmente las pautas que han de regir la política hídrica nacional así como la nulidad de las actuaciones en contrario.

Por lo que ve al régimen de propiedad de las aguas, la constitución de Uruguay contempla el recurso hídrico como un bien estatal, de dominio público y subordinado al interés general. En lo relativo a la prestación del servicio público de saneamiento y abastecimiento de agua para consumo humano, éste queda establecido constitucionalmente como competencia exclusiva del Estado, por lo que las disposiciones concernientes al ingreso del capital privado, entes autónomos o servicios descentralizados no serán aplicables a los servicios públicos de agua potable y saneamiento.

Por otra parte, en el ámbito internacional, esta constitución señala que únicamente podrá brindarse solidariamente a otro país falta de abasto, un suministro de agua solo si tres quintas partes de cada cámara votan a favor.

Conclusiones

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no es la más avanzada en cuanto a las garantías constitucionales de reconocimiento y contenido del derecho al agua; sin embargo, aun carente de la enunciación expresa de todos los elementos configurativos del derecho, sí prevé otras vías para dotar de exigibilidad al derecho mediante las cláusulas de apertura al derecho internacional, a través de las cuales los operadores jurídicos y

¹⁷ Las disposiciones constitucionales que señalan específicamente la regulación en torno al agua en Uruguay son los artículos 47 fr. I inciso a), b), c) y d), frs. II y III; 188 y 47 fr. IV.

poderes del Estado, pueden argumentar la inclusión de dichos elementos al bloque de constitucionalidad por la firma de instrumentos internacionales que directa o indirectamente lo reconocen, a través del ejercicio del control de convencionalidad y otros criterios interpretativos que pueden vincular resoluciones que, incluso, en primera apariencia pudieran tenerse sólo como orientadores.

Aun así, indudablemente el robustecimiento cualitativo en la enunciación para el reconocimiento y medios de garantía para el cumplimiento del derecho al agua a nivel constitucional, sí favorecería para la implementación de medidas que favorecieran dichas circunstancias. Por ejemplo, para superar la recurrente justificación del Estado respecto del cumplimiento de los derechos sociales por no tener recursos suficientes para atenderlos. Para ello, la Constitución de Colombia limita a sus entidades para que no destinen el excedente de sus recursos a otros rubros en tanto no garanticen primero la prestación universal y calificada de los servicios públicos que hacen los derechos sociales una realidad palpable a la población, entre ellos el servicio público domiciliario de agua potable y saneamiento; o la constitución de Ecuador que prioriza el destino de los recursos hídricos para el consumo humano y después, en este orden, para el riego que garantice la soberanía alimentaria, el caudal ecológico y finalmente para las actividades productivas, que dicho sea de paso, cualquier aprovechamiento del agua con fines productivos, sea por parte del sector público o del sector privado, requerirá autorización del Estado; o que extrema la protección prioritaria del derecho a los grupos más vulnerables al establecer la condonación de las deudas de agua para el consumo humano a los usuarios en situación de extrema pobreza.

Pero, incluso, cuando las constituciones prevén ampliamente el reconocimiento y garantía de los derechos, éstos no pueden verse materializados sino existe por parte de las autoridades y poderes del Estado la intención de su efectivización. Los derechos aun positivizados pueden quedarse en una carta de buenas intenciones si no existe un diseño ético institucional que favorezca la progresividad de los derechos y, por el contrario disfrace graves omisiones de Estados que se dicen democráticos con los protocolos de una democracia meramente formal.

Fuentes

- Arrojo, Pedro: *El reto ético de la nueva cultura del agua. Funciones, valores y derechos en juego*, Ed. Paidós, Barcelona, España, 2006.
- ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS: *Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados*, 23 de mayo de 1969, Consultado: 16-V-2017, <http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/I1.pdf>
- Caso Cabrera García y Montiel Flores vs México*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 26 de noviembre de 2010.
- Caso Rosendo Cantú y otra vs México*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 31 de agosto de 2010.
- Constitución de la República de Uruguay*, Parlamento de Uruguay, Consultado: 13-II-2017, <https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/constitucion>
- Constitución de la República del Ecuador*, Asamblea Constituyente, Visto: 02-II-2017, http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf
- Constitución Política de Colombia*, Presidencia de la República de Colombia, 1991, Consultado: 03-II-2017, <http://es.presidencia.gov.co/normativa/constitucion-politica>
- Constitución Política de la República de Panamá*, Consultado: 11-II-2017, http://www.unesco.org/culture/natlaws/media/pdf/panama/pan_constpol_04_spaorof
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, Consultado: 12-II-2017, <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum.htm>
- Constitución Política del Estado de Bolivia*, Consultado: 07-II-2017, <http://www.gacetaoficialdebolivia.gob.bo/index.php/normas/lista/9>
- Garcís, Aniza: *El derecho humano al agua*, Ed. Trotta, Madrid, España, 2008.
- Howard, Guy y Bartram, Jamie: *La cantidad de agua domiciliaria, el nivel del servicio y la salud*, Ed. Organización Mundial de la Salud, Ginebra, Suiza, 2003.
- DECRETO por el que se declara reformado el párrafo quinto y se adiciona un párrafo sexto recorriéndose en su orden los subsecuentes, al artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Diario Oficial de la Federación*, 08 de febrero de 2012, Consultado: 15-I-2017 http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5232952&fecha=08/02/2012
- Sánchez, Víctor M.: "Hacia un derecho humano fundamental al agua en el Derecho internacional", *Revista electrónica de estudios internacionales*, nº 16, 2008, pp. 1-23.

Las pensiones de la Ley del Seguro Social: ¿un tope a la dignidad humana?

Texto supervisado, aprobado y avalado para su publicación por su
Directora de tesis: Dra. Angélica Ocegüera Ávalos¹

Estanislao Solórzano Barón²

Resumen: El tema de las pensiones que cubre el Instituto Mexicano del Seguro Social, preocupa a millones de pensionados que ya disfrutaban o están en vías de alcanzar este derecho contemplado en la Ley del Seguro Social de 1973, pues se han modificado los topes salariales base de cotización y partiendo de que el promedio de las cotizaciones registradas a favor de los trabajadores constituye uno de los aspectos fundamentales en el cálculo de una pensión, se vislumbra un sombrío panorama para quienes pretenden una vida digna y decorosa, sustentada en el esquema protector de la seguridad social mexicana. El presente artículo analiza la afectación de las pensiones a partir de los cambios instrumentados jurisprudencialmente.

Abstract: The Pensions that are covered by the *Mexican Social Security Institute*, has concerned millions of pensionaries who are currently enjoying or who are close to achieve this right, which is contemplated by the Social Security Law of 1973, since the contribution caps of the contribution base wage have been modified and given that the average of contributions registered in favor of the workers constitutes one of the fundamental aspects of a pension calculus, it can be foreseen a gloomy panorama for the ones who seek a dignified and decent way of living, sustained in the protector system of the Mexican social security. The current article analyzes the affectation of the pensionary system since the jurisprudential changes.

Palabras clave: Seguridad social, pensiones, tope de cotización.

¹ Profesor Titular B de la Universidad de Guadalajara. Doctora en Ciencias de la Salud en el Trabajo. Profesor con Perfil PRODEP. Responsable del Cuerpo Académico CA-UDG 661 Educación y Problemas Sociales.

² Abogado y maestro en derecho por la Universidad de Guadalajara, y profesor asignatura B de la División de Estudios Jurídicos del Centro Universitario de Ciencias Sociales y Humanidades de la Universidad de Guadalajara. Notas: Línea de investigación Derecho Constitucional. El presente artículo es parte de la investigación para mi futura tesis doctoral.

Key words: Social security, pensions, contribution caps.

SUMARIO: I. Generalidades de la seguridad social. II. Los regímenes pensionarios en las Leyes del Seguro Social de 1973 y 1997. III. Elegibilidad de modelo pensionario: alta incidencia en la contratación en el seguro de continuación voluntaria en el régimen obligatorio. IV. Tratamiento jurisprudencial de los topes al salario base de cotización. Crítica y conclusiones. Fuentes.

I. Generalidades de la seguridad social

Es innegable que el ser humano en el transcurso de su existencia, se enfrenta a un sinnúmero de situaciones o aspectos que le producen dolor, enfermedad, incapacidad y según Ortega y Gasset *...de suerte que nuestra vida es afán de ser precisamente porque es, al mismo tiempo, en su raíz, radical inseguridad*³, de lo cual se afirma que esta radical inseguridad en que nos desenvolvemos, nos produce una sola e inmutable certeza: la muerte.

Desde épocas remotas el hombre comprendió que para satisfacer sus necesidades básicas más elementales, como el alimento, el vestido, o la protección, su esfuerzo individual era insuficiente para someter o transformar a la naturaleza hostil que le circundaba, por lo tanto socializó la consecución de satisfactores, proyectando al grupo la realización de esfuerzos colectivos, alcanzando con ello el bienestar deseado.

En nuestro país la seguridad social, históricamente siempre ha representado una extraordinaria fórmula para mantener la paz social, para luchar contra la pobreza y las desigualdades y para impulsar la redistribución de la riqueza de la nación. Tal sentimiento deviene nítido desde el siglo pasado, sin duda a partir de la primera revolución social del siglo XX, la mexicana de 1910 y la Constitución Federal de 1917, que se convirtió en matriz de tales anhelos y proyecciones.

Proceso histórico que sigue impactando a la presente generación, y que demuestra una vez más, que: *las transformaciones colectivas alientan un sentimiento de justicia social, siempre en pugna con los intereses egoístas*

³ Ortega y Gasset, José: *En torno a Galileo*, Ed. Espasa-Calpe, Madrid, España, p. 39, 1965.

*que ahogan la libertad de los pueblos y el derecho de los individuos y de las comunidades a una vida superior.*⁴

Según lo apuntado, esa vida pretendida plena de satisfactores en todos los órdenes del desarrollo personal y familiar, es materializable a través de la seguridad social, la cual coordina y multiplica los esfuerzos de todos los participantes (sociedad, trabajadores, Estado, grupos financieros privados, etc.), y hoy por hoy, siempre inacabada, constituye la más noble representación de la solidaridad humana.

Doctrinalmente, puede concebirse como *el conjunto integrado de medidas públicas de ordenación de un sistema de solidaridad para la prevención y remedio de riesgos personales, mediante prestaciones individualizadas y económicamente evaluables*,⁵ entre las que pueden destacarse la salud, las pensiones, la vivienda, como referentes de las más ineludibles necesidades del género humano.

De los anteriores esquemas y durante los últimos meses, las pensiones han alcanzado un inesperado protagonismo y no precisamente por la consecución de incrementos en sus beneficios económicos o por la extensión de su cobertura en los sujetos a beneficiarse, sino por la implementación de criterios jurídico-económicos, que pretenden convertirla en escudo contra el gasto excesivo acumulable en los próximos años, cuyas consecuencias son de alto impacto para toda una generación de trabajadores mexicanos.

Pero, ¿qué son las pensiones? y ¿cómo trascienden en la vida de sus destinatarios? En primer lugar, una explicación general señalaría que: *las pensiones son pagos mensuales que provienen de un fondo de pensiones o de una partida especial del presupuesto público; los fondos de pensiones, a su vez, pueden ser públicos o privados, existiendo a veces alguna combinación entre ambas modalidades*,⁶ de lo cual se destaca la coparticipación entre el Estado y grupos privados, lo que traducido en nuestro país, significa que desde la vigencia de la nueva Ley del Seguro Social del 1º de Julio de 1997, los seguros sociales como entidades públicas que son, conjuntamente con

⁴ Arce Cano, Gustavo: *Los seguros sociales en México*, Ed. Porrúa, México, p. 45, 1973.

⁵ Alonso-Olea García, Belén: *Derecho de la protección social*, 2ª ed., Ed. Thomson Reuters, Navarra España, p. 41, 2015.

⁶ Trejo García, María del Carmen: *Estudio jurídico internacional y de derecho comparado sobre las pensiones*, Centro de Documentación, Información y Análisis de la Cámara de Diputados, México, 2007. <http://www.diputados.gob.mx/sedia/sia/spe/SPE-ISS-06-07.pdf> Visto: 24 - V - 2017.

las AFORES (Administradoras de Fondos para el Retiro) y compañías de seguros privados, tienen el compromiso de pagar las pensiones concedidas, así como aquellas que en el futuro llegaren a concederse.

Financieramente, el formato tradicional de pago de una pensión en cuanto a su temporalidad y desde hace varias décadas en los distintos modelos legales que nos han regido en México, corresponde a mensualidades, y aunque el esquema de otorgamiento del beneficio en una exhibición a favor del pensionado no está restringido, se ha venido utilizando el esquema de pago mes con mes, primero para diferenciarlo de las indemnizaciones que sí guardan esta exigencia y segundo para constituir una certeza de que el beneficio se recibirá por todo el tiempo que se necesite, hasta la muerte o la desaparición de las condiciones que ameritaron su otorgamiento, como la recuperación de la salud o no encontrarse en situación de viudez o de orfandad sin propiciar la subsistencia del propio huérfano.

Bajo esta perspectiva, la pensión es también

...una obligación de tracto sucesivo consistente en dar determinada cantidad de dinero a favor de un cotizante, a un régimen de seguridad social, o de sus beneficiarios, cuando éstos cumplen con los requisitos que establece la ley.⁷

Entre los mecanismos económicos que se cubren a favor de los asegurados cuando ocurre alguna de las contingencias previstas en las leyes de seguridad social, tales como un subsidio por una incapacidad temporal para el trabajo, o para la maternidad, así como una indemnización por un accidente o enfermedad de trabajo, que produzca secuelas o disminuciones permanentes en la salud del trabajador, sin duda alguna, son las pensiones el instrumento más representativo de un modelo construido para impactar de manera positiva y duradera la economía de un trabajador y su núcleo familiar dependiente.

Porque el acceso a las pensiones se despliega, por la ocurrencia de imprevistos que afectan de manera grave e irreversible la capacidad física o mental de los trabajadores (*incapacidad permanente total o parcial, así como la invalidez*), cuando se alcanzan edades equivalentes o superiores a los 60 años de edad y es difícil el acceso a un trabajo formal, por la tendencia empresarial de no contratar a personas de la tercera edad o adultos mayores (*cesantía en edad avanzada y vejez*) y finalmente por la muerte,

⁷ Martínez Escobar, Manuel: *Los Seguros*, Ed. Cultural S.A., La Habana, Cuba, p. 90, 1945.

el evento más trágico y alterador de los designios del ser humano, sea que se produzca en ejercicio de la actividad laboral, o en circunstancias ajenas a la ejecución de aquella (*viudez, orfandad y ascendencia*); consecuencias todas que requieren atención y protección financiera, por encontrarse en etapas o momentos en que la plenitud de la vida se reduce, desaparece o en sí misma, se pierde.

De lo anterior, siendo procedente su otorgamiento conforme al marco legal aplicable del seguro social, la pensión se transforma en el principal mecanismo de obtención de satisfactores para el trabajador y dado su carácter generalmente vitalicio, es incuestionable la importancia de que el monto pensionario obtenido sea el más elevado o el más representativo de los ingresos típicamente obtenidos durante su vida laboral activa, con el cual continúe adquiriendo los bienes o servicios a los que él y su núcleo familiar estaban acostumbrados.

II. Los regímenes pensionarios en las Leyes del Seguro Social de 1973 y 1997

El origen del primer seguro social en México, que germinó con el ideal de brindar a los trabajadores la garantía de la estabilidad en el empleo, la obtención de un salario digno y la certidumbre en el cumplimiento de los derechos contenidos en la normatividad laboral, se remonta al 19 de enero de 1943, fecha en la cual se publicó en el Diario Oficial de la Federación la primera Ley del Seguro Social, la cual entre sus directrices principales mantenía una aplicación limitada hacia la clase trabajadora y el seguro social estaba concebido

...como un servicio público a un Instituto descentralizado, que con la aportación oficial, de los trabajadores y la de los patrones, acuda prestamente la responsabilidad económica que nace de la solidaridad nacional.⁸

Por su atingencia respecto a los regímenes pensionarios contenidos en las Leyes del Seguro Social de 1973 abrogada y la vigente de 1997, es pertinente destacar que los modelos de pensiones previstos en tales dispositivos, contienen semejanzas importantes, pero a la vez diferencias sustanciales, con una peculiaridad propia derivada de la existencia en nuestro

⁸ Briceño Ruiz, Alberto: *Derecho de la seguridad social*, Ed. Oxford, p. 92, México, 2010.

país, del principio constitucional de irretroactividad, que se explicarán a continuación.

Pero ¿por qué es importante pronunciarse sobre el modelo legal de la Ley del Seguro Social de 1973 (en adelante Ley '73), cuando éste ya no tiene vigencia, al haberse abrogado la Ley que lo contenía, por la emisión de la Ley del Seguro Social de 1997 (en adelante Ley' 97)? La respuesta es categórica al provenir del texto de la ley citada, que textualmente refiere en el artículo tercero Transitorio del Decreto de expedición de la Ley del Seguro Social, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 12 de diciembre de 1995:

TERCERO. Los asegurados inscritos con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de esta Ley, así como sus beneficiarios, al momento de cumplirse, en términos de la Ley que se deroga, los supuestos legales o el siniestro respectivo para el disfrute de cualquiera de las pensiones, podrán optar por acogerse al beneficio de dicha Ley o al esquema de pensiones establecido en el presente ordenamiento.⁹

De lo antes expuesto se desprende que un trabajador que haya sido inscrito durante la vigencia de la Ley '73, a pesar de que ésta ya no está vigente en la actualidad, en la cual rige la nueva Ley del Seguro Social, podrá escoger el modelo pensionario que más convenga a sus intereses o le represente un mejor monto dinerario. De lo cual es pertinente especificar que el último día que estuvo en vigor la Ley anterior, fue el 30 de Junio de 1997, de lo cual se deduce que si algún trabajador fue dado de alta ese día o con anterioridad, se encuentra en la hipótesis legal de elección entre ambos regímenes pensionarios; lo cual está al alcance de millones de asegurados.

Así las cosas, entre las semejanzas podemos resaltar que ambas leyes prevén pensiones por incapacidades permanentes derivadas de un riesgo de trabajo, invalidez, cesantía en edad avanzada y vejez, y las derivadas de la muerte de un asegurado o pensionado; pero en el campo de las diferencias es donde se destacan las más numerosas e importantes.

La Ley del Seguro Social de 1973:

⁹ LEY DEL SEGURO SOCIAL, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/92_121115.pdf Visto: 28 - V - 2017.

- a) Preveía un sistema de pensiones solidario; todos los asegurados en activo cotizaban en proporción a sus ingresos respectivos, con lo cual se generaban los recursos económicos para el pago de las mensualidades de los pensionados;
- b) Los fondos aportados se depositaban en una cuenta o fondo colectivo administrado por el Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS), de la cual se extraían a su vez los recursos para el pago de las pensiones, las cuales eran cubiertas en forma directa por propio Instituto citado.
- c) Por las razones apuntadas, el sistema funcionaba de forma intergeneracional, ya que los trabajadores cotizantes al fondo, pagaban las pensiones de los pensionados en ese momento, con la certeza de que los trabajadores del futuro, les pagarían sus pensiones que aquellos llegaran a obtener.

Los factores de cuantificación de este modelo de pensiones, aplicable a los ramos de invalidez, cesantía en edad avanzada, vejez y las de viudez, orfandad o ascendencia derivada de una muerte no profesional, son los siguientes:

- El número total de semanas de cotización acumuladas en el régimen obligatorio, durante toda la vida laboral de un asegurado; y
- El promedio de los salarios base de cotización de las últimas 250 semanas de cotización.

De lo anterior se desprende, aplicados los procedimientos matemáticos contemplados en la Ley del Seguro Social anterior, que entre mayor era el número de semanas cotizadas o más alto el promedio de cotización alcanzado, el monto mensual de la pensión sería de una mayor cuantía, por lo tanto, un asegurado con intención de devengar una pensión superior, debía laborar durante muchos años y cotizar con el mayor salario posible, durante los últimos 5 años de cotización.

Este modelo pensionario, cuyos resultados en algún tiempo fueron sencillamente espectaculares; pero, al paso de los años, por la incidencia de múltiples factores de diversa índole, los logros fueron decreciendo hasta ponerlo

técnicamente al borde de la quiebra financiera,¹⁰ fue sustituido por uno nuevo contenido en la Ley del Seguro Social vigente, cuyas características son las siguientes:

La Ley del Seguro Social de 1997:

- a) Esquema previsional sustentado en el ahorro del trabajador, cuyos fondos serán utilizados para el pago o financiamiento de la pensión que pudiere llegar a recibir.
- b) Cuentas individuales aperturadas a favor de cada trabajador, las cuales contienen las cuotas pagadas por el patrón, el trabajador y el Gobierno Federal, cotizadas en los seguros de retiro, cesantía en edad avanzada y vejez, incluyendo la vivienda.
- c) La administración de las cuentas individuales está a cargo de AFORES, creadas exprofeso para tal fin, haciéndola de forma especulativa a través de instrumentos de inversión rentables, tanto públicos como privados.
- d) El pago de las pensiones está encomendado a instituciones financieras de carácter privado. En primer lugar, las instituciones de seguros privados, están facultadas en forma exclusiva para pagar pensiones en los seguros de riesgos de trabajo, invalidez y vida; y en los seguros de cesantía en edad avanzada y vejez, pueden pagar pensiones, tanto las compañías de seguros privados aludidas o las AFORES a elección del pensionado.

Realizada la comparación y anotado el precepto legal transitorio, surge la interrogante, ¿si en la actualidad, algún asegurado opta y accede a una pensión de las contempladas en la Ley del Seguro Social de 1973, quién será la entidad obligada a pagar su pensión? La respuesta está contenida en el artículo Duodécimo Transitorio de la Ley del Seguro Social, que refiere:

Duodécimo. Estarán a cargo del Gobierno Federal las pensiones que se encuentren en curso de pago, así como las prestaciones o pensiones de aquellos sujetos que se encuentren en período de conservación de derechos y las pensiones que se otorguen a los

¹⁰ Ruiz Moreno, Ángel Guillermo: *Nuevo derecho de la seguridad social*, 14ª ed., Ed. Porrúa, México, p. 601, 2015.

asegurados que opten por el esquema establecido por la Ley que se deroga.

Con este precepto se devela uno de los soportes más importantes del nuevo modelo pensionario, el cual sustituía al anterior tildado de inviable y colapsado a nivel financiero, haciéndose consistir en que el Gobierno Federal releva al IMSS del pago de las pensiones contempladas en la Ley '73, no sólo respecto a quienes ya disfrutaban de una pensión adquirida bajo su vigencia, sino de todos aquellos pensionados que optaren por este modelo legal, cumplidos los requisitos de procedencia de su derecho. Así, a partir de la vigencia de la Ley '97, ocurrida el 1 de julio de 1997, el IMSS no paga pensiones, pues las contempladas en la Ley '73 las cubre el Gobierno Federal y las previstas en la Ley '97, son pagadas por aseguradoras privadas o por AFORES.

III. Elegibilidad de modelo pensionario: alta incidencia en la contratación en el seguro de continuación voluntaria en el régimen obligatorio

Es importante señalar que la Ley '73, en su artículo 34 preveía que el tope de cotizaciones en el régimen obligatorio ascendía a diez veces el salario mínimo general que rija para el Distrito Federal, lo cual implicaba que si un trabajador devengaba un salario a 20 o 30 salarios mínimos diarios, tan solo cotizaría con el tope señalado de 10 salarios mínimos; con lo cual se dio una tendencia de generar montos pensionarios con baja o reducida cuantía, de allí que en la Ley del Seguro Social de 1997, en su artículo 28 se incrementó el tope máximo de cotizaciones, a un nuevo tope de 25 salarios mínimos diarios de aquel que rija en el Distrito Federal.

Uno los aspectos más novedosos y representativos de la Ley '73, fue el crear e *incorporar el régimen voluntario; en la justificación de esta modificación se mencionó que: esta iniciativa tiene por objetivo mejorar las prestaciones existentes e introducir otras y abrir la posibilidad para que nuevos sectores de la población se incorporen voluntariamente al régimen obligatorio,*¹¹ entre cuyos seguros figuró el de continuación voluntaria en el ré-

¹¹ AUDITORÍA SUPERIOR DE LA FEDERACIÓN: *Evaluación de la política pública de pensiones y jubilaciones*, Evaluación número 1203. Visto: 24-V-2017, en: http://www.asf.gob.mx/Trans/Informes/IR2013i/Documentos/Auditorias/2013_1203_a.pdf

gimen obligatorio, que permitía a los asegurados que dejarán de serlo, la posibilidad de seguir disfrutando de las prestaciones y beneficios de los seguros de invalidez, vejez, cesantía en edad avanzada y muerte. Hoy en día, la actual Ley '97, mantiene la figura de continuación voluntaria, con la variación en la nomenclatura en el seguro de muerte, denominado en esta legislación como seguro de vida.

Entre las características de este seguro de continuación voluntaria, tenemos esencialmente, que *el asegurado al no mediar relación obrero patronal que responsabilice al patrón como sujeto obligado en la tributación, deberá cubrir las cuotas obrero patronales que le correspondan por mensualidades adelantadas, convirtiéndose en sujeto obligado a su entero*,¹² con lo cual las tradicionales cuotas tripartitas se transforman en bipartitas, ya que el asegurado pagará a su cargo las cuotas obrero patronales y el Gobierno Federal seguirá cubriendo sus *aportaciones* tradicionales.

Otro aspecto fundamental lo constituye el cambio realizado en la base salarial que será elegida para contratar la continuación voluntaria, pues la Ley '73 preveía que el asegurado tenía dos posibilidades de elección; primera, elegir continuar con el salario que tenía registrado al momento de la baja en el régimen obligatorio o segunda, escoger un salario base de menor cuantía. En tanto que la Ley del Seguro Social de 1997, dispone la misma dualidad de opciones, pero la modificación implica que el asegurado podrá optar por continuar con el último salario registrado al momento de su baja o un salario de cotización superior.

En el ámbito administrativo del IMSS, al seguro de continuación voluntaria en el régimen obligatorio se conoce como 'modalidad 40' y según estadísticas del IMSS, conjuntamente con otros seguros del régimen voluntario, pues el dato no está segmentado, al año 2015, se habían contratado 7,930,000 beneficios, lo cual la convierte en la modalidad más exitosa del régimen del seguro social.

Surge la interrogante, ¿Cuál es la razón de este incremento en la incidencia de esta modalidad? Y la respuesta es inobjetable, y de dos vías:

Primera, que conforme al régimen legal pensionario contemplado en la Ley '73 y como antes se apuntó, se puede acceder a éste conforme al artículo Tercero Transitorio ya transcrito, únicamente se toma en consideración el promedio de los salarios base de cotización cotizados durante

¹² Ruiz Moreno, Ángel Guillermo: *Ob. Cit.* p. 729.

las últimas 250 semanas, con lo cual se propende mejorar el promedio aumentándolo en forma significativa.

Segunda, que conforme a la modalidad de continuación voluntaria en el régimen obligatorio prevista en la Ley '97, se puede continuar cotizando con un salario superior al registrado al momento de la baja del asegurado, lo cual constituye la razón central del éxito de la modalidad.

Ahora, son dos los aspectos financieros que orientan el derecho a la continuación voluntaria en el régimen obligatorio. Uno, que los asegurados que optan por esta modalidad lo hacen utilizando el tope máximo de cotización, equivalente a 25 salarios mínimos para el Distrito Federal, que al año 2017, multiplicando el salario mínimo diario a razón de \$80.04 pesos, por el tope de 25 veces, asciende a la cantidad equivalente a \$2,001 pesos, con lo cual el promedio de cotización se eleva en forma significativa, mejorándose por ende en forma ostensible, el monto mensual de sus respectivas pensiones. Y dos, quienes decidan cotizar en esta modalidad, pagarán las cuotas obrero patronales equivalentes al 10.075% del salario con el cual decidan continuar.

Si las pensiones por edad a las que puede acceder el trabajador, previstas en la Ley '73 (*cesantía en edad avanzada y vejez*), pueden recibirse con 60 o 65 años de edad, contando con una esperanza de vida superior a los 75 años, lo antes señalado a nivel de costos, representa que es muy bajo el gasto a realizarse, comparado con el beneficio que se obtendrá durante varios años, con una pensión mensual elevada en forma significativa, por lo cual se concluye que la tendencia de contratación de esta modalidad parece irreversible, en tanto no se modifique o reforme su contenido legal.

Como colofón, no debe perderse de vista que el impacto o gasto a erogarse con el incremento de las pensiones contempladas en la Ley '73, se realiza por cuenta y a nombre del Gobierno Federal, al cual se le ha imputado legalmente la obligación de pagar tal compromiso económico.

IV. Tratamiento jurisprudencial de los topes al salario base de cotización

Tal como está señalado en el documento denominado memoria estadística 2016,¹³ emitido por el Instituto Mexicano del Seguro Social en dicha anualidad, por el periodo transcurrido del año 2000 al año 2016, el IMSS ha concedido casi 2 millones de pensiones en forma conjunta por los seguros de cesantía en edad avanzada y vejez, lo cual impacta la economía de todos los mexicanos, al ser el Gobierno Federal quien sufraga los gastos de dichas pensiones, destinando miles de millones de pesos para su sostenimiento y se vislumbra que el pasivo gubernamental por este concepto continuará en aumento durante los próximos años.

Por lo cual surge la duda ¿si podrá nuestro Gobierno Federal continuar cubriendo las pensiones de todos los asegurados que estén en aptitud legal de optar por el régimen pensionario de la Ley del Seguro Social de 1973, y decidan aumentar su promedio base de cotización hasta el tope señalado de 25 salarios mínimos diarios?

Por lo anterior, con fecha 19 de febrero de 2016, se publicó en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, la jurisprudencia que se transcribe a continuación:

Época: Décima Época
Registro: 2010989
Instancia: Segunda Sala
Tipo de Tesis: Jurisprudencia
Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación
Libro 27, Febrero de 2016, Tomo I
Materia(s): Laboral
Tesis: 2a. /J. 8/2016 (10a.)
Página: 913

PENSIÓN POR CESANTÍA EN EDAD AVANZADA. AL RESOLVER LA JUNTA SOBRE EL AJUSTE EN LA CUANTIFICACIÓN DE SU PAGO, DEBE ATENDER EL LÍMITE SUPERIOR PREVISTO EN EL PÁRRAFO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 33 DE LA LEY DEL SEGURO SOCIAL, VIGENTE HASTA

¹³ Memoria estadística IMSS 2016. <http://imss.gob.mx/conoce-al-imss/memoria-estadistica-2016>. Consultado: 22 - V - 2017.

EL 30 DE JUNIO DE 1997,¹⁴ SIN QUE REPRESENTE OBSTÁCULO ALGUNO QUE EL DEMANDADO NO SE HUBIERE EXCEPCIONADO EN ESE SENTIDO.

El precepto referido establece que los asegurados se inscribirán con el salario base de cotización que perciban en el momento de su afiliación, y en su párrafo segundo, **en relación con el seguro de cesantía en edad avanzada, entre otros, el legislador facilitó un esquema tasado en salarios mínimos y fijó el límite superior equivalente a 10 veces el general vigente en el Distrito Federal.** Ahora bien, la circunstancia de que el Instituto Mexicano del Seguro Social no se exceptionara en esos términos, **no releva a la autoridad laboral de respetar dicho límite superior,** pues basta con que al oponer sus excepciones y defensas, aquél se ajuste a lo dispuesto en el artículo 878, fracción IV, de la Ley Federal del Trabajo, de manera que si al contestar la demanda controvierte precisamente las fechas o cantidades materia del ajuste pretendido por el actor, respalda sus argumentos con ciertas operaciones aritméticas y acompaña las pruebas que a su juicio son aptas para desvirtuar el reclamo, tal proceder es aceptable y justifica la postura defensiva que le asiste en la relación jurídico procesal y, por ende, con esos elementos, en armonía con el restante caudal probatorio, la autoridad laboral está en condiciones de resolver el contradictorio, con apego al artículo 842 de la citada ley. **A demás, el tema de fondo está vinculado a un derecho de seguridad social, por lo que no puede variarse la manera en que han de cubrirse las prestaciones descritas en la Ley del Seguro Social, pues su artículo 33 es expreso en cuanto al límite superior,¹⁵** lo que indica que se trata de una disposición de orden público y de observancia obligatoria.

Contradicción de tesis 285/2015. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Décimo Tercero del Primer Circuito y Tercero del Cuarto Circuito, ambos en Materia de Trabajo. 6 de enero de 2016. Cinco votos de los Ministros Eduardo Medina Mora I., Javier Laynez Potisek, José Fernando Franco González Salas, Margarita Beatriz Luna Ramos y Alberto Pérez Dayán; votaron contra las consideraciones relacionadas con el aspecto financiero del Instituto Mexicano del Seguro Social Margarita Beatriz Luna

¹⁴ Las negritas son de los autores.

¹⁵ Las negritas son de los autores.

Ramos y José Fernando Franco González Salas. Ponente: Alberto Pérez Dayán. Secretario: Jorge Antonio Medina Gaona.¹⁶

- Del texto de la jurisprudencia transcrita se desprenden los siguientes elementos de procedencia:
- La necesaria interposición de un juicio laboral en el cual figure como demandante un pensionado por cesantía en edad avanzada o por vejez, y el IMSS sea el demandado.
- Que las Juntas de Conciliación y Arbitraje resolutoras de algún conflicto de seguridad social, están obligadas a acatar y aplicar en los juicios puestos bajo su jurisdicción, las jurisprudencias emitidas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Que es obligación de las Juntas de Conciliación y Arbitraje, en aquellas controversias que versen sobre el promedio de los salarios base de cotización de algún asegurado, establecer el tope de 10 salarios mínimos diarios para el Distrito Federal, previsto en el artículo 33 de la Ley '73.
- Que las pensiones de cesantía en edad avanzada y vejez previstas en la Ley '73, tendrán o seguirán calculándose con un tope de cotización equivalente a 10 salarios mínimos para el Distrito Federal.

Este criterio propicia o define el tope de cotización de las pensiones de cesantía en edad avanzada y vejez, contenidas en la Ley '73, que pudieren ser elegidas conforme al Artículo Tercero Transitorio ya señalado, equivalente a 10 salarios mínimos diarios, y lo confronta con el tope máximo de cotización equivalente a 25 salarios mínimos diarios de la Ley '73.

Para establecer una diferencia entre cotizaciones con ambos topes, 10 y 25 salarios mínimos, es importante hacerlo con dos escenarios de cuantificación pensionaria, que utilice las reglas contempladas en la Ley '73, conforme a las características siguientes y tomando en cuenta la anualidad completa de 2016, en la cual el salario mínimo general para el Distrito Federal fue de \$73.04 pesos:

¹⁶ Tesis: 2a. /J. 8/2016 (10a.) Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. <https://app.vlex.com/#vid/594005866> Visto: 30 - IV – 2017.

a) *Masculino de 61 AÑOS, casado:*

1,668 semanas y \$1,826.00 pesos diarios:

Con el tope de 10 SMGDF = \$15,455.66 pesos mensuales.

Con el tope de 25 SMGDF = \$34,810.21 pesos mensuales.

b) *Masculino de 60 AÑOS, casado:*

1,125 semanas y \$1,826 pesos diarios:

Con el tope de 10 SMGDF = \$8,124.51 pesos mensuales.

Con el tope de 25 SMGDF = \$20,311.27 pesos mensuales.

De los dos casos descritos, ambos con el mismo salario base de cotización promedio y topados en sus máximos legales respectivos, pero diferenciados en las semanas de cotización, se advierte la importante diferencia que propicia el establecimiento de dos topes salariales distintos.

Crítica y conclusiones

Es claro que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al establecer un tope de 10 salarios mínimos vigente para el Distrito Federal, que estaba previsto en el artículo 33 Ley '73, indebidamente está concediendo vigencia y aplicabilidad a un dispositivo que se encuentra derogado, ya que toda la legislación en su conjunto fue abrogada cuando se expidió la nueva Ley' 97 y aunque el Artículo Tercero Transitorio de esta Ley, prevé la posibilidad de que los asegurados puedan optar por las pensiones de cesantía en edad avanzada y vejez contempladas en la citada legislación, esto significa que solamente conserva vigencia el capítulo de requisitos para acceder a la pensión y el procedimiento de cálculo para obtenerla, pero no el tope máximo de los salarios base de cotización, el cual está claramente definido en la Ley '97, a razón de 25 salario mínimos diarios.

Lo anterior se evidencia cuando en la actualidad un asegurado acude al IMSS a solicitar el derecho a la continuación voluntaria en el régimen obligatorio, si aquel así lo desea, podrá pagar sus aportaciones con un salario máximo topado de 25 salarios mínimos y no de 10.

Ya que la tesis nos plantea un supuesto de conflicto jurisdiccional ante la Junta de Conciliación y Arbitraje, se analizará el siguiente caso: se trata de pensionado que habiendo elegido el régimen pensionario de la Ley '73, tenía al momento de pensionarse un promedio de 20 salarios mínimos generales y 1,150 semanas de cotización, dato este último con el cual no está conforme, pues aduce tener 250 semanas más de cotización que no le han sido reconocidas.

Hay que partir del hecho cierto y jurídicamente acreditado, que la pensión que le es concedida, notificada y le viene siendo pagada, está calculada sobre la base de los elementos legales señalados y en el caso de que decida demandar el aumento de su pensión sobre la base del incremento de sus semanas de cotización, la jurisprudencia señala que excepcionándose o no el IMSS demandado, la Junta de conocimiento del juicio, deberá emitir condena o apoyar su laudo, sobre la reducción del salario base de cotización, topándolo en 10 salarios mínimos diarios, con lo cual y según se demostró matemáticamente, se reducirá en forma importante el monto mensual de su pensión.

Así se pone en serio entredicho la seguridad jurídica de un asegurado o pensionado que cotizó con un salario superior a 10 salarios mínimos, se le concedió la pensión solicitada y la viene cobrando conforme a tales elementos de cálculo, pues los tribunales del trabajo que resuelven los conflictos en materia de seguridad social, con la aplicación del criterio emitido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, pueden modificar las bases de cálculo y reducir los montos pensionarios.

Los asegurados que acudan al IMSS y soliciten la contratación del seguro de continuación voluntaria en el régimen obligatorio, no se les aplicará el tope de 10 salarios mínimos, sino que pueden decidir continuar con el tope de 25 salarios mínimos diarios, lo cual implica que el Instituto cobrará las cuotas obrero patronales derivadas de tal monto de cotización, pero si llegare a surgir un conflicto jurisdiccional y la Junta topase las cotizaciones en tan solo 10 salarios mínimos, no se le obliga o exige al IMSS demandado, la devolución de las cuotas cobradas en demasía. Porque por un lado se pueden cobrar cuotas obrero-patronales con una base salarial elevada a razón de 25 salarios mínimos diarios y por otro, existe un riesgo innegable de que el promedio base de cotización, inclusive una vez que ya fue reconocida una pensión, pueda ser reducido a 10 salarios mínimos para el Distrito Federal.

Es evidente que el reconocimiento de una pensión confiere certeza jurídica a su titular, la cual proviniendo de un organismo público descentrali-

zado como el Instituto Mexicano del Seguro Social, implica una regulación normativa de derecho administrativo, conforme al cual la posibilidad de privar o revertir un derecho a un asegurado, únicamente es posible cuando se tramita un juicio de lesividad, resultando que cualesquier otro mecanismo que revoque o nulifique un derecho reconocido, debe ser improcedente por violentar el derecho fundamental de seguridad jurídica.

Finalmente, son de destacarse las declaraciones emitidas por las autoridades del IMSS el 25 de abril de 2016, las cuales fueron del orden siguiente:

El IMSS aclara que la reciente jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación no altera el mecanismo de cálculo para el pago de pensiones a los trabajadores, por lo que están garantizados los derechos de todos los pensionados.

- *Los 3.1 millones de trabajadores retirados continuarán recibiendo su pensión de manera puntual.*
- *El IMSS continuará utilizando el tope de 25 salarios mínimos para el cálculo de las pensiones, como lo establece la Ley de 1997.¹⁷*

Los meses siguientes transcurridos a tal declaración, han demostrado que en el ámbito jurisdiccional, cuando el IMSS es demandado por aumento u otorgamiento de una pensión conforme a la Ley '73, y el demandante exhibe promedios de salario base de cotización superiores a 10 salarios mínimos, se excepciona solicitando la aplicación de la jurisprudencia señalada y el consecuente tope de 10 salarios mínimos, lo cual evidencia que el discurso político es uno y la realidad jurídica otra.

En suma, en el evento de que llegase a concretizarse el escenario y la problemática descritos en perjuicio de un asegurado o pensionado, lo recomendable es plantear una demanda o amparo, según sea el momento procesal correspondiente, en el cual se invoque el respeto a los derechos fundamentales del gobernado, sustancialmente bajo las normas y principios que inspiran su protección, pues no es concebible que se cometa un menoscabo en perjuicio de los pensionados, que gozan de un derecho de seguridad social, el cual se ha venido catalogando desde hace décadas, como un derecho humano.

¹⁷ IMSS. Comunicado de prensa 063/2016. <http://www.imss.gob.mx/prensa/archivo/201604/063> Visto: 12 - V - 2017.

Fuentes

- Alonso-Olea García, Belén: *Derecho de la protección social*, 2ª ed., Ed. Thomson Reuters, Navarra España, 2015.
- Arce Cano, Gustavo: *Los seguros sociales en México*, Ed. Porrúa, México, 1973.
- AUDITORÍA SUPERIOR DE LA FEDERACIÓN: *Evaluación de la política pública de pensiones y jubilaciones*, Evaluación número 1203. http://www.asf.gob.mx/Trans/Informes/IR2013i/Documentos/Auditorias/2013_1203_a.pdf
- Briceño Ruiz, Alberto: *Derecho de la seguridad social*, Ed. Oxford, México, 2010.
- IMSS. Comunicado de prensa 063/2016. <http://www.imss.gob.mx/prensa/archivo/201604/063> Consultado: 12 - V - 2017.
- LEY DEL SEGURO SOCIAL. http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/92_121115.pdf
- Martínez Escobar, Manuel: *Los Seguros*, Ed. Cultural S.A., La Habana, Cuba, 1945.
- Memoria estadística IMSS 2016. <http://imss.gob.mx/conoce-al-imss/memoria-estadistica-2016>
- Ortega y Gaset, José: *En torno a Galileo*, Ed. Espasa-Calpe, Madrid, España, 1965.
- Ruiz Moreno, Ángel Guillermo: *Nuevo derecho de la seguridad social*, 14ª ed., Ed. Porrúa, México, 2015.
- Tesis: 2a. /J. 8/2016 (10a.) Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. <https://app.vlex.com/#vid/594005866>.
- Trejo García, María del Carmen: *Estudio jurídico internacional y de derecho comparado sobre las pensiones*, Centro de Documentación, Información y Análisis de la Cámara de Diputados, México, 2007. <http://www.diputados.gob.mx/sedia/sia/spe/SPE-ISS-06-07.pdf>

===== Desafíos y perspectivas
del Sistema Jurídico Mexicano Contemporáneo

Ensayos jurídicos de la segunda generación del Doctorado en Derecho

Se terminó de imprimir en el mes de noviembre
de 2017 en los talleres gráficos de Prometeo Editores S.A. de C.V.

Libertad 1457, Col. Americana C.P. 44160

Diseño de portada y diagramación: Aldo Daniel González Malta

Corrección: María Luisa Chumacero Alarcón

Traductor Honorífico: Javier Alejandro González Rodríguez

El material publicado fue dictaminado a doble ciego

Guadalajara, Jalisco.

La edición consta de 300 ejemplares



CUCSH

Centro Universitario de
Ciencias Sociales y Humanidades

ISBN: 978-607-742-855-8



9 786077 428558