CUCSH
Centro Universitario de
Ciencias Sociales y Humanidades

Miguel Ángel Navarro Navarro
Rector General

Carmen Enedina Rodríguez Armenta
Vicerrectora Ejecutiva

José Alfredo Peña Ramos
Secretario General

Héctor Raúl Solís Gadea
Rector

María Guadalupe Moreno González
Secretaria Académica

Karla Alejandrina Planter Pérez
Secretaria Administrativa

Carlos Antonio Villa Guzmán
Coordinación Editorial

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

José Luis Castellanos González
Coordinador de la Maestría en Derecho

María Luisa Chumacero Alarcón
Directora

revista

Jurídica Jalisciense

AÑO XXVIII NÚM. 59.
Julio-diciembre 2018

ISSN 1405-1451

UNIVERSIDAD DE GUADALAJARA
2018

La presente publicación no hubiera sido posible sin el apoyo y financiamiento del Programa de Fortalecimiento a la Calidad Educativa (PFCE 2016)

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

Programa de Maestría en Derecho.
Universidad de Guadalajara.

Edición: María Luisa Chumacero.
Traductor Honorífico: Javier Alexandro González Rodríguez.

Revista Jurídica Jalisciense es una revista orientada a la: Investigación y difusión de la Ciencia del Derecho y el fenómeno social. Año XXVIII, Núm. 59, Julio-diciembre del 2018, publicación semestral de la Universidad de Guadalajara; a través del Programa de Maestría en Derecho, del Centro Universitario de Ciencias Sociales y Humanidades con domicilio en la calle Paseo Oriente Núm.: 2093, Colonia Jardines del Country. CP 44 210. Guadalajara, Jalisco, México, teléfonos 34 47 26 63 y 34 47 39 72, chumacero_alarcon@hotmail.com y Editor responsable María Luisa Chumacero Alarcón. Reservas de derechos al uso exclusivo 04-2010-101813408 00-102, ISSN: 1405-1451, otorgados por el Instituto Nacional de Derechos de autor. Impresa por: "Ediciones de la Noche," Calle Madero 687, zona Centro, Guadalajara, Jalisco, México. Este número se terminó de imprimir en el mes de julio con un tiraje de 200 ejemplares.

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

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

Publicación indizada en: Sistema Regional de Información en Línea para Revistas Científicas de América Latina, El Caribe, España y Portugal: LATINDEX y en Citas Latinoamericanas en Ciencias Sociales y Humanidades: CLASE

revista
Jurídica Jalisciense

AÑO XXVIII NÚM. 59.
Julio-diciembre 2018
ISSN 1405-1451

María Luisa Chumacero Alarcón
Directora

CONSEJO EDITORIAL

José Luis Castellanos González
Universidad de Guadalajara

Jorge Fernández Ruiz
Universidad Nacional Autónoma de México

Gelacio Juan Ramón Gutiérrez Ocegueda
Universidad de Guadalajara

Sergio Arnoldo Morán Navarro
Universidad Autónoma de Nayarit

Marina del Pilar Olmeda García
Universidad Autónoma de Baja California

Irma Ramos Salcedo
Universidad de Guadalajara

Ángel Guillermo Ruiz Moreno
Universidad de Guadalajara

Índice

Presentación 9

La Ley de Seguridad Interior:
un tema a debate jurisdiccional 17
Internal Security Law: a subject for jurisdictional debate
Rubén Jaime Flores Medina

Propuesta por el reforzamiento de la rigidez de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos 57
Proposal to strengthen the Political Constitution of the United Mexican States
Javier Alexandro González Rodríguez

El derecho humano a la salud, su evolución en el constitucionalismo mexicano 85
The human right to health, his evolution in the Mexican constitutionalism
Marina del Pilar Olmeda García
Adolfo Ulises Silva Gutiérrez

La desviación de poder en el derecho administrativo mexicano 107
Abuse of power in the Mexican administration
Guillermo Cambero Quezada

Uso de la fuerza y seguridad en México 139
Use of force and security in Mexico
Luisa Gabriela Morales Vega
Juan Manuel Portilla Gómez

Trata de mujeres con fines de explotación sexual en México 165
Women trafficking for sexual exploitation purpose in México
Ivonne Thaili Millán Barajas

El comisario en las sociedades mercantiles 195
The commissioner in commercial societies
Martin Eduardo Pérez Cázares

El imaginario social de la profesión de abogado: entre el estatus profesional y la corrupción de la práctica 215
The Social Imaginary of the Legal Profession: Between Professional Status and Corruption of Practice
María Francisca de la Luz Bermejo Pajarito

Normas Editoriales 251

Presentación

Mis queridos escritores, lectores y resto del equipo que hace posible la publicación de la *Revista Jurídica Jalisciense*, me he pasado una buena parte de esta madrugada pensando en qué decirles. El tema que ocupa mi cabeza es envolvente y, aunque no quisiera compartirlo, me parece que no pienso en otra cosa, así que les platico:

El asunto es que me diagnosticaron un incipiente cáncer que aparentemente no tiene tumores derivados ni metástasis, pero..., por si las dudas, los médicos decidieron ponerme toda una batería de quimioterapias y de radiaciones. Sus efectos colaterales han sido latosos como garrapata en la oreja, pero necesarios en la búsqueda de mi salud.

Me han tratado de lo mejor, sólo tengo palabras de agradecimiento, admiración y respeto para el personal del Instituto Jalisciense de Cancerología (donde entré sin ninguna recomendación y sólo como una hija anónima de Jalisco), desde los que desarrollan las labores más humildes hasta quienes dirigen la Institución.

Otro tanto puedo decir de mis familiares y amigos, que me han mantenido altamente consentida, y gracias a todos mi ánimo no ha decaído, aunque sí mi capacidad normal de hilvanar ideas para ustedes. También mi resistencia física, pues, entre otros efectos, duermo de más.

Por lo antes expuesto y fundado —como dicen los profesionales del Derecho—, la presentación que realizaré de los diversos artículos que componen el presente ejemplar se limitará a "copiar y pegar" los resúmenes elaborados por los propios autores de los ensayos, así como su ficha técnica profesional.

Ahora, siguiendo el orden del índice iniciamos:

La Ley de seguridad interior: un tema a debate jurisdiccional

Autor: Rubén Jaime Flores Medina. Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Nuevo León. Profesor-investigador de tiempo completo de la Universidad de Guadalajara. La entrada en vigor en México de la reciente Ley de Seguridad Interior evidencia la urgencia del Estado mexicano por controlar situaciones de inseguridad pública, con rasgos de inseguridad nacional, provocadas —al parecer— por grupos del crimen organizado, la propia negligencia de quienes toman decisiones en el país, así como por los mismos ciudadanos, que ven una oportunidad de aprovecharse del descontento generalizado para recibir beneficios indebidos en lo económico, principalmente en lo político y en la propia persona de quien celebra actividades consideradas como corruptas. Sólo con la instauración de un Cuerpo Nacional de Seguridad emanado institucionalmente de las fuerzas armadas, pero sin el fuero "militar" de éstas, lo que la hace inmune (como ahora) a la jurisdicción ordinaria, se podrá contar con los instrumentos de seguridad que realmente cumplan con lo ordenado en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Propuesta por el reforzamiento de la rigidez de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Autor: Javier Alexandro González Rodríguez, maestro en Derecho Secretario del Primer Tribunal Colegiado del Décimo Quinto Circuito.

Las reformas a la Constitución Mexicana requieren un concienzudo análisis respecto del rumbo que estamos tomando para nuestro país, y es momento de reflexionar cuán benéfico resulta modificar constantemente nuestra Ley Fundamental; por ello, en la presente ponencia se propone detener inmediatamente la diarrea legislativa que sufre el pueblo mexicano al reformar una y otra vez la Constitución, y, por el contrario, robustecer el sistema de rigidez que debe imperar para modificar nuestra carta magna.

El derecho humano a la salud, su evolución en el constitucionalismo mexicano

Autores: Marina del Pilar Olmeda García y Adolfo Ulises Silva Gutiérrez, la primera Profesora investigadora de la Facultad de Derecho Mexicali-UABC, doctora en Educación y en Derecho Constitucional, integrante del Sistema Nacional de Investigadores, SNI, nivel II, y el segundo estudiante del doctorado en Ciencias Jurídicas de la Facultad de Derecho, Mexicali-UABC y becario de CONACYT

El derecho humano a la salud es un derecho de segunda generación que en el sistema jurídico mexicano ha evolucionado a principios del siglo XX con el constitucionalismo social, *tendiente a tutelar a grupos humanos* como una exigencia inherente a la dignidad humana. Este derecho inicia su positivización a *que se encuentran en una situación particular de desventaja frente al resto de los individuos y cuyo objetivo principal es asegurar la satisfacción de necesidades materiales esenciales* (Suprema Corte de Justicia de la Nación

[SCJN], 2013: 53-55). En este trabajo se presenta una visión general de la evolución del derecho a la salud en México, con la finalidad de exponer los avances y retrocesos, los aciertos y desaciertos sobre este derecho humano fundamental.

La desviación de poder en el derecho administrativo mexicano

Autor: Guillermo Cambero Quezada, doctor y maestro en derecho público por la Universidad de Nantes, Francia. Abogado por la Universidad de Guadalajara, México. Profesor-investigador y miembro del Sistema Nacional de Investigación (CONACYT).

La desviación de poder es una de las manifestaciones más comunes de la corrupción, y constituye un claro atentado contra pilares básicos del Estado de Derecho. El vicio de la desviación de poder es un auténtico problema que perjudica con frecuencia a muchos ciudadanos, ya que implica arbitrariedad e inseguridad jurídica, y debe tener como consecuencia la anulación del acto administrativo al que afecta, por lo que su estudio es necesario para el adecuado control de los actos administrativos que incurran en una desviación de poder, ya que es indispensable garantizar el eficaz y eficiente funcionamiento de las administraciones públicas, la seguridad jurídica y el correcto empleo de los recursos públicos.

Uso de la fuerza y seguridad en México

Autores: Luisa Gabriela Morales Vega y Juan Manuel Portilla Gómez, la primera, doctora en Derecho, profesora de tiempo completo en el Centro Universitario UAEM Valle de México de la Universidad Autónoma del Estado de México, miembro del Sistema Nacional de Investigadores; el segundo, doctor en Derecho Internacional, profesor titular "C" de tiempo completo adscrito a la División de

Ciencias Socioeconómicas y a la Unidad de Investigación Multidisciplinaria de la Facultad de Estudios Superiores Acatlán de la Universidad Nacional Autónoma de México, pertenece al Sistema Nacional de Investigadores Nivel I.

El uso de la fuerza es inherente a la soberanía de los Estados, pero éste no es un recurso irrestricto y debe constreñirse a los parámetros constitucionales e internacionales propios de un Estado de Derecho para constituirse en uso legítimo de la fuerza. En su fuero interno, los Estados deben garantizar el orden público a través de la operación de sus cuerpos de seguridad, según corresponda a su modelo de gobierno. Asimismo, allende sus fronteras, los Estados participan de la seguridad mundial mediante los esquemas institucionales derivados de su membresía en organizaciones internacionales, tanto universales como regionales.

Trata de mujeres con fines de explotación sexual en México

Autora: Ivonne Thaili Millán Barajas, licenciada en Derecho por la Universidad Latinoamericana, máster en Derechos Fundamentales por la Universidad Carlos III de Madrid y máster en Estudios de Mujeres, Género y Ciudadanía con Especialidad en Mujeres, Trabajo y Políticas Públicas, por la Universidad de Barcelona. Asesora jurídica en "Disability Rights International".

El tráfico de personas con fines de explotación sexual es un problema grave que aqueja a la sociedad mexicana. De hecho, es el tercer negocio más rentable en el mundo. Esto se ha logrado gracias a la alianza entre el patriarcado y el capitalismo. Por ello, en el presente ensayo evidenciaremos la lógica que opera detrás del crimen organizado para llevar a cabo la explotación sexual de mujeres, niñas y niños, principalmente.

El comisario en las sociedades mercantiles

Autor: Martin Eduardo Pérez Cázares, abogado, maestro en Derecho Privado, doctor en Derecho, doctor en Ciencias Políticas y Sociales, profesor investigador de tiempo completo, Universidad de Guadalajara México.

El manejo de las sociedades mercantiles es una alta responsabilidad para quienes la integran, y esta responsabilidad requiere profesionalismo, preparación, conocimiento, disciplina para lograr los objetivos sociales, y el manejo de la misma debe tener una vigilancia permanente, un celador, velador y fiscal de su funcionamiento, que cuide no sólo los intereses de los socios, sino de la propia sociedad, como un ente jurídico autónomo y sujeto de derechos y obligaciones, cuya personalidad es distinta a la de los socios, de ahí que requiera un guardián en todos sus actos jurídicos. Esta figura lo es el comisario, quien, mediante sus funciones, es el que cuida de los movimientos en que interviene la sociedad a través de los administradores y, por tanto, es quien preserva la inversión que realizaron los socios.

El imaginario social de la profesión de abogado: entre el estatus profesional y la corrupción de la práctica

Autora: María Francisca de la Luz Bermejo Pajarito, doctora en Educación, maestra en Gestión y Políticas de la Educación Superior, autora de varias publicaciones.

Este trabajo aborda la imagen social de la profesión de abogado como una categoría teórica que aporta elementos al imaginario social de la profesión de abogado. Partimos del supuesto de que alrededor del imaginario social sobre esta profesión se construyen expectativas que motivan a los jóvenes a elegirla como opción profesional. Encontramos que el imaginario social de la profesión se

escinde entre imágenes opuestas; por una parte, aquellas que han contribuido a considerarla como una buena profesión, como el estatus profesional y, por otra parte, aquellas que le atribuyen prácticas profesionales corruptas.

Para despedirme en esta ocasión, quiero agradecer una vez más por la generosa actitud de sus autoridades, que me ha permitido ser más que feliz con el privilegio de cuidar de la *Revista Jurídica Jalisciense*, que pertenece a mi *alma mater*, Universidad de Guadalajara.

PD: Ya concluyó la primera fase de mi tratamiento oncológico y estoy iniciando la valoración, por parte de los doctores, para saber qué sigue. Parece que fueran episodios, pues la incertidumbre de qué sigue se encuentra siempre en el ambiente.

Gracias a todos.

La Ley de Seguridad Interior: un tema a debate jurisdiccional

Internal Security Law: a subject for jurisdictional debate

Rubén Jaime Flores Medina

Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Nuevo León. Profesor-investigador de tiempo completo de la Universidad de Guadalajara.

RESUMEN: La entrada en vigor en México de la reciente Ley de Seguridad Interior evidencia la urgencia del Estado mexicano por controlar situaciones de inseguridad pública, con rasgos de inseguridad nacional, provocadas —al parecer— por grupos del crimen organizado, por la propia negligencia de quienes toman decisiones en el país, así como por los mismos ciudadanos, que ven una oportunidad de aprovecharse del descontento generalizado para recibir beneficios indebidos en lo económico, principalmente en lo político y en la propia persona de quien realiza actividades consideradas como corruptas. Sólo con la instauración de un cuerpo nacional de seguridad emanado institucionalmente de las fuerzas armadas, pero sin el fuero "militar" de estos, que los hace inmunes (como ahora) a la jurisdicción ordinaria se podrá contar con los instrumentos de seguridad que realmente cumplan con lo

ABSTRACT: The new Internal Security Law enforcement demonstrates the urgency of the Mexican State to control situations of public insecurity, with features of national insecurity, caused, apparently, by organized crime groups, the negligence of those who they make decisions in the country; as well as the same citizens who see an opportunity to take advantage of the generalized discontent to receive undue economic benefits, mainly in the political and for the benefit of the person who celebrates activities considered as corrupt. Only with the establishment of a National Security Bureau emanated institutionally from the armed forces, but without the "military" jurisdiction of these, which makes them immune (as now) to the ordinary jurisdiction; is how it count on the security instruments that really comply with what is prescribed in the Political Constitution of the United Mexican States.

Recibido: 15 de febrero de 2018. Aprobado: 26 de marzo de 2018.

establecido en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Palabras clave: seguridad nacional, seguridad interior, seguridad pública, control de situaciones de hecho, cuerpo nacional de mantenimiento de la seguridad.

Keywords: Homeland security. Interior Security. Public Security. Control of situations. National Security Maintenance Corps.

SUMARIO: Introducción • I. ¿Qué Es La Seguridad Interior Realmente? • II. La Ley de Seguridad Interior frente al Texto Constitucional • III. Una Propuesta de Solución, en las formas de Instrumentación • Conclusiones • Fuentes

Introducción

La paz no puede mantenerse por la fuerza.
Solamente puede alcanzarse por medio del entendimiento.
Albert Einstein (*Proverbia*, 2018)

Ante la necesidad de regular la actuación de los militares que han venido desempeñándose en tareas distintas a la defensa nacional, sumándose el descontento ciudadano resultado del aumento de la presión pública, y, eventualmente, la insistencia por parte de titulares de la administración pública nacional, por ejemplo, la solicitud del propio Secretario de la Defensa Nacional, Salvador Cienfuegos, de que se fijara un marco jurídico que regulara dicha actuación de los militares en tareas de seguridad pública, después de arduos debates, y a pesar de las inconformidades de diversos sectores sociales, se decretó la Ley de Seguridad Interior, que fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el pasado 21 de diciembre del año 2017 y entró en vigor al día siguiente de su publicación.

El presidente de la República, Enrique Peña Nieto, se pronunció en el sentido de que es una ley que *...da certeza jurídica a la actuación de las fuerzas armadas en la preservación de la seguridad*

interior, y al mismo tiempo establece límites al uso discrecional de las mismas... (PRBP, 2017).

Durante la promulgación de la ley en mención, igualmente, el presidente de la nación mexicana, dando respuesta a la referida inconformidad de gran número de sectores de la sociedad, que se pronunciaron por todos los medios a su alcance, desde antes de su discusión en el poder legislativo federal, por considerar los proyectos —ahora hechos ley— como violatorios de los derechos humanos y de la propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, señaló que*: ...la Suprema Corte de Justicia de la Nación será el árbitro legitimado constitucionalmente para tomar una resolución definitiva sobre la Ley de Seguridad Interior...* (PRBP, 2017). Con ello trataba de conciliar y apaciguar los ánimos caldeados de una mayoría de ciudadanos opuestos a que se llegue a su aplicación.

La Ley de Seguridad Interior vigente, debemos advertir, por la naturaleza misma de la materia que pretende regular, ya es motivo de discusión y de pleno debate jurisdiccional en el máximo tribunal de la república, como consecuencia de la presunción de que es posible advertir visos de inconstitucionalidad o de inconvencionalidad de la ley, o, en su defecto, en alguno —o algunos— de los artículos que contiene.

Esto motivó que algunas autoridades del país, en todos los niveles de gobierno, consideraran que dicha regulación contraviene la esfera de facultades o de las competencias de actuación de ellas, lo que las impulsó a presentar sendas demandas de controversia constitucional y de inconstitucionalidad de esa legislación. Es el caso de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, la cual, mediante la demanda de su Presidente, determinó que dicha ley le genera un conflicto al intervenir en el ámbito de sus obligaciones en defensa y protección de los derechos humanos de los ciudadanos, ante la posible arbitrariedad de cualquier autoridad que actúe en aplicación a la ley que nos ocupa.

En el ámbito local, la primera controversia constitucional que se intenta contra la —multicitada— Ley de Seguridad Interior fue la presentada el viernes 5 de enero de 2018 por el ayuntamiento de San Pedro Cholula, en el estado de Puebla, por su presidente municipal, José Juan Espinosa Torres, por intermedio de la síndico Esperanza Estela Chilaca Muñoz (*El Universal*, 2018); la controversia alega que: *...violenta flagrantemente la autonomía del municipio de Cholula, y lo dispuesto por el artículo 115 constitucional...* (*El Universal*, 2018); se admitió por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por cuanto el proceso en lo principal, y se ordenó la formación del expediente bajo el rubro 4/2018- (ATF/RARP) y su consecuente registro. En la demanda se reconoció como autoridades responsables: 1. Al Congreso de la Unión, formado por las respectivas cámaras de Diputados y de Senadores, conforme a su correspondiente participación en el proceso legislativo de aprobación y promulgación que dio origen a la ley cuestionada. 2. Al Poder Ejecutivo Federal, representado por el Presidente de la República, por el decreto que ordena la expedición y publicación de la Ley de Seguridad Interior. 3. Al director del Diario Oficial de la Federación, como autoridad ejecutora de la publicación oficial de la ley. Cabe señalar que bajo el referido rubro 4/2018 se incluyen los expedientes de Controversia Constitucional, así como el de Acción de Inconstitucionalidad (SCJN, II/2018).

La resolución de la Corte, por lo que resulta del proceso incidental, resultó en determinar que el municipio solicitante de la medida suspensional no fundamentó su solicitud, lo que impide decretar dicha medida en favor del ayuntamiento demandante. Por ello tendrán que esperar a la resolución de fondo de la controversia para que se ordene —en su caso— la inaplicación en su territorio de la ley impugnada.

Otros expedientes en tramitación ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación están registrados bajo los números: 74/2018-VDA, en el cual se *solicita el amparo y protección en contra de la Ley de*

Seguridad Interior y menciona como autoridad responsable al Congreso de la Unión y de otras autoridades (ATF/RARP), y 67/2018-VIAJ (consultado 5/II/18), que *solicitan a este alto tribunal su intervención para declarar la inconstitucionalidad de la Ley de Seguridad Interior promulgada y publicada en el* Diario Oficial de la Federación *el día 21 de diciembre de 2017* (ROPEMAQ/GAGG/RARR).

Dada la naturaleza de los actos que reclaman de la ley en cuestión, se puede decir que a unos días de la entrada en vigor de esta ley (LSI), se impugna dicha ley, a fin de determinar y decidir tres aspectos importantes sobre ella: a) Si es constitucional o inconstitucional el proceso de su formación, así como el contenido de los artículos que la conforman; b) si es convencional o inconvencional su contenido normativo y acorde o no, con los tratados, acuerdos y convenciones internacionales de que México es parte y que se relacionan con la tutela de los derechos humanos en todos sus ámbitos, el procesal y el sustantivo, y c) si dicha ley corresponde o no a los estándares de legalidad que deben fundamentarla.

Pero es un hecho que con la nueva Ley sobre Seguridad Interior se pretende otorgar al ejecutivo federal atribuciones en su calidad de comandante de las fuerzas armadas, para que se destinen las tropas de tierra, mar y aire a las tareas propias de la seguridad pública, tareas que son diversas de las que la Constitución de la República previene y así, fuera de toda regulación constitucional, los militares puedan, bajo el cobijo de la normativa en cuestión, ejercer tareas tales como: a. El patrullaje de territorios con fines de vigilancia. b. Detener personas y ponerlas a disposición de una autoridad ministerial (en su caso, según arbitrio), a quienes ellos presuman que han cometido ilícitos (en flagrancia o no, bajo su criterio, desde luego). c. Realizar investigación de inteligencia, interviniendo comunicaciones públicas o privada, manipulando datos personales en poder de autoridades, intervenir teléfonos, etcétera.

Se puede presumir, entonces, que dicha ley facultaría a los militares, en perjuicio del ciudadano común y corriente, para que puedan presumir la comisión de delitos sin que existan datos previos que sean considerados incontrovertibles, violando así lo que mandata la propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en sus artículos 14, 16 y 21 en materia de investigación de los delitos, y la legal consignación a las autoridades civiles que deban conocer del proceso.

No obstante que la propia Carta Magna previene la detención de personas en flagrancia, con esta ley pudieran darse ciertos casos en que los militares en acción presuman delitos donde no los hay, construyan expedientes o fabriquen casos penales sin la intervención ministerial, manipulando personas y elementos integrantes de probables delitos y haciéndolos parecer como si fueran obtenidos legalmente, como en el caso de la flagrancia.

La nueva ley otorgaría a los militares, por medio del ejecutivo, una multivariedad de capacidades y facultades, como el de "primer respondiente", que corresponden por naturaleza sólo a las instituciones civiles.

Podemos decir que el objetivo de la ley ha sido regular las situaciones de hecho que se vienen dando con la intervención de militares en la actividad de seguridad pública, sin que hubiera habido disposiciones previas a esa actividad.

Válidamente se puede suponer que esta ley instaura políticas de restricción de los derechos humanos de un núcleo específico de ciudadanos, y violenta la presunción de inocencia, al presumirse su participación en supuestos delitos. Estas políticas argumentan la necesidad de controlar las amenazas de la propia sociedad mexicana o de ataques de personas extrañas al país, como en el caso del terrorismo que azota otras naciones.

Podemos considerar, además, que esta normativa se suma a aquellas que tienen un destinatario muy específico y que se conoce con

el nombre de: "Derecho del enemigo". Un ejemplo palpable en otras latitudes es la llamada *Patriot Act* norteamericana, que restringe los derechos humanos argumentando el bien superior del país.

Otro aspecto a ponderar es el hecho de que se vienen implementando instrumentos de control ciudadano en México que van desde las mismas reformas del año 2008 en materia penal hasta la ahora vigente en estudio, la Ley de Seguridad Interior, pasando por el sistema nacional anticorrupción, con el nombramiento pendiente de un fiscal federal con supuestas capacidades de actuación de carácter autónomo.

Es necesario advertir que esta política pretende controlar la vida cotidiana de los habitantes del territorio —tanto temporales como permanentes—, por conocerse desde las altas esferas del poder político y administrativo el quehacer del ciudadano común. Una prueba de ello se encuentra en la legislación en materia de telecomunicaciones, que establece la obligación de las sociedades operadoras y empresas privadas de comunicación de hacer del conocimiento —a requerimiento ministerial— del registro telefónico y de llamadas, mensajes y charlas entre particulares.

También se puede afirmar que, con la vigencia de la Ley, es previsible que las fuerzas armadas realicen tareas de contención de los reclamos ciudadanos ante la eventual vigencia de políticas que violenten los derechos ciudadanos por parte de autoridades federales o locales.

Esta normativa está directamente en contradicción con el artículo 29 constitucional, como analizaremos en el capítulo correspondiente, ya que se aleja de las previsiones del mencionado artículo, que le concede al ejecutivo ciertas facultades para decretar el estado de emergencia, pero siempre sujeto a los decretos del Congreso de la Unión en la materia y estudiando las peticiones concretas para decretar dicho estado de excepción alegadas por el ejecutivo.

Ante el problema planteado en líneas anteriores, diremos que, en el fondo del asunto, lo que se debe analizar jurídicamente es el **fuero militar,** que podemos considerar como sinónimo de jurisdicción penal militar, y se concreta en:

> ...aquella facultad o potestad autónoma y exclusiva que tienen las Fuerzas Armadas para juzgar ante los tribunales militares a sus miembros por faltas o delitos que cometan en actos o hechos derivados del desempeño del servicio militar, conforme a las leyes que rigen a estos cuerpos...

Nuestra propuesta, que se amplía en el apartado correspondiente de este trabajo, nace de dicho análisis y considera que, eliminando el fuero a cierto sector de las fuerzas armadas para integrar un cuerpo de élite sin fuero, se resolvería el conflicto de sacar a la calle a las actuales fuerzas armadas de la República, investidas de fuero militar.

En resumen, tratamos en los siguientes apartados de este trabajo, sintéticamente, una problemática concreta: La ley en estudio, en lugar de acotar y limitar la actuación de los militares, amplía sus competencias y facultades de forma superlativa, lo que las aleja, de esta manera, del cumplimiento estricto de nuestra carta magna y de la tradición de nuestro país de privilegiar la paz y el respeto tanto entre las personas como entre las naciones, así como el de la cultura de la legalidad, según la cual las autoridades se sujetan a la transparencia y a la rendición de cuentas (incluyendo a la corporación militar sin fuero que se forme al efecto de la seguridad pública), como presupuesto indispensable para el buen desempeño funcionarial y el cumplimiento de las metas institucionales a favor del gobernado, con legalidad, certeza y seguridad general. Ello trae aparejado un debate jurisdiccional; o sea, como todos los asuntos de importancia en la actualidad mexicana, incluyendo sus procesos legislativos, se ju-

dicializan, en perjuicio de la certeza jurídica, la preservación de los derechos humanos y del desarrollo y de la economía de nuestro país.

Entonces tendremos que, en los litigios contra la Ley de Seguridad Interior, el punto central será determinar si el Congreso tenía facultad constitucional para legislar en la materia de seguridad interior, en particular para regular la participación de las Fuerzas Armadas en tareas de seguridad pública.

I. ¿Qué es la seguridad interior realmente?

La paz obtenida en la punta de la espada,
no es más que una tregua.
Pierre Joseph Proudhon
(akifrases.com, enero 2018)

Comenzaremos por contestar a la pregunta planteada en este apartado especificando que el texto de la Ley de Seguridad Interior que describimos es poco claro e impreciso, ya que se confunden los conceptos de Seguridad Nacional, Seguridad Pública y Seguridad Interior, que deberían ser diferenciados con el propósito institucional de establecer claramente las facultades, competencias, funciones y tareas que corresponden a cada ámbito de actuación de las autoridades en todos los niveles, incluyendo —desde luego— las que corresponderían a las fuerzas militares, conforme a las regulaciones reglamentarias de nuestra constitución política.

No se puede hablar de cumplir y mantener un estado de derecho cuando los mismos legisladores permiten la vigencia de una ley secundaria que viola la Constitución federal, como analizamos en el apartado siguiente, al permitir que el ejército realice actividades propias de la seguridad pública, cubriéndolas con un velo de "seguridad interior" y contradiciendo —además de la carta magna— lo dispuesto por el propio Presidente de la República a través del

Consejo de Seguridad Nacional de nuestra República, que define la seguridad interior de la siguiente manera:

> 13. Seguridad Interior
> (PSN, 2014, p. 58 y 109)
> ...Condición que proporciona el Estado mexicano para salvaguardar la seguridad de sus ciudadanos y el desarrollo nacional mediante el mantenimiento del Estado de Derecho y la gobernabilidad democrática en todo el territorio nacional...
> ...
> Se trata de una función política que, al garantizar el orden constitucional y la gobernabilidad democrática, sienta las bases para el desarrollo económico, social y cultural de nuestro país, permitiendo así el mejoramiento de las condiciones de vida de su población.

Si dentro del texto del propio Programa para la Seguridad Nacional 2014-2018 se establece que este documento contiene los elementos formales de las definiciones de los glosarios utilizados por las distintas dependencias que forman parte del Consejo de Seguridad Nacional, deberemos entender que ésta sería la guía que el legislador debiera haber consultado previamente a la conformación de la ley en análisis, ya que deja en claro que la llamada seguridad interior, más allá de ser una función pública, es una "situación ideal o meta a conseguir", más que constituir un conjunto de tareas u objetivos programáticos.

Como función política, la seguridad interior es una determinada "situación multívoca", construida con la colaboración, cooperación y concurrencia de las diferentes autoridades en los niveles de gobierno federal y local, que permite a los ciudadanos una activa participación en el desarrollo económico, social y cultural.

Esta situación ideal, de aplicarse la nueva ley de Seguridad Interior, sería de imposible consecución, dados los antecedentes de las

fuerzas armadas por su naturaleza de confrontación armada, y debido a las libertades que les proporciona la legislación en comento.

La seguridad interior es la meta, mas no el camino a recorrer por las diversas autoridades, como sí pueden serlo la seguridad pública, la seguridad nacional y la seguridad internacional.

Dicho concepto debe considerarse, desde luego, como una **situación multifactorial**, en la cual convergen diferentes actores, incluyendo los emanados por el sector social.

No es propiamente una función material específica del Estado, ya que, al ser solamente un ideal político, la seguridad interior tampoco es desarrollada como función administrativa, dotada de estructura que debiera haberse previsto en la vigente Constitución Política de México, como sí están contenidas las funciones de las llamadas seguridad nacional, seguridad internacional y seguridad pública.

Desde el enfoque mismo del Consejo de Seguridad Nacional, la seguridad interior es tan sólo:

> ...un escenario, producto de las circunstancias nacionales e internacionales que imperan en todo entorno globalizado como el nuestro, donde las transformaciones de sus estructuras políticas, económicas y sociales e instituciones, son determinantes para lograr por parte del propio Estado mexicano, una Condición Ideal de orden, desarrollo económico y paz social...

Asimismo, el Programa de referencia nos sigue definiendo con precisión lo que es la seguridad pública.

En efecto, se entiende como:

> 14. Seguridad Pública.
> (PSN, 2014, p. 110.)
> ...a la **función** que tiene el propósito de velar por la observancia del Estado de Derecho, el mantenimiento del orden público y la

> seguridad de los ciudadanos y sus bienes. Al buscar la salvaguarda de la integridad y los derechos de las personas, considera la política de Seguridad Pública la reinserción social del individuo al igual que la prevención especial y general de los delitos, así como su investigación y persecución...

Una comparación concreta y efectiva para entender las diferencias entre los conceptos de seguridad interior y de seguridad pública lo es la explicación que vierte el Consejo de Seguridad Nacional, que nos ilustra acerca de que —no obstante ser conceptos ampliamente interrelacionados— exigen un uso diferenciado en cuanto al poder del Estado.

Por ello, haciendo dicho ejercicio de diferenciación, la seguridad interior se debe entender como una *política de Estado* que facilite hacer frente a riesgos y amenazas que puedan vulnerar el orden constitucional y sus instituciones fundamentales; o sea, amenazas que trastoquen la vigencia del orden constitucional y legal del país (psn, 2014, pp. 55-66.)

Por su parte, la seguridad pública implica intervenir activa y materialmente en pro de la protección de los ciudadanos y sus bienes, haciendo uso de los múltiples mecanismos al alcance de los entes que conforman al Estado, según cada una de las funciones asignadas a ellos.

En este orden de ideas, la entrada en vigor de una ley de seguridad interior que involucra acciones de fuerza —incluso letal—de los militares mexicanos es desafortunada, por contener un marco regulador contradictorio e inadecuado para los fines anunciados en el Programa para la Seguridad Nacional 2014-2018 de la Presidencia de la República, presentado por el mencionado Consejo de Seguridad Nacional.

Para complementar una visión panorámica de conceptos del Programa referido, deberemos contrastar lo dicho en materia de:

16. Sistema de Seguridad Nacional:

(PSN, 2014, pp. 29-110).

...**Sistema** integrado por las instituciones, procesos e instrumentos que la Ley de Seguridad Nacional establece con la misión expresa de preservar la integridad, la estabilidad y la permanencia del Estado Mexicano, mediante la generación de políticas públicas, la toma de decisiones políticas fundamentales y la ejecución de acciones coordinadas y dirigidas a hacer frente a las amenazas, riesgos y vulnerabilidades tendientes a dañar o poner en peligro los elementos esenciales que le dan existencia o que pueden obstaculizar el desarrollo nacional...

La Ley de Seguridad Nacional (Cámara de Diputados, Congreso de la Unión de los Estados Unidos Mexicanos. 2017) es la que mejor explica lo que debe constituir el concepto de seguridad nacional para nuestra discusión académica:

Artículo 3. Para efectos de esta Ley, por Seguridad Nacional se entienden **las acciones destinadas de manera inmediata y directa a mantener la integridad, estabilidad y permanencia del Estado Mexicano**, que conlleven a:

I. La protección de la nación mexicana frente a las amenazas y riesgos que enfrente nuestro país;

II. La preservación de la soberanía e independencia nacionales y la defensa del territorio;

III. El mantenimiento del orden constitucional y el fortalecimiento de las instituciones democráticas de gobierno;

IV. El mantenimiento de la unidad de las partes integrantes de la Federación señaladas en el artículo 43 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos;

V. La defensa legítima del Estado Mexicano respecto de otros Estados o sujetos de derecho internacional, y

> VI. La preservación de la democracia, fundada en el desarrollo económico social y político del país y sus habitantes...

En efecto, el tema de Seguridad Nacional sí está previsto en la carta magna, de tal forma que este sistema, traducido en acciones concretas en defensa del país y sus habitantes, es fácilmente entendido como una labor concreta de las fuerzas armadas, por más que se las quiera involucrar en tareas internas.

Por su parte, debemos señalar que la fracción VI del artículo 89 constitucional confiere de manera exclusiva al Presidente de la República el mandato de preservar la seguridad nacional, en los términos de la ley respectiva, y disponer de la totalidad de la fuerza armada permanente; es decir, del Ejército, de la Armada y de la Fuerza Aérea, para garantizar la seguridad interior y la defensa exterior de la Federación, pero en el sentido expresado en el párrafo siguiente.

La síntesis del tema conceptual sobre la pregunta ¿qué deberemos entender por seguridad interior? nos lleva a responder que puede ser considerada como un escenario que resulta de situación multifactorial, que contiene las condiciones ideales de seguridad pública, más la de seguridad nacional, de tal forma que, junto con la seguridad frente a otras naciones o seguridad internacional, proporcionadas por el Estado mexicano, permiten el desarrollo armónico de sus instituciones y estructuras y, finalmente, el pleno desarrollo de la personalidad de los habitantes o integrantes de la nación, no como fuerzas de prevención, de contención o de choque con la población civil.

II. La Ley de Seguridad Interior frente al texto constitucional

Leyes: Sabemos lo que son, y lo que valen.
de acero para los pobres y débiles,
Son telarañas para los ricos y poderosos,
cadenas redes de pesca en las manos del gobierno.
Pierre Joseph Proudhon
(akifrases.com, enero 2018)

Hay principios derivados de la doctrina constitucional, en cualquier país que tenga vigente un carta fundamental, que establecen como teoría de la constitución que para, que una ley sea positiva; esto es, para que sea promulgada, debe ser consensuada previamente a su entrada en vigor, conocida por quienes estarán obligados por ella, y que además sea construida gramaticalmente de tal manera que pueda ser entendida para que se produzca la convicción necesaria para su cumplimiento (Aquino, 16/I/ 2018).

No ha sido ese el caso de la ley de Seguridad Interior en México, ya que una gran mayoría de los actores sociales la ha repudiado, incluso de la comunidad internacional, como es el caso de la Organización de las Naciones Unidas (ONU).

Según un diario de circulación internacional (*El País,* 15/XII/2017):

> *...La ONU, la OEA y la propia comisión han unido fuerzas estos días, con la intención de retrasar la aprobación de la ley. Este jueves, en un hecho sin precedentes, siete relatores y grupos de trabajo de Naciones Unidas divulgaron una carta de rechazo a la normativa: "Nos preocupa que otorgue a las Fuerzas Armadas un rol de dirección y coordinación en ciertas circunstancias, en lugar de limitar su papel al auxilio y asistencia a las autoridades civiles...".*

El carácter extremadamente coercitivo de esta ley debiera ser un recurso excepcional para obligar a su cumplimiento, mas no una forma reglada indefectiblemente, porque es sabido que, cuando a la mayoría de la sociedad se le impone una norma jurídica sin ser consultada exhaustivamente antes de su promulgación, resulta imposible hacerla obedecer y, en consecuencia, deviene una ineficacia normativa.

Pero si, además, ese cuerpo normativo es inconstitucional desde su origen, la cosa se complica y su aplicación puede ser considerada injusta y, en la práctica, ser desobedecida. Ello genera además, revueltas sociales muy graves de oposición que revierten las bondades que se esperaban de ella.

Es el caso de esta ley, analizando el contenido y cotejándolo con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos vigente, *advertimos que no se tienen facultades en el Congreso de la Unión —conjunta o separadamente las cámaras— para legislar en la materia de seguridad interior*.

En efecto, conforme al artículo 73, en su fracción XXIX-M se establece que:

> Artículo 73. El Congreso tiene facultad:
>
> ...
>
> XXIX-M. Para expedir leyes en materia de **seguridad nacional**, estableciendo los requisitos y límites a las investigaciones correspondientes (párrafo reformado DOF 24-10-1942, 10-02-1944 y Fracción adicionada dof 05-04-2004VI.)

Se advierte que no está explícitamente señalada la seguridad interior como materia para legislarse; además, en su redacción advertimos que existen evidentes violaciones en materia de derechos humanos; también advertimos la inexistencia, en cuanto a las facultades que les corresponden a los municipios, tanto como a las

entidades federativas, en la materia de seguridad pública, que son vulneradas con las acciones que despliega la federación y que se sobreponen a las autorizadas a aquellos entes públicos.

Refiriéndonos específicamente a la materia de seguridad pública, diremos que este tema subyace en el cuerpo de toda la Ley de Seguridad Interior, que ahora nos ocupa, contradiciendo al Sistema Nacional de Seguridad Pública y duplicando los recursos y las regulaciones en esta materia, con el agravante de inmiscuir a nuestras leales fuerzas armadas.

Al respecto podemos encontrar que:

> Se establece en el Artículo 21.
>
> ...La investigación de los delitos corresponde al Ministerio Público y a las policías, las cuales actuarán bajo la conducción y mando de aquel en el ejercicio de esta función...
>
> ...
>
> ...La **seguridad pública** es una función a cargo de la Federación, las entidades federativas y los municipios, que comprende la prevención de los delitos; la investigación y persecución para hacerla efectiva, así como la sanción de las infracciones administrativas, en los términos de la ley, en las respectivas competencias que esta Constitución señala. La actuación de las instituciones de seguridad pública se regirá por los principios de legalidad, objetividad, eficiencia, profesionalismo, honradez y respeto a los derechos humanos reconocidos en esta Constitución... (párrafo reformado DOF, 29-01-2016).

Ya lo mencionaba en su momento el senador de la República Luis Sánchez, coordinador de la bancada perredista, al decir al respecto que: *...las facultades meta constitucionales que se les dan a las fuerzas armadas y al presidente de la República son evidentes violaciones a la Constitución....* Y agregaríamos quienes coincidimos en el estudio

del Derecho Constitucional: violaciones que, por no contar expresamente —dicho ordenamiento reglamentario de nuestra carta fundamental— de un sustento jurídico en el que obren autorizaciones en la materia que nos ocupa, realmente resulta en sobreponerse a los entes locales, violentando su autonomía, por no decir la soberanía funcional de éstos...

Facultades regladas en los siguientes ordenamientos:

> Artículo 115. Los estados adoptarán, para su régimen interior, la forma de gobierno republicano, representativo, democrático, laico y popular, teniendo como base de su división territorial y de su organización política y administrativa, el municipio libre, conforme a las bases siguientes:
>
> Párrafo reformado, DOF 10-02-2014
>
> ...
>
> III. Los municipios tendrán a su cargo las funciones y servicios públicos siguientes:
>
> Párrafo reformado, DOF 23-12-1999
>
> ...
>
> h) Seguridad pública, en los términos del artículo 21 de esta Constitución, policía preventiva municipal y tránsito; e
>
> Inciso reformado DOF 23-12-1999.
>
> VII. La policía preventiva estará al mando del presidente municipal en los términos de la **Ley de Seguridad Pública del Estado. Aquella acatará las órdenes que el gobernador del estado le transmita en aquellos casos que este juzgue como de fuerza mayor o alteración grave del orden público** (párrafo reformado DOF, 18-06-2008).

En cuanto a la CDMX, se establece:

Artículo 122. La Ciudad de México es una entidad federativa que goza de autonomía en todo lo concerniente a su régimen interior y a su organización política y administrativa.

...

B. Los poderes federales tendrán respecto de la Ciudad de México, exclusivamente las facultades que expresamente les confiere esta Constitución.

...

... Corresponde al Jefe de Gobierno de la Ciudad de México la dirección de las instituciones de **seguridad pública** de la entidad, en los términos que establezca la Constitución Política de la Ciudad de México y las leyes locales, así como nombrar y remover libremente al servidor público que ejerza el mando directo de la fuerza pública...

Por si fuera poco, es claro que esta ley puede considerarse, además de inconstitucional, como un ordenamiento inconvencional, pues violenta los acuerdos suscritos por México en el sentido de nunca legislar sobre la actuación de las fuerzas armadas en situaciones de injerencia civil, o sobre el control ciudadano, ya que, por su naturaleza, son organismos (la milicia) cuya función es proteger al país de amenazas del exterior.

Aunque se menciona en nuestra carta magna que el Presidente de la República tiene algunas facultades en materia de seguridad interior, se advierte lo siguiente:

Artículo 89. Las facultades y obligaciones del Presidente son las siguientes:

....

VI. Preservar la **seguridad nacional**, en los términos de la ley respectiva, y **disponer** de la totalidad de la Fuerza Armada perma-

nente, o sea, del Ejército, de la Armada y de la Fuerza Aérea para la seguridad interior y defensa exterior de la Federación.

Fracción reformada (DOF, 10-02-1944, 05-04-2004).

...

X. Dirigir la política exterior y celebrar tratados internacionales, así como terminar, denunciar, suspender, modificar, enmendar, retirar reservas y formular declaraciones interpretativas sobre los mismos, sometiéndolos a la aprobación del Senado. En la conducción de tal política, el titular del Poder Ejecutivo observará los siguientes principios normativos: la autodeterminación de los pueblos; la no intervención; la solución pacífica de controversias; la proscripción de la amenaza o el uso de la fuerza en las relaciones internacionales; la igualdad jurídica de los Estados; la cooperación internacional para el desarrollo; el respeto, la protección y promoción de los derechos humanos y la lucha por la paz y la **seguridades internacionales**...

El vigente artículo 89, en su fracción VI, no es suficiente para derivar de ahí la capacidad para movilizar a la fuerza armada permanente. Al contrario, al calificar dichas fuerzas militares como "permanentes", se quiere significar que —en cumplimiento del artículo 129 de nuestra Constitución— las tropas que constituyen las fuerzas militares permanentes del país, tales como la Fuerza Aérea, el Ejército y la Fuerza Armada, deberán establecerse fuera de las poblaciones y en sus correspondientes cuarteles, campamentos o depósitos; veamos:

Artículo 129. En tiempo de paz, ninguna autoridad militar puede ejercer más funciones que las que tengan exacta conexión con la disciplina militar. Solamente habrá comandancias militares fijas y permanentes en los castillos, fortalezas y almacenes que dependan inmediatamente del Gobierno de la Unión; o en los campamentos,

> cuarteles o depósitos que, fuera de las poblaciones, estableciere para la estación de las tropas (artículo original, DOF, 05-02-1917).

Conceptos importantes de esta disposición se reflejan en las siguientes expresiones: tiempo de paz, tiempo de guerra, disciplina militar, estación de las tropas, comandancias militares fijas, fuero militar, fortalezas y almacenes dependientes del gobierno de la Unión, establecerse fuera de las poblaciones.

Tales situaciones, a simple vista, reflejan el incumplimiento por las autoridades de esta importante disposición constitucional, en la realidad cotidiana. Al contrario de lo que sucede, se debiera promover su exacto cumplimiento para validar nuestro Estado de derecho y la cultura de la legalidad, tan publicitada en nuestros días.

Por otra parte, en lo que corresponde al ejército y la fuerza aérea mexicana, se ha reglamentado:

> Artículo 1/o. El Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos son instituciones armadas permanentes que tienen las misiones generales siguientes:
>
> I. Defender la integridad, la independencia y la soberanía de la nación;
>
> II. Garantizar la seguridad interior;
>
> III. Auxiliar a la población civil en casos de necesidades públicas;
>
> IV. Realizar acciones cívicas y obras sociales que tiendan al progreso del país, y
>
> V. En caso de desastre prestar ayuda para el mantenimiento del orden, el auxilio de las personas y sus bienes y la reconstrucción de las zonas afectadas...

Si somos congruentes con los conceptos vertidos en el capítulo anterior de este trabajo, podremos afirmar que la tarea que les ha sido fijada a estos grupos es de mera defensa nacional en caso de ataque

por amenazas del exterior, o provenientes del interior, pero de tal naturaleza beligerante que se justifique su actuación, pero sin que esto represente una actividad también de carácter permanente, sino que se acepta su utilización para los casos graves de excepción, al puro estilo de la declaratoria proveniente de las facultades del Presidente de la República de "Declarar un estado de excepción" (artículo 29 de nuestra carta magna).

Igualmente, por lo que concierne a la Armada de México, su ley reglamentaria dispone que:

> Artículo 1. La Armada de México es una institución militar nacional, de carácter permanente, cuya misión es emplear el poder naval de la Federación para la defensa exterior y **coadyuvar en la seguridad interior del país** en los términos que establece la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, las leyes que de ella derivan y los tratados internacionales (artículo reformado, DOF 31-12-2012).

Efectivamente, lo que establece la Constitución en materia de seguridad interior es lo que entendemos como un mantenimiento de escenarios ideales de orden y paz social; repito, no de escenarios de confrontación con la población civil.

> Artículo 2. Son atribuciones de la Armada de México las siguientes:
>
> I. Organizar, adiestrar, alistar, equipar y operar a las fuerzas que la constituyen para el cumplimiento **de su misión** y ejercicio de sus funciones;
>
> ...
>
> IV bis. Ejercer funciones de guardia costera para mantener el estado de derecho en las zonas marinas mexicanas, costas y recintos portuarios, además de la seguridad y protección marítima, a

través de acciones de vigilancia, verificación, visita, inspección u otras acciones previstas en las disposiciones jurídicas aplicables.

Cuando en ejercicio de estas funciones se presente la posible comisión de un hecho que la ley señale como delito, se pondrá a disposición ante la autoridad competente a las personas, objetos, instrumentos y productos relacionados al mismo (fracción adicionada (DOF, 19-05-2017).

Algunos apuntes sobre la Ley de Seguridad Interior en estudio. Comenzaremos diciendo que la mencionada ley se promulga con serios problemas de constitucionalidad y que se advierten en la propia redacción de su artículo primero:

> Artículo 1. La presente Ley es de orden público, de interés general y de observancia obligatoria en todo el territorio nacional. Sus disposiciones son materia de seguridad nacional en términos de lo dispuesto por la fracción XXIX-M del artículo 73 y la fracción VI del artículo 89 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de seguridad interior. Tiene por objeto regular la función del Estado para preservar la Seguridad Interior, así como establecer las bases, procedimientos y modalidades de coordinación entre la Federación, las entidades federativas y los municipios, en la materia.

En efecto, como se puede notar, el mencionado artículo 73, en su fracción XXIX-M, se refiere a que los legisladores están facultados para expedir leyes en materia de seguridad nacional (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 1-II-2005); pero se da el caso de que, al existir previamente una Ley sobre esta materia, la Ley de Seguridad Interior debiera sólo reglamentar *actividades de mantenimiento del escenario* que resulte de las situaciones multifactoriales del presente regulado, y que contiene las condiciones

ideales de seguridad pública, más la de seguridad nacional, de tal forma que, junto con la seguridad internacional, le proporcione certeza, orden y paz social el Estado mexicano, independientemente de las políticas propias de la seguridad nacional, que se materializan en acciones destinadas de manera inmediata y directa a mantener la integridad, la estabilidad y la permanencia del Estado mexicano.

En lo anterior advertimos son de materias diferentes la seguridad nacional y la seguridad interior por lo que esta última ley no debiera fundamentarse en disposiciones que ya están reguladas en la Ley de Seguridad Nacional, amén de la inconstitucionalidad que subyace en la materia de la regulación en estudio.

En cuanto a los fundamentos del artículo 89, fracción VI, es inconcuso comprender que la seguridad interior ahí mencionada es una condición o escenario que resulta de que se cumpla o no el tema de la seguridad nacional, tema que ya es regulado en sendas disposiciones que no tienen por qué duplicarse ahora en otra ley, como la nueva Ley de Seguridad Interior.

Me explico: La Constitución prevé cuatro escenarios distintos: 1) Una seguridad pública generada a través de acciones conjuntas entre los poderes federal, los poderes estatales y los poderes municipales, cuya regulación incluye ahora un Sistema Nacional de Seguridad Pública, a través de pactos y acuerdos que materializan la coordinación, la cooperación, la colaboración y la concurrencia entre poderes. 2) Una seguridad internacional, que se genera en un campo de relaciones exteriores de México, acordado con la comunidad de naciones y sus organismos, avales de la armonía y la paz que se busca mantener en un sistema globalizado, con las acciones y los acuerdos necesarios para ello. 3) Una seguridad nacional, que se integra por los resultados del Sistema Nacional de Seguridad Pública y que se convierte en el escudo contra las amenazas localizadas en dos ámbitos: el interno y el internacional. 4) La seguridad interior, que es solamente el resultado de las acciones anteriores; o sea, de lo

bien o mal que se haya resuelto con los temas de la seguridad pública y de su dupla la seguridad nacional, en el escenario complejo de lo que es el país entero y los efectos resultantes.

En ese sentido, la seguridad interior propalada en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos es el *summum* de todas las demás acciones, políticas e inversión de recursos, que se desplieguen para lograr la seguridad pública y su efecto inmediato, la seguridad nacional, por lo que no es necesario promulgar una ley de seguridad interior, ya que esta materia se integra por el éxito o fracaso de las demás políticas.

Lo que el legislador actual se debiera proponer es alcanzar la seguridad pública a través de otros mecanismos que no sean propiamente los normativos. El problema —a mi parecer— es logístico y de implementación de mecanismos reales de control de la delincuencia organizada, a través del uso legítimo de la fuerza pública bien determinada por el Estado nacional, y aplicada con cuerpos militares de élite que la desplieguen, sujetos a la rendición de cuentas y a una jurisdicción civil, no obstante que dicho cuerpo especial provenga de las mismas fuerzas armadas del país.

Este artículo primero señala que tiene por objeto regular la función del Estado para preservar la seguridad interior, pero sus buenos deseos están encubiertos por acciones concretas de seguridad pública, lo que violenta el espíritu de la Constitución, que separa muy bien los cuatro temas explicados anteriormente, en beneficio de la sociedad civil.

> Artículo 2. La seguridad interior es la condición que proporciona el Estado mexicano que permite salvaguardar la permanencia y continuidad de sus órdenes de gobierno e instituciones, así como el desarrollo nacional mediante el mantenimiento del orden constitucional, el Estado de Derecho y la gobernabilidad democrática en todo el territorio nacional. Comprende el conjunto de órganos,

procedimientos y acciones destinados para dichos fines, respetando los derechos humanos en todo el territorio nacional, así como para prestar auxilio y protección a las entidades federativas y los municipios, frente a riesgos y amenazas que comprometan o afecten la seguridad nacional en los términos de la presente Ley.

Este artículo, no obstante que atinadamente reproduce el concepto que el Consejo de Seguridad Nacional ha dispuesto como de seguridad interior, al fijarla como la "Condición que proporciona el Estado", violenta la autonomía de las entidades locales, al inmiscuirse en los temas que le reservan los artículos 115 y 122 constitucionales a dichas entidades.

En ese mismo sentido, el artículo 6º reproduce la inconstitucionalidad al irrumpir el poder federal en las tareas de las entidades locales pretextando su Agenda Nacional de Riesgos en Seguridad Nacional.

Artículo 6. Las autoridades federales incluyendo a las Fuerzas Armadas, en el ámbito de sus respectivas competencias, implementarán sin necesidad de Declaratoria de Protección a la Seguridad Interior, políticas, programas y acciones para identificar, prevenir y atender oportunamente, según su naturaleza, los riesgos contemplados en la Agenda Nacional de Riesgos a la que se refiere el artículo 7 de la Ley de Seguridad Nacional.

Asimismo, el Consejo de Seguridad Nacional emitirá lineamientos para la participación de las entidades federativas en las Acciones de Seguridad Interior, para la atención eficaz de la Agenda Nacional de Riesgos y, en su caso, para el restablecimiento de la colaboración de las entidades federativas y municipios en las tareas de preservación de la Seguridad Nacional.

Insisto en la duplicidad de funciones y recursos so pretexto de la seguridad interior, cuando la búsqueda de seguridad es realmente en materia de seguridad pública.

Por otra parte, en su artículo 4º, la mencionada ley conceptualiza lo que se debe entender por "uso legítimo de la fuerza" de la que hemos venido refiriendo que debe implementarla el Estado, pero no a través de estos mecanismos, sino de los propios de la seguridad pública. En efecto, el artículo preceptúa que:

> Artículo 4. Para los efectos de esta Ley, se entenderá por:
> X. **Uso legítimo de la fuerza:** La utilización racional y proporcional de técnicas, tácticas, métodos, armamento y protocolos que realiza el personal de las Fuerzas Federales y, en su caso, las Fuerzas Armadas, para controlar, repeler o neutralizar actos de resistencia, según sus características y modos de ejecución.
> XI. Actos tendentes a obstaculizar o bloquear actividades de inteligencia o contrainteligencia, y
> XII. Actos tendentes a destruir o inhabilitar la infraestructura de carácter estratégico o indispensable para la provisión de bienes o servicios públicos...

Las tareas previstas en este numeral corresponden válidamente a un cuerpo especial de élite para control de actividades de seguridad pública, pero que van en contra de la ciudadanía para los casos de resistencia civil, ya que no existen propiamente actos terroristas como tales en nuestro país, ya que tradicionalmente somos una nación que respeta la soberanía de otras naciones y es cálido anfitrión en la recepción de extranjeros a nuestro país.

Por ello deviene inconstitucional esta norma al permitir el uso de la fuerza en contra de la sociedad civil por las fuerzas armadas, cuya naturaleza y tradición es evitar las amenazas del exterior, no ir en contra de su propia población civil.

Otro tema preocupante de lo legislado en la ley en comento es el referente a la información en manos de la autoridad. En concreto, en manos de los militares en ejercicio de las tareas de seguridad pública, revestidas de "seguridad interior".

Su artículo 9º establece:

> Artículo 9. La información que se genere con motivo de la aplicación de la presente Ley será considerada de Seguridad Nacional, en los términos de las disposiciones jurídicas aplicables.

Esta regulación pone de manifiesto lo que hemos venido afirmando de que, en la realidad, es la seguridad pública la que se trata de implementar a través del uso de las fuerzas armadas, revistiéndola de seguridad nacional.

En consecuencia, se puede colegir que este artículo 9, tanto como el artículo 31º de la mencionada ley, transgrede el principio de reserva en protección de los datos personales y su uso adecuado, así como el principio de máxima publicidad hacia terceros que sean posibles afectados con la reserva que se pudiera hacer de los datos consignados a la autoridad por las fuerzas militares.

El artículo 31º también consigna que:

> Artículo 31. En materia de seguridad interior, las autoridades federales y los órganos autónomos deberán proporcionar la información que les requieran las autoridades que intervengan en los términos de la presente Ley.
>
> En el caso de las autoridades de las entidades federativas y de los municipios, la colaboración se llevará a cabo en términos de los esquemas de colaboración y coordinación establecidos o que al efecto se establezcan.

Dichos artículos han sido impugnados por el Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (INAI) mediante una acción de inconstitucionalidad.

Pero la perla de la corona de la inconstitucionalidad se observa en el artículo 11º, al darle una facultad discrecional para intervenir en los estados de la República, aun sin el consentimiento de sus autoridades competentes, sino mediante la denominada Declaratoria de Protección a la Seguridad Interior, al prever que:

> Artículo 11. Corresponde a las autoridades federales, incluyendo las Fuerzas Armadas, por sí o en coordinación con los demás órdenes de gobierno, identificar, prevenir, atender, reducir y contener las amenazas a la seguridad interior.
>
> **El Presidente de la República podrá ordenar por sí** o a petición de las legislaturas de las entidades federativas, o de su ejecutivo en caso de receso de aquellas, **la intervención de la Federación para la realización e implementación de acciones de seguridad interior** en el territorio de una entidad federativa o zona geográfica del país, previa emisión de una **Declaratoria de Protección a la Seguridad Interior**, cuando se actualice alguna de las amenazas a la seguridad interior y estas:
>
> I. Comprometan o superen las capacidades efectivas de las autoridades competentes para atenderla, o
>
> II. Se originen por la falta o insuficiente colaboración de las entidades federativas y municipios en la preservación de la seguridad nacional, de conformidad con lo previsto en el segundo párrafo del artículo 1 de la Ley de Seguridad Nacional.
>
> Aquellas amenazas a la seguridad interior que no requieran declaratoria en términos del presente artículo serán atendidas por las autoridades conforme sus atribuciones y las disposiciones legales que resulten aplicables.

Es indiscutible que esta Ley es innecesaria porque redunda en lo previsto por la Ley de Seguridad Nacional, e impacta en lo reglamentado por el Sistema Nacional de Seguridad Pública, al permitir, en su artículo 30, facultades a las fuerzas armadas para la realización de labores de inteligencia, exclusivas de la Secretaría de Gobernación y del Ministerio Público.

Las imprecisiones y duplicidades de esta nueva ley, además, permiten la intervención discrecional del Presidente y la utilización —en ese mismo sentido— de las Fuerzas Armadas con el uso de la fuerza letal en contra de la población civil, so pretexto de prevenir y controlar la actuación del crimen organizado.

Las medidas que contiene la ley en comento van desde la intervención de comunicaciones y la recolección de información privada de cualquier individuo a través de cualquier método hasta el uso de la fuerza letal, sin que existan límites claros en sus regulaciones ni se describan de manera explícita los controles o mecanismos colectivos de naturaleza democrática y la consabida de rendición de cuentas.

Esta Ley de Seguridad Interior, pues, violenta los artículos analizados de nuestra Constitución, el 21, el 89 y el 129, en los que se establece que en tiempos de paz las fuerzas armadas no pueden realizar más tareas que las relacionadas con la disciplina militar, y se precisa que es competencia civil todo lo relacionado con el combate a la delincuencia, advirtieron senadores de PT, Morena y PRD.

Una explicación sobre la naturaleza de esta normativa es un reflejo del temor de quienes toman decisiones en nuestro país a las manifestaciones públicas, y más si se agregan los factores electorales. Por lo tanto, no es descabellado afirmar que la declaratoria de protección a la seguridad interior aprovecha el mecanismo de declaración del estado de emergencia, previsto en el artículo 29 Constitucional, para reproducirlo en una ley secundaria y estar en posibilidades de prever, junto con la *opacidad en la actuación de*

las fuerzas armadas, en la vida de la población civil, so pretexto de emergencia de seguridad pública, envuelta en "seguridad interior".

Es claro que el legislador pretende implementar una seguridad interior para tratar de subsanar la actuación actual del Presidente de la República, al violentar el artículo 89, fracción VI, el cual sólo lo faculta para disponer de las fuerzas armadas en tareas de seguridad nacional, no de seguridad pública ni de la consabida seguridad interior.

La interpretación que le dio el legislador del artículo 89 vulnera el principio de la división de poderes, la soberanía de los estados y el principio de municipio libre del 115.

Según la dirigente del Partido de la Revolución Democrática (PRD) Dolores Padierna:

> *...las disposiciones contenidas en el artículo 10 de la recién aprobada ley de Seguridad Interior, son inconstitucionales; ya que en esta disposición, se establece que la seguridad interior queda excluida de lo dispuesto en la Ley Federal de Procedimiento Administrativo. Situación que pone en desventaja al gobernado, porque aquella es la única vía para que se puedan garantizar los derechos de los particulares y se le asegure el eficaz cumplimiento de la justicia...*

Hay que apuntar que el artículo tercero transitorio indica que "se derogan todas las disposiciones que se opongan a lo dispuesto en la Ley de Seguridad Interior...", lo cual, desde nuestro parecer, es inconstitucional por ser una ley secundaria a la Constitución, e ilegal, por oponerse a normas jerárquicamente superiores a ella, que por su naturaleza no pueden ser derogadas por esta norma posterior a aquellas.

Por lo que corresponde a la materia de Inconvencionalidad de esta ley, cabe señalar que violenta los artículos 1, 2, 9, y 29 de la Convención Americana de los Derechos Humanos de la manera siguiente:

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Artículo 2. Deber de adoptar disposiciones de derecho interno

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades...

Es claro que esta nueva ley trasgrede los derechos humanos de libertad y pleno ejercicio, por no garantizar su vigencia y permitir que las Fuerzas Armadas actúen bajo los criterios impuestos dentro del cuerpo de esa ley.

Artículo 9. Principio de legalidad y de irretroactividad.

Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

La referida Ley violenta este artículo, pues de sus disposiciones se desprende el incumplimiento del Estado mexicano cuando permite la actuación de la milicia dentro de la población civil sin garantizar

estos principios de legalidad y de irretroactividad de las leyes a favor del imputado.

Por último, podemos afirmar que violenta el artículo 29 de la mencionada convención, al disponer de acciones en contra de la población civil y limitar el goce de derechos reconocidos en la convención.

> **Normas de interpretación**
> Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:
> a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;
> b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;
> c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y
> d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza...

En suma, esta ley trasgrede lo establecido también en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, precisamente en sus artículos 1º, 2º, 5º y 9º, que informan de las mínimas libertades de autodeterminación, acceso a los bienes sin sufrir menoscabo por órdenes arbitrarias de autoridad (como lo sería la actuación de las Fuerzas Armadas en caso de declaratoria de protección a la seguridad interior), así como la prohibición a la autoridad de privar arbi-

trariamente de la libertad a todo individuo, sin el debido proceso, entre otras causas.

III. Una propuesta de solución, en las formas de instrumentación

La entrada en vigor de la Ley de Seguridad Interior parece ser definitiva, ya que su judicialización sólo puede llevarnos a la declaración parcial de algunos de sus artículos y remotamente de la ley completa.

Por eso debemos implementar propuestas que le den viabilidad a la tarea de seguridad pública —que no de seguridad interior—, mediante la concurrencia de las Fuerzas Armadas, con los controles adecuados, como la pérdida del fuero militar para algunos grupos solamente, quienes actuarían como cuerpos de élite, con la obligación de someterse a la jurisdicción civil y de rendir cuentas de sus actos.

Una propuesta de solución nos ha llevado a considerar la creación de una *Guardia Civil Nacional Mexicana*, que se integre por los miembros de las Fuerzas Armadas regulares del país que sean aptos para el instituto de la guardia civil que se forme dentro de la milicia, y que sea un órgano de administración pública sometido a la jerarquía militar que provea los recursos humanos para la Guardia Civil Nacional Mexicana.

El mecanismo jurídico de convergencia de la milicia para con el cuerpo de seguridad pública de naturaleza civil que se forme al efecto despojaría del fuero militar a los miembros de la milicia elegidos por decisión bipartita, milicia y cuerpo civil de seguridad nacional, para integrar el nuevo cuerpo que actuaría en pro de los derechos de la población civil en la que perseguirían la seguridad pública, aunque se vista con carácter de seguridad interior. Cosas de semántica solamente.

El porqué de esta propuesta se explica con los antecedentes en la materia en el derecho comparado.

Es así que podemos analizar los beneficios de contar con una guardia nacional en México, al puro estilo de otros países, como España, ejemplo al que nos ceñiremos en este trabajo específico. Ese cuerpo se caracteriza por ser de naturaleza militar y de ámbito nacional, pero formando parte de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, sin jerarquía castrense, o, mejor dicho, sin su fuero militar, pero emergiendo sistemáticamente de las filas de preparación militar, lo que los hace valiosos en la lucha contra la delincuencia organizada.

Los escenarios deseables para México en materia de seguridad nacional, seguridad interior y seguridad pública son a partir de un primer escenario donde los militares se encuentren absolutamente en los cuarteles; otro, donde los militares actúan a través de un organismo atípico —ahora— como corporación nacional militarizada sin "fuero procesal penal", y, por último, en estado de "emergencia declarada por un consejo nacional de seguridad" donde participen verdaderos ciudadanos libres e insaculados de todas las esferas sociales (indígenas, obreros, campesino, académicos, intelectuales, empresarios, etcétera) en la toma de la decisión de sacar fuerzas militares a la calle, de manera limitada y conforme a una ley consensada con la sociedad antes de su promulgación.

Sólo con la instauración de un cuerpo nacional de seguridad emanado institucionalmente de las fuerzas armadas —pero sin el fuero "militar" de estos, que los hace inmune (como ahora) a la jurisdicción ordinaria— se podrá contar con los instrumentos de seguridad que realmente cumplan con lo ordenado en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que define en el "Programa para la Seguridad Nacional 2014 – 2018", la seguridad interior como una: "...**Condición que proporciona el Estado mexicano para salvaguardar la seguridad de sus ciudadanos y el desa-**

rrollo nacional mediante el mantenimiento del Estado de Derecho y la gobernabilidad democrática en todo el territorio nacional...” Dicho concepto debe considerarse, desde luego, como una “situación multifactorial” en la cual convergen diferentes actores, incluyendo los emanados por el sector social, y no propiamente como una función específica del Estado, según lo marca la actual Constitución, como sí lo son la seguridad nacional e internacional y la seguridad pública.

En el tema del fuero militar solamente apuntaremos que se entiende como la jurisdicción, facultad o potestad autónoma y exclusiva que tienen las Fuerzas Armadas para juzgar ante los tribunales militares a sus miembros por faltas o delitos que cometan en actos o hechos del servicio militar, conforme a las leyes que las rigen. Es sinónimo de jurisdicción penal militar, y de ella nace la justicia castrense, de estirpe española, institución muy antigua que se remonta a las legiones romanas.

En España se designaba así, en su acepción más genérica, al conjunto de exenciones y privilegios que disfrutaban los individuos del ejército, así como las leyes por las que se regían y los tribunales encargados de aplicarlas.

Es así como, desde entonces, ya se pensaba en el principio del juez natural como la garantía que tiene toda persona de ser juzgada por un tribunal constituido con anterioridad a la ocurrencia del hecho delictual, lo que nuestra Constitución consagra en el artículo 14, para evitar violaciones del procedimiento y prohibiendo los tribunales especiales. Los hechos que constituyen infracciones dentro de la actividad castrense derivan en delitos militares y deben juzgarse por sus pares.

El espíritu de las leyes debe considerar la defensa nacional privilegiando la actuación de las fuerzas armadas, porque sería casi imposible estar sin ellas en un mundo globalizado, pero también es cierto que, viendo los antecedentes latinoamericanos de actuación

de la milicia, tampoco es deseable tener a los militares en la calle con su *fuero militar*.

Necesitamos su fuerza disuasoria y de contención del delito, pero no la protección en materia procesal penal que les da el fuero militar, y que puede eventualmente violentar los derechos humanos y las libertades esenciales de los ciudadanos, como ha ocurrido con la intervención del ejército en muchas y variadas actuaciones desafortunadas, pero ampliamente documentadas en México. Como los casos Aguas Blancas y Ayotzinapa, por mencionar sólo dos ejemplos.

Sólo despojándolos del fuero militar mediante incorporación formal de los miembros de este dignísimo ejército a una corporación nacional militarizada de seguridad interior —que no con fuero militar—se podrá ordenar y armonizar la seguridad de la nación con la seguridad pública. Esto garantizaría una uniformidad en los cuerpos de seguridad (militarizada, desde luego) en toda la República con los mismos perfiles de formación y de actuación certificada.

Lo anterior se justifica porque es bien sabido que la vía militar no es la apropiada para la seguridad pública, dada la naturaleza bélica de este cuerpo militar, que se opone a un orden público educado y convencido de la legalidad, que es el objetivo primordial de cualquier nación que se considere civilizada.

Sí podremos utilizarla y requeriremos de su disciplina, de su fuerza letal, que puede ser aprovechada por la población civil para luchar contra el crimen organizado y las eventuales amenazas del exterior. Por ello, su incorporación básica a la estructura de la propuesta **Guardia Civil Nacional Mexicana** es necesarísima para la implementación de soluciones a las amenazas que significa el crimen organizado y la corrupción en todos los niveles de la sociedad mexicana.

Desde luego, debe modificarse nuestra Carta Magna, a efectos de que se legalice su actuación dentro de la sociedad civil y se enmarquen sus facultades y competencias en la lucha por la seguridad

pública, y eventualmente por el devenir de una condición de seguridad interior del Estado.

No se trataría de integrar al ejército a las tareas de seguridad pública *per se*; sino aprovechar las habilidades castrenses en la lucha. El obstáculo es el fuero. Despojándolos de éste, se someterían más dócilmente a la legalidad y a la cultura del respeto a los derechos humanos, pues se despojaría de la natural prepotencia y ceguera que representa la jerarquía en la milicia.

Es, pues, muy conveniente contar con una *Guardia Civil Nacional como cuerpo de seguridad pública permanente, emergido sistemática y organizadamente de un instituto propio de las fuerzas armadas, pero reconvertido en fuerza de seguridad interior del Estado mexicano.*

Conclusiones

Primera. En este año 2018, a unos meses de su entrada en vigor y como propuesta presidencial, se debate jurisdiccionalmente en la Suprema Corte de Justicia de la Nación la inconstitucionalidad de la Ley de Seguridad Interior, así como la ilegalidad de algunas de sus normas. Se debatirán las facultades de Congreso de la Unión para legislar en esa materia, la inclusión de la milicia en tareas de seguridad pública con el argumentando de la seguridad interior, así como la contravención de sus disposiciones en materia de transparencia, información pública y otros temas de la misma importancia.

Segunda. Por la naturaleza de las demandas de inconstitucionalidad, tanto como por las controversias constitucionales presentadas en término, la Suprema Corte de Justicia de la Nación podría declarar la inconstitucional de la Ley en su conjunto, o tan sólo declarar inconstitucionales algunos de sus 34 artículos.

Tercera. La seguridad interior no es una **facultad** como se pretende implementar en la ley en análisis, sino, como lo ha definido el propio Estado mexicano en su programa para la seguridad nacional

2014-2018, "...la seguridad interior es una condición que proporciona el Estado para que se mantenga seguro...". En cambio, la seguridad nacional y la seguridad pública sí son verdaderas facultades que se materializan en acciones puntuales de gobierno.

Cuarta. Se requiere implementar una verdadera política pública en seguridad interior que se armonice con la seguridad nacional y aterrice en una adecuada seguridad pública. Lo anterior se puede lograr mediante la implementación de un programa de creación e incorporación de elementos del ejército a una gendarmería como **Guardia Civil Nacional**.

Quinta. Sólo despojando a los elementos que se integren en el sistema de Guardia Civil Nacional de su fuero militar, mediante su incorporación formal a una corporación nacional militarizada de seguridad interior —que no con fuero militar—se podrá ordenar y armonizar la seguridad de la nación con la seguridad pública.

Fuentes

CDCU: Cámara de Diputados, Congreso de la Unión de los Estados Unidos Mexicanos. Disponible en: http://www.diputados.gob.mx/2017.

CMDPDHM: Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos de México. Entrevista de Aristegui a los miembros del CIDE, con Catalina Pérez Correa del CIDE y José Antonio Guevara.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, actualizada 1 de febrero de 2005. Artículo 73. Consultado: 8 de febrero de 2018.

Einstein, Albert (1879-1955) Consultado 28/I/18. Frase tomada de: http://www.proverbia.net/citastema.asp?tematica=143&page=2

El País. Disponible en: https://elpais.com/internacional/2017/12/15/mexico/1513305281_940878.html Consultado: 15 de diciembre de 2017.

El Universal. Disponible en: http://www.eluniversal.com.mx/nacion/seguridad/presentan-primera-controversia-contra-ley-de-seguridad-interior. Consultado: 6 de febrero de 2018.

PRBP: Presidencia de la República. Boletín de Prensa, 21 de diciembre del 2017. Disponible en : https://www.gob.mx/presidencia/prensa/comunicado-141712. Consultado: 6 de febrero de 2018 .

Proudhon, Pierre Joseph, fue filósofo político y revolucionario francés. (1809-1865). Disponible en: https://akifrases.com/frase/139265) Consultado 28 d enero de 2018.

PSN: Programa para la Seguridad Nacional 2014 – 2018 (Una política multidimensional para México en el siglo XXI), Consejo de Seguridad Nacional, Diario Oficial de la Federación (DOF) el 30 de Abril de 2014, México, Presidencia de la República, p. 58 y 109. Disponible en: http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5342824&fecha=30/04/2014 Consultado: 3 de febrero de 2018.

Santo Tomás de Aquino. Disponible en: https://psicologiaymente.net/reflexiones/frases-santo-tomas-de-aquino Consultado: 16 de febrero de 2018.

SCJN: Suprema Corte de Justicia de la Nación. Disponible en: http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/ResultadosPub.aspx?Tema=&Consecutivo=4&Anio=2018&TipoAsunto=0&Pertenecia=0&MinistroID=0&SecretarioID=0&MateriaID=0 Consultado: 5 de febrero de 2018.

——— Disponible en: http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/ResultadosPub.aspx?Tema=ley%20seguridad%20interior&Consecutivo=0&Anio=0&TipoAsunto=0&Pertenecia=0&MinistroID=0&SecretarioID=0&MateriaID=0. Consultado: 5 de febrero de 2018.

——— En la liga: Amparo en revisión 547/2014. PromoVIdo contra actos del congreso de la Unión y otras autoridades. Disponible en: https://www.scjn.gob.mx/PLENO/.../34%20204%20de%20abril%20de%202016.pdf.<https://www.scjn.gob.mx/PLENO/.../5%20de%20abril%20de%202016.pdf. Consultado: 5 de febrero de 2018.

Propuesta por el reforzamiento de la rigidez de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Proposal to strengthen the Political Constitution of the United Mexican States

Javier Alexandro González Rodríguez

Maestro en Derecho, Secretario del Primer Tribunal Colegiado del Décimo Quinto Circuito.

RESUMEN: Las reformas a la Constitución mexicana requieren un concienzudo análisis respecto del rumbo que estamos tomando para nuestro país, y es momento de reflexionar cuán benéfico resulta modificar constantemente nuestra Ley Fundamental, por lo que, en la presente ponencia, se propone detener inmediatamente la diarrea legislativa que sufre el pueblo mexicano al reformar una y otra vez la Constitución y, por el contrario, robustecer el sistema de rigidez que debe imperar para modificar nuestra carta magna.

Palabras clave: reforma constitucional, rigidez, flexibilidad.

ABSTRACT: The reforms to the Mexican Constitution requires a deep analysis about the direction of our Country, and it is time to think about how beneficial result the constant changing our Fundamental Law, in this paper, is proposed to immediately stop the legislative diarrhea suffered by the Mexican Congress by reforming the Constitution again and again, and proposes strengthening the rigidity system that must prevail to avoid the constantly Constitutional reforms.

Keywords: constitutional reform, rigidity, flexibility.

Recibido: 12 de febrero de 2018. Aprobado: 30 de marzo de 2018.

SUMARIO: I. Marco general • II. Justificaciones de la reforma constitucional • III. Marco legal de la reforma constitucional • IV. Rigidez y protección constitucional • V. Facilidad reformadora en México • VI. Beneficios de la constante actividad reformadora. VII. Problemática que acarrea la constante reformabilidad • VIII. Abrogación o sustitución total de la Constitución • IX. Reforzamiento de la rigidez constitucional. 1. Reforzamiento de la rigidez por cambio en la mayoría necesaria para reformar la Constitución. 2. La enmienda constitucional en los Estados Unidos de América • X. Conclusiones • XI. Propuestas • Fuentes

I. Marco general

Cualquier reforma constitucional que pretenda implantarse en el Estado de Derecho mexicano exige un concienzudo análisis, el cual debe partir del estudio respecto de la legitimidad reformadora, puesto que la reforma en este género se sitúa en la frontera difusa entre el derecho y la política, donde se mezclan consideraciones de orden puramente normativo con otras de carácter filosófico, ideológico y sociológico.

Si bien la actividad reformadora constitucional es un ejercicio de la democracia, lo cierto es que se debe tener especial cuidado con tal actividad, pues por medio de ella se modifica la concepción de la *utopía concreta,*[1] y el modelo del diseño de vida que el constituyente había previsto y entendido como deseables para un Estado.

El derecho es una ciencia dinámica y la legislación, siempre inacabada, reclama constantemente adecuación entre la realidad social y el contenido reglamentado; sin embargo, debemos hacer especial distinción entre la norma ordinaria y la norma suprema, ya que la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que reforma la de 5 de febrero de 1857* —denominación que se estableció

1. El término "utopía concreta", en referencia al contenido de la Constitución, es utilizado por Hans Peter Schneider, *Democracia y constitución,* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

en el decreto publicado en el *Diario Oficial* del cinco de febrero de 1917— ha sido severamente, y en muchas ocasiones absurda e inútilmente, reformada, con lo cual se ha llegado a un descrédito tan fuerte que levanta voces a favor de la abrogación de la ley fundamental a cambio de una nueva Constitución, postura que, desde mi punto de vista, resulta exagerada, pues el planteamiento de la necesidad de formular una nueva constitución me parece carente de fundamento, inclusive, de orden constitucional.

Por el contrario, considero que es tiempo de proteger la Constitución, esa que nos ha amparado de la actividad arbitraria de la autoridad, y para lograr esa protección a la Constitución es imperante restringir aún más la capacidad del poder legislativo para reformar el pacto social que contiene los ideales del Estado mexicano.

II. Justificaciones de la reforma constitucional

El propio constituyente mexicano estableció la voluntad del pueblo de adicionar o reformar la Constitución, por un lado, en la redacción del artículo 39 constitucional, que establece el principio de soberanía nacional perteneciente al pueblo, pero además le otorga el carácter de fundamental a la propia Constitución en el artículo 40, así como en el artículo 41 delimita la forma de ejercer tal soberanía; además, mediante el artículo 135 establece la voluntad material de adicionar o reformar el texto de la propia Constitución, y reconoce que la razón de la reforma constitucional obedece a la necesidad de adaptar el texto fundamental a la dinámica realidad política y social, que se encuentra en evolución constante.

En el mismo sentido, resulta evidente que el constituyente mexicano previó que en la obra emanada existirían lagunas, básicamente de dos tipos: descubiertas y ocultas. (Loewenstein, 1976, pp. 170-171). Las primeras entendidas como aquellas en las cuales *el poder constituyente fue consciente de la necesidad de una regulación jurí-*

dico-constitucional, pero por determinadas razones omitió hacerlo (Loewenstein, 1976, p. 170). Por su parte, las lagunas ocultas son aquellas en que, *en el momento de crear la Constitución, no existió o no se pudo prever la necesidad de regular normativamente una situación determinada* (Loewenstein, 1976, p. 171).

El constituyente mexicano, tomando en cuenta la existencia de las lagunas antes descritas —también conocidas las primeras como *lagunas del constituyente,* y las segundas como *lagunas de la Constitución—,* estableció de manera premeditada, en la propia Constitución, que los temas omisos, o *lagunas,* fueran subsanados con posterioridad mediante regulación en la vía legislativa y, en caso de ser estrictamente indispensable, mediante una reforma constitucional (Hesse, 1982, pp. 18-19).

III. Marco legal de la reforma constitucional

Expresamente se previó el marco normativo de tales reformas mediante el artículo 135 de la Constitución, que establece:

> Título octavo. De las reformas de la Constitución.
>
> Art. 135. La presente Constitución puede ser adicionada o reformada. Para que las adiciones o reformas lleguen a ser parte de la misma, se requiere que el Congreso de la Unión, por el voto de las dos terceras partes de los individuos presentes, acuerde las reformas o adiciones, y que estas sean aprobadas por la mayoría de las legislaturas de los Estados. El Congreso de la Unión o la Comisión Permanente en su caso, harán el cómputo de los votos de las Legislaturas y la declaración de haber sido aprobadas las adiciones o reformas.

Entonces, como sostiene Felipe Tena Ramírez (2016), se puede afirmar que, si el constituyente permitió las reformas y adiciones constitucionales, existe legitimación para realizarlas, pues para reformar nuestra ley fundamental se requiere un procedimiento especial de carácter rígido, pero debemos tener en cuenta que, si bien la teoría constitucional apunta a la rigidez, lo cierto es que la realidad de nuestro país ha puesto de manifiesto contradicciones tan graves como reiteradas, ya que las reformas existentes en la Constitución son válidas y constitucionales por haber sido hechas, si bien a la forma, y no a la idea misma de la decisión fundamental (Carpizo, 2013, p. 343), por lo que no son tan cuestionables las reformas existentes, sino, por el contrario, lo que se cuestiona mediante el presente es la pertinencia en la reformabilidad de la Constitución, o, por el contrario, si es más benéfico apostar a la irreformabilidad, mediante el reforzamiento de la rigidez en el proceso de cambio.

IV. Rigidez y protección constitucional

Si el texto constitucional —en lo particular la redacción del artículo 135—, a similitud del sistema de los Estados Unidos de América, participa de la filosofía federalista, para la procedencia de una reforma Constitucional requiere que el Congreso de la Unión, integrado por representantes populares de los estados, acuerde las reformas, pero que además éstas sean aprobadas por la mayoría de las legislaturas de los estados, a diferencia del sistema estadounidense, el cual resulta más rígido, atendiendo a las facultades de iniciativa de reforma, así como a la mayoría relativa que se requiere para aprobar las enmiendas. Existe similitud entre nuestro artículo 135 y al artículo 5 de la Constitución estadounidense; sin embargo, en el plano de operatividad queda plenamente demostrado que son totalmente distintos.

La rigidez del procedimiento estadounidense ha demostrado que funciona en la práctica de manera satisfactoria, pues en tal Constitución, escrita en 1787, ratificada en 1788 y en vigor a partir de 1789, si bien el Congreso ha considerado más de 10,000 enmiendas, sólo ha aprobado 33, y las ha sometido a la ratificación de los estados, de las cuales únicamente 27 han sido ratificadas, por lo que en más de 200 años de vigencia sólo ha sufrido 27 enmiendas formales (la más reciente es de 1992). Más nos apegaríamos a la verdad si señaláramos que, partiendo de la consideración de que las diez primeras enmiendas corresponden a la incorporación del *Bill of Rights* (traducible como el proyecto de los derechos fundamentales) y que éstas se produjeron prácticamente de forma simultánea a la ratificación de la Constitución, en realidad el número de enmiendas se reduciría a 17.

En México, al contrario de lo anteriormente expuesto, la facultad de reforma, atendiendo a la regla general contenida en el artículo 71 constitucional, compete tanto al Presidente de la República como a los diputados y senadores del Congreso de la Unión y a las legislaturas locales, lo cual ha originado que, en cien años de vigencia, nuestra Constitución haya alcanzado más de 700 modificaciones, si se toman en cuenta las modificaciones sustanciales y los cambios de mera forma.

No cabe duda de que este número de modificaciones constitucionales, de entrada, pone en entredicho el principio de supremacía formal de la Constitución, pues parece que se ha desvanecido el procedimiento dificultado que para sus reformas previó el legislador constituyente, y no ha prosperado una auténtica protección constitucional emanada de ésta.

v. Facilidad reformadora en México

Para comprender la facilidad con que actualmente se puede modificar nuestra Constitución, es importante tener presente la composición del Congreso de la Unión. Resulta evidente que depositar el poder público en una sola ideología partidista en nada garantiza el sano ejercicio de la democracia, sino todo lo contrario, como tampoco abonan a una sana democracia las alianzas de partidos ideológicamente distintos con fines apartados del bien común, con el único afán de encontrar acceso al ejercicio del poder público o mantener el registro del partido.

Resulta trascendente tener presente que, si el texto constitucional prevé que las adiciones y reformas a la máxima ley requieren el voto de las dos terceras partes de los individuos presentes en el Congreso de la Unión, resulta evidente que, por la composición política, resulta realmente fácil acceder a una reforma constitucional, pues ni siquiera se exige el porcentaje respecto de la totalidad de las cámaras, sino sólo del número de legisladores presentes, lo que implica suponer que, en caso de que las cámaras operaran con el mínimo requerido para considerar *quorum* legal, las dos terceras partes a que alude el artículo 135 constitucional se vería colmado casi en su totalidad por uno de los partidos políticos, el mayoritario.

Lo mismo acontece respecto de la aprobación que corresponde a la mayoría de los estados, donde, si consideramos 31 estados, hablaríamos de dieciséis como mayoría, ya que el texto constitucional únicamente se refiere a *mayoría de las legislaturas de los estados,* con lo que se confirma, otra vez que, la composición política del país favorece enormemente la evidente e incesante reforma constitucional.

En este sentido, la historia mexicana ha demostrado que, lejos de existir un verdadero equilibrio entre las fuerzas políticas del país, el fenómeno social que impera es la consolidación de partidos

hegemónicos que detentan el poder público de manera tal que las decisiones partidistas se sobreponen a los verdaderos intereses de la sociedad; verbigracia, podemos apreciar el régimen priista que dominó al país durante más de setenta años, durante el cual las reformas constitucionales fueron cosa de todos los días, y sin mayor dificultad estas eran aprobadas por las cámaras de diputados y senadores, ante la evidente mayoría del partido oficial. Y qué decir de la aprobación por parte de las legislaturas de los estados, donde se repetía el mismo fenómeno presente en el ámbito federal; inclusive, en los hechos actuales se encuentran coaliciones o alianzas de partidos políticos inclusive de ideología antagónica que derivan de acuerdos de índole partidista para mantenerse en el ejercicio del poder público o acceder a él.

La realidad social que enfrentamos resulta en un país en que, si bien pareciera polarizado, se encuentra ahora frente a una situación partidocrática, lejos de la real democracia; inclusive, hay un inminente hegemonismo por parte del partido oficial. Para muestra de eso basta con analizar la composición de la legislatura federal, así como revisar el partido dominante en los estados de la Federación.

VI. Beneficios de la constante actividad reformadora

Sin lugar a dudas, el principal motivo que sustenta la constante actividad reformadora de la Constitución lo es la adecuación de la norma al momento histórico que se vive. La reforma constitucional, además de lo anterior, constituye o trata de constituir un balance permanente entre las necesidades de estabilidad constitucional y los requerimientos de cambio.

Sustenta la actividad reformadora el hecho de que el derecho es una ciencia social y humana inacabada, en constante evolución y, desde luego, las normas jurídicas requieren ajuste constante a la necesidad social, para así satisfacer los problemas presentados.

La posibilidad de que una Constitución sea reformada es una de las mejores y más acabadas expresiones de su propia legitimidad (es decir, de su capacidad para reclamar obediencia voluntaria para sus mandatos de parte de los sujetos a los que pretende regular); en tanto puede ser cambiada, todos deben, en principio, obedecerla y, en caso de discrepar de sus prescripciones, se debe procurar el cambio por la vía constitucional, exclusivamente (la de la reforma), sin que sea posible apelar a ningún tipo de traba jurídica como legitimación para salir del orden constitucionalmente establecido (Carbonell, 2008).

En el mismo sentido, se debe considerar que en países de constitución nominal o *cuasi* democracia, como el nuestro, las cartas fundamentales deben estar acondicionadas para poder reflejar con agilidad los cambios sociopolíticos operados en el seno de la comunidad nacional y para canalizar normativamente los impulsos de la modernidad y del desarrollo. En estos países, el grado de flexibilidad o rigidez no es tanto un dato de la normatividad cuanto lo es de la realidad política.

La constitución es la norma básica que articula el ordenamiento jurídico, desde la perspectiva kelseniana; sin embargo, hoy la constitución ya no es el centro, sino se ha convertido en el marco de referencia para diversas opciones políticas o técnicas que tomen los legisladores u otros agentes dotados del poder de creación normativa.

Las condiciones necesarias para afirmar que determinado ordenamiento jurídico está constitucionalizado son:

a) Una constitución rígida; es decir, ordenamientos en los que existan principios que no puedan ser modificados en modo alguno, ni siquiera mediante el procedimiento de revisión constitucional.
b) La garantía jurisdiccional de la constitución; dicha garantía permite que la rigidez debe imponerse frente a las leyes y al resto del ordenamiento jurídico.

c) La fuerza vinculante de la constitución; las normas constitucionales son plenamente aplicables y obligan a sus destinatarios.
d) La "sobreinterpretación" de la Constitución, que se produce cuando los intérpretes constitucionales no se limitan a llevar a cabo una interpretación literal de la constitución, sino adoptan una interpretación extensiva.
e) La aplicación directa de las normas constitucionales; tiene que ver con dos elementos: el entendimiento de que la constitución rige las relaciones entre particulares y no sólo a las autoridades u órganos públicos, y el entendimiento de que todos los jueces pueden aplicar la constitución.
f) La influencia de la constitución sobre las relaciones políticas consiste en una pluralidad de elementos como: que la constitución prevea un sistema de solución de diferencias políticas entre órganos del Estado que los órganos jurisdiccionales encargados de la justicia constitucional no asuman actitudes de automoderación de la propia Constitución, y que las normas constitucionales sean utilizadas por los principales actores políticos para argumentar y defender sus opciones políticas o de gobierno (Carbonell, 2002).

No desconozco la razón que muestra Hans Kelsen al defender la reformabilidad constitucional, pues resulta acertado su análisis respecto del dinamismo jurídico, determinado por las necesidades de la realidad social, ya que la norma no puede obtenerse mediante una pura operación intelectual, sino parte de hechos reconocidos y atendidos por los propios sistemas establecidos y que tienen su origen en la existencia de una norma básica o fundamental; es decir, que el dinamismo jurídico tiene su explicación en el marco que otorga la propia ley fundamental (Kelsen, 2014, p. 132).

VII. Problemática que acarrea la constante reformabilidad

Resulta innegable que la frecuencia y la amplitud de las reformas constitucionales no indican por sí mismas la existencia del cambio, del avance o del progreso social. Una constitución repetidamente modificada no necesariamente denota una rápida evolución social, como tampoco una constitución estable es síntoma de una situación de regresión o retraso.

En el caso del Estado mexicano, la problemática social que encontramos al posicionarnos frente a las reformas constitucionales del estado es que, cuando la reforma constitucional se produce para reencauzar una realidad adversa, o para hacer surgir una más positiva, la reforma es adecuada, conveniente y necesaria. Pero no podemos negar que éste no ha sido el único móvil de las reformas. Algunas de ellas han pretendido desviar las instituciones constituyentes de modo que operen en beneficio de determinados detentadores del poder; otras veces más, han sido respuestas a estrategias políticas; otras más sólo han puesto de manifiesto la vanidad de sus promotores de dejar huella en la ley fundamental, y otras han sido la exteriorización de un afán reformista envalentonado por la posesión del poder.

Se debe tener presente que, si la constitución es sometida a cambios con demasiada frecuencia, se debilita tanto su normatividad como el sentimiento constitucional arraigado en el pueblo, con lo que se pierde la seguridad que redunda en beneficio del orden, la industria y la economía.

Si la constitución se concibe como pieza de cambio en el reparto del pastel político, lo más seguro es que sea reformada al gusto y según las necesidades de cada coyuntura electoral concreta.

Desgraciadamente, entre nosotros la desnaturalización práctica del principio de rigidez constitucional ha operado frecuentemente; basta recordar los casos en que la Constitución se ha reformado

o adicionado para *legitimar* injustas e inigualitarias situaciones de hecho reprobadas por los propios preceptos fundamentales; el *constituyente revisor*, en lugar de legislar ordinariamente para regular situaciones solucionables mediante la legislación común, opta por cambiar el marco supremo a su caprichosa conveniencia.

Lo cierto es que las incesantes modificaciones responden a la falta de capacidad de los legisladores, así como a la falta de valores necesarios para el desarrollo de su actividad, como de conciencia cívica, dignidad y patriotismo, pero además obedece a la falta de protección constitucional propia respecto de sus reformas, pues el sistema actual permite que sean reformados muy fácilmente los preceptos constitucionales, e inclusive fundamentales del pacto federado (Burgoa, I. 2017, p. 278).

Actualmente, basta con que dos terceras partes de los presentes en el Congreso de la Unión aprueben la reforma y con mayoría simple de las legislaturas de los estados se formaliza la reforma, a pesar de que la supuesta *minoría* no se encuentre de acuerdo con la reforma y esta sea en realidad más que una minoría, sino en realidad una fuerte corriente de opinión popular.

VIII. Abrogación o sustitución total de la Constitución

Si bien existe sustento para afirmar que la propia Constitución permite su abrogación total, por medio de una reforma integral, acorde con el contenido del artículo 135 constitucional, no se debe perder de vista que el pueblo hizo uso de su soberanía por medio de su representantes reunidos en la asamblea constituyente de 1917, y, una vez que cumplió con su cometido, ésta determinó disolverse para dar paso a los poderes constituidos, los cuales se establecieron bajo el régimen de facultades expresas y finamente delimitadas.

Es decir, de haber deseado el *constituyente originario* dotar al *constituyente revisor* de facultades para abrogar totalmente la ley

fundamental, así lo habría hecho; sin embargo, entendiendo la naturaleza del pacto federal se puede entender que las facultades otorgadas no fueron restringidas por casualidad, sino, por el contrario, por la experiencia que tenía el *constituyente originario,* decidió acotar las facultades del *constituyente revisor* para salvaguardar y garantizar la existencia de la voluntad popular plasmada en la Carta Magna de 1917.

La separación del poder constituyente, autor de la Constitución, y de los poderes constituidos, no presenta mayor dificultad, pues en el momento en que la vida del primero de extingue por haber cumplido su misión comienza la de los segundos (Tena, 2016, p. 39).

Así, el constituyente permanente es el conformado por el Congreso de la Unión y las legislaturas de los estados; también puede ser denominado *constituyente derivado, instituido o revisor*, y es a éste a quien compete la facultad de alterar la Constitución mediante las adiciones y reformas a ella. En este sentido, el constituyente originario previó al limitar las facultades del constituyente derivado, pues limitó claramente tales facultades a únicamente reformar y adicionar, pero le negó la de derogar y expedir totalmente una Constitución.

En síntesis, Felipe Tena Ramírez, uno de los principales pilares doctrinales que soportan la tesis al respecto de que el constituyente permanente consignado en el artículo 135 de la Constitución está facultado para reformar y adicionar la Constitución en cualquiera de sus partes, e inclusive en relación con los preceptos básicos, destaca que, si el artículo 39 constitucional establece que la soberanía corresponde al pueblo y que éste tiene el derecho inalienable de alterar o modificar su forma de gobierno, y, por ende, al ser el constituyente derivado el único facultado para modificar la Constitución, y al no existir medio de acceso directo del pueblo para modificar su forma de gobierno, si no es mediante sus legítimos representantes, directamente los diputados locales, federales y senadores, es enton-

ces que el constituyente permanente, es el medio que tiene el pueblo para ejercer la soberanía que le atañe y, por tanto, por medio del cual se ejerce el derecho inalienable de variar su forma de gobierno.

Sostener la anterior tesis sería tanto como desconocer los principios de rigidez que se contienen en nuestra Constitución. Ignacio Burgoa Orihuela sostiene una tesis contraria a la revelada por Tena Ramírez, y sostiene que reformar significa lógicamente alterar algo en sus accidentes sin cambiar su esencia o sustancia, de ahí que la reforma se distingue de la transformación, la cual opera cuando existe la mutación esencial o sustancial de una cosa (Burgoa, I. 2017, p. 369) y, por ende, interpretando conjuntamente los artículos 135 y 39 constitucionales, resulta que el primero de ellos no se refiere a ninguna facultad de alterar el régimen gubernativo que el pueblo, como titular real del poder soberano, ha elegido; posibilidad que concede el segundo de los preceptos a la nación, por lo que debemos concluir que, como atinadamente lo entiende y explica Burgoa, las atribuciones de modificar la Constitución con que está investido el constituyente permanente o derivado, en manera alguna involucran las facultades de sustituir los principios políticos básicos que integran la forma de gobierno, representativa, democrática y federal, prevista por la propia Constitución en el artículo 40 constitucional.

Refuerza los razonamientos vertidos el del propio Burgoa, al enfatizar que las facultades del constituyente revisor carecen de la posibilidad de alterar los principios y características fundamentales del pacto federal, y menos aún abrogarla, pues, siendo aquel una entidad engendrada por la Constitución, es ilógico que la destruya, sin destruirse a sí mismo.

Aún queda más robustecida la tesis sostenida en el sentido de la imposibilidad de abrogación de la Constitución, pues el artículo 135 de esta únicamente prevé la posibilidad de *reformar* y *adicionar*; inclusive, sin apegarse a la interpretación gramatical, se llega a la conclusión de que sólo hasta ahí puede actuar el *constituyente revisor,*

pues la propia Constitución da la respuesta a la cuestión planteada por Tena Ramírez, pues, si bien el artículo 39 establece el inalienable poder de variar la forma de gobierno del pueblo, y el 135 resulta limitado en cuanto a la capacidad reformista, lo cierto es que la respuesta la encontramos en el artículo 136, ya que parte del silogismo de que, *Esta Constitución no perderá su fuerza y vigor, aun cuando por alguna rebelión se interrumpa su observancia...,* reconociendo en tal premisa la existencia de rebeliones que pueden ser válidamente emanadas del pueblo, y en el caso de que la rebelión movilizada corresponda a la verdadera mayoría del pueblo, se encontraría legitimado para convocar a un nuevo constituyente originario para crear una constitución emergida de la rebelión, ejerciendo así el inalienable derecho de variar su forma de gobierno establecido en el artículo 39. En el caso de que la rebelión no represente a la mayoría del pueblo, se restablecerá el orden, con lo que cobra aplicación la segunda premisa que contiene el artículo 136, y serán juzgados los rebeldes que no encuentran justificación en la soberanía popular por no representar a la verdadera mayoría.

El caso es que la problemática interpretativa de los alcances del artículo 135 constitucional, y de las facultades del llamado *constituyente revisor,* hasta la fecha, han sido objeto de discusiones doctrinales; sin embargo, en el sistema de gobierno en que nos encontramos, de división del supremo poder para su ejercicio en tres poderes, el sentido de tal división es sustancialmente que los tres poderes limiten unos a otros sus facultades para así lograr un equilibrio en el ejercicio del poder soberano del pueblo; en este sentido, compete a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, depositaria del Poder Judicial de la Federación, interpretar armónicamente el contenido constitucional, ya que es el poder encargado del control constitucional, y de los propios artículos 39, 40 y 135, se toma el basamento para determinar que el constituyente revisor carece de facultades para abrogar la Constitución y sustituirla por otra, toda vez que sus

facultades se limitan exclusivamente a revisar y modificar en aspectos que no incidan directamente en los principios jurídicos y sociales que la inspiraron.

IX. Reforzamiento de la rigidez constitucional

El constituyente originario es aquel órgano que crea la norma fundamental de un sistema jurídico y, por medio de ella da lugar a la fundación de un Estado. Este tipo de constituyente suele tener como única tarea crear la máxima de las leyes; donde han de originarse los órganos que representan y conducen el gobierno de un Estado; se consagra el procedimiento de creación de las normas; se establecen los derechos fundamentales de los gobernados y se procura un estándar social justo y digno, por lo que las funciones gubernamentales que han de ejercitarse con posterioridad encontrarán su definición y atribuciones en ella. En estos términos, es común encontrar que se intente diferenciar los *poderes constituidos* del constituyente y, desde luego, existe la suficiente razón para considerar que el último no puede tomar el lugar del primero o los primeros; es decir, que no es aceptable que el *constituyente revisor* sustituya al *originario*.

Sin embargo, como quedó apuntado en los capítulos que anteceden, el *constituyente permanente o revisor* es aquel que, ya durante la vigencia de la Constitución, puede adicionar o reformar el texto de la ley de leyes, pero de ninguna manera abrogarla.

En México, el constituyente permanente, de acuerdo con el artículo 135 de la Constitución, se conforma por el Congreso de la Unión y las legislaturas de los estados.

Según el dispositivo citado con anterioridad, y como quedó explicado en los capítulos precedentes, en México el constituyente permanente no tiene facultades de derogar o abrogar la Constitución y, sus atribuciones, se limitan a adicionar o reformar el texto constitucional.

El procedimiento de adición o reforma constitucional mexicano se ha interpretado usualmente como que consiste en el mismo que para adicionar o reformar una ley secundaria, con la salvedad de que el *quorum* de votación elemental es de las dos terceras partes de los miembros presentes del Congreso de la Unión y la mayoría de las legislaturas de los estados.

En suma, el procedimiento de adición o reforma constitucional consiste en la iniciativa por algún miembro del Congreso de la Unión o la legislativa de algún estado, la discusión y la aprobación por, al menos, dos terceras partes de los miembros presentes del Congreso de la Unión; la aprobación por la mayoría de las legislaturas locales, el cómputo de éstas y la declaración de aprobación por el Congreso de la Unión o la Comisión Permanente, y la publicación de la adición o reforma en el Diario Oficial de la Federación.

La constitución trata de plasmar en normas la realidad de un país. La constitución, escribió Hermann Heller, sólo puede concebirse como un ser al que dan forma las normas.

Es decir, la constitución real de un país no es únicamente la realidad ni el folleto denominado carta magna, sino es el punto en el cual la realidad jurídica valorada y el folleto se intersectan.

La realidad es dinámica y se modifica de acuerdo con las necesidades y las aspiraciones de un pueblo. La constitución escrita debe irse reformando en concordancia con los cambios de esa realidad. Si no fuera así, llegaría a tener el valor de una hoja de papel, según conocida expresión de Lasalle. Luego, la constitución tiene que cambiar.

Con la presente propuesta no se pretende desaparecer la reformabilidad constitucional, sino limitarla, y restringirla aún más, ya que es bien sabido que una constitución escrita puede modificarse principalmente a través de dos grandes procedimientos: la interpretación judicial y las reformas constitucionales.

Hay Estados en los que predomina alguno de los dos procedimientos apuntados, y ello depende de una serie de factores sociales y políticos.

En Estados Unidos de América los cambios constitucionales han sido primordialmente a través de la interpretación judicial. En México, sin negar la importancia de la jurisprudencia, nuestra ley fundamental se ha reformado, principalmente, a través de modificaciones a los textos constitucionales.

Resulta que una constitución es rígida cuando la ley fundamental establece un procedimiento especial para reformarla; es decir, cuando hay un procedimiento más difícil para alterar la norma constitucional que para cualquiera y, desde este punto de vista, la Constitución mexicana de 1917 es rígida, ya que el artículo 135 constitucional señala un camino que debería ser difícil para alcanzar la reforma, puesto que se exige que la modificación a la norma suprema sea aprobada por el Congreso Federal, cuando menos por el voto de las dos terceras partes de los representantes presentes y por la mayoría de las legislaturas de las entidades federativas. Sin embargo, reformar nuestra Constitución no ha presentado mayor dificultad. A partir de su promulgación ha sufrido más de 700 reformas. O sea, en la realidad ha resultado flexible a factores políticos de México, y se ha llegado a que el procedimiento del artículo 135 constitucional no sea rígido, sino, al contrario, fácil de efectuarse, y de ahí que en la mayoría de las ocasiones para adecuar la norma suprema a la realidad le haya seguido el expediente de alterar los artículos constitucionales.

La Constitución mexicana de 1917 es una excelente constitución, recoge lo mejor de la historia de México, consagra las columnas del pensamiento liberal: una declaración de derechos humanos, el principio de separación de poderes, la idea de la soberanía popular y el sistema representativo. Pero tiene algo más: recordemos que fue la primera constitución en el mundo que contuvo una declaración de derechos sociales a fin de lograr la justicia social, frase que por

desgracia la demagogia ha erosionado. Sin embargo, sigue siendo un instrumento importante en el México de hoy; en varios aspectos es aún un ideal, y en todos debe ser pauta de conducta para el gobierno. Nuestra Constitución está formulada esencialmente para defender al hombre y a su esencia misma.

1. Reforzamiento de la rigidez por cambio en la mayoría necesaria para reformar la Constitución

Sin lugar a dudas, una de las vías pertinentes para reforzar la rigidez reformadora constitucional lo sería el aumento de la mayoría necesaria para modificar el texto supremo, ya que el sistema actual regula que las reformas deben ser aprobadas en el Congreso de la Unión por dos terceras partes de los miembros presentes; luego, si la Cámara de Diputados, conforme al artículo 52 constitucional, se compone de 500 diputados, y, conforme al artículo 63 del mismo ordenamiento, se considera instalada la sesión con más de la mitad de sus miembros, estamos considerando que la sesión se considera válida con la asistencia de 251 diputados; conforme al artículo 135, la reforma es aprobada por dos terceras partes de los asistentes a la sesión, por lo que, con el voto afirmativo de tan sólo 168 diputados la reforma se consideraría aprobada, aun cuando la verdadera mayoría de 332 diputados pudieran estar en desacuerdo, por lo que la real cantidad de votos necesarios en la Cámara de Diputados para aprobar una reforma es del 33.6%; es decir, poco más de la tercera parte, con lo que no se representa verdaderamente la voluntad del pueblo.

El mismo fenómeno encontramos al analizar la composición y el funcionamiento de la Cámara de Senadores, la cual, conforme al artículo 56 constitucional, se compone de 128 senadores; al igual que en la Cámara de Diputados, al amparo del artículo 63, sólo es necesaria la mitad más uno, es decir, 65 senadores, y la cantidad necesaria de votos afirmativos según el artículo 135 resultaría de 43

senadores, cayendo de nuevo en el 33.5% que encontramos en la cámara de diputados.

La estructura actual permite que con tan sólo el 33.6% de los miembros del Congreso de la Unión sea aprobada una reforma constitucional, y con tan sólo la aprobación de dieciséis estados; es decir el 51%, quedaría perfeccionada la reforma, aun cuando pudiéramos ver que el restante 66.4% de los representantes en el Congreso y 49% de las legislaturas de los estados se opusieran, esta reforma sería aprobada, lo cual pisotea por mucho la supremacía de la voluntad popular y el sistema de rigidez constitucional.

Una forma eficaz de robustecer la voluntad popular y reforzar la rigidez constitucional resulta aumentar el número de votos necesarios para aprobar las reformas, y que deje de ser las dos terceras partes de los legisladores presentes, para pasar a ser, cuando menos, tres cuartas partes de los legisladores integrantes del Congreso de la Unión, y que en el mismo sentido acontezca con los estados; es decir, que sea necesario el voto afirmativo de tres cuartas partes de los estados miembros de la Federación. Acotemos que ni aun así se garantiza plenamente la identidad de la voluntad de los ciudadanos, pues el mismo fenómeno que acontece en materia federal se ve reflejado en las legislaturas locales respecto del número necesario para el *quorum legal,* pero al menos se robustecería significativamente la rigidez constitucional.

En el mismo sentido, debemos hacer conciencia de que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, depositaria del Poder Judicial de la Federación, se encuentra subutilizada, ya que le corresponde ser un verdadero tribunal de control e interpretación constitucional y, por el contrario, se ha encasillado mayormente en dirimir los casos que los particulares le exponen, cuando lo cierto es que el principio de división de poderes tiene su justificación en la limitación que debe coexistir entre los tres poderes.

Se debe favorecer la transformación que actualmente propugna la Suprema Corte de Justicia de la Nación para instituirse como órgano de control e interpretación constitucional, y permitir que los tribunales colegiados de circuito adopten plena competencia en materia de legalidad y constitucionalidad delegada para el análisis de regularidad constitucional de las normas y actos de autoridad, reservando al más alto tribunal del país las facultades de interpretación constitucional y de garante de la división del supremo poder.

2. La enmienda constitucional en los Estados Unidos de América

Conviene partir de la compatibilidad existente entre el artículo 135 constitucional mexicano y el 5 de la Constitución de los Estados Unidos, por participar ambos de la filosofía federalista. La ley fundamental estadounidense prevé dos hipótesis distintas para enmendar la Constitución; la primera es que el congreso federal debe aprobar las reformas por dos terceras partes de los presentes en cada cámara, para ordenar que la enmienda se someta a consideración de las legislaturas de los estados, para que sea aprobada por cuando menos tres cuartas partes de los estados; en la segunda hipótesis, dos terceras partes de los congresos locales debe proponer la enmienda al congreso, para que éste las estudie y adopte el procedimiento previsto en la primera hipótesis.

Para mayor claridad en lo planteado, considero pertinente transcribir el artículo 5 de la Constitución de los Estados Unidos de América:

> El Congreso, una vez que dos terceras partes de ambas Cámaras lo juzguen necesario, el Congreso propondrá Enmiendas a esta Constitución, o a solicitud de las Legislaturas de dos tercios de los diversos Estados, convocará a una Convención para que se propongan las

> Enmiendas; en cualquiera de los casos, las enmiendas serán válidas por todos conceptos como parte de esta Constitución cuando sean ratificadas por las Legislaturas de las tres cuartas partes de distintos Estados o por Convenciones en las tres cuartas partes de los mismos, de la conformidad como uno u otro Modo de Ratificación que sea propuesto por el Congreso; a condición de que ninguna enmienda que se pudiera hacer antes del año mil ochocientos ocho llegue a afectar en modo alguno a la primera y cuarta cláusulas de la novena sección del primer artículo, y que ningún Estado, sin su consentimiento sea privado de su igualdad de sufragio en el Senado.

Los forjadores de la Constitución en análisis, deliberadamente, dificultaron el proceso de adopción de las enmiendas, y es el caso que el Congreso ha considerado más de 10,000 enmiendas pero sólo ha aprobado 33 y las ha sometido a los estados, de las cuales sólo han sido ratificadas 27. Si consideramos que las primeras diez enmiendas se produjeron simultáneamente con la ratificación de la Constitución, tenemos que considerar que en más de 200 años de vigencia esa Constitución sólo ha sufrido diecisiete enmiendas.

Tal lentitud reformadora sólo es entendible mediante la práctica jurisprudencial estadounidense, que le ha permitido no sólo la supervivencia del texto, sino también la posibilidad de conservar un código constitucional relativamente actualizado, "pues ha obligado a apoyarse en la corte para mantener la Constitución adaptada a las cambiantes condiciones" (Corwin, 1987, p. 351).

X. Conclusiones

Toda reforma constitucional al estado de derecho mexicano requiere ser planteada con especial cuidado, pues esta actividad resulta situarse en la frontera difusa entre el derecho y la política, y en ella se

mezclan consideraciones de orden puramente normativo con otras de carácter filosófico, ideológico y sociológico.

El derecho es una ciencia dinámica y la legislación siempre inacabada, por lo cual reclama constantemente adecuación entre la realidad social y el contenido reglamentado; debemos hacer especial distinción entre la norma ordinaria y la norma suprema.

El propio constituyente mexicano estableció la voluntad del pueblo de adicionar o reformar la Constitución, por un lado en la redacción del artículo 39 constitucional, que establece el principio de soberanía nacional perteneciente al pueblo, pero además le otorga el carácter de fundamental a la propia Constitución en el artículo 40, así como en el artículo 41 delimita la forma de ejercer tal soberanía; además, mediante el artículo 135, se establece la voluntad material de adicionar o reformar el texto de la propia Constitución, y se reconoce que la razón de la reforma constitucional obedece a la necesidad de adaptar el texto fundamental a la dinámica realidad política y social que se encuentra en evolución constante.

El número de modificaciones constitucionales pone en entredicho el principio de supremacía formal de la constitución, pues se ha desvanecido el procedimiento dificultado que para sus reformas previó el legislador constituyente, y no ha prosperado una auténtica protección constitucional emanada de ésta.

La historia mexicana ha demostrado que, lejos de existir un verdadero equilibrio entre las fuerzas políticas del país, el fenómeno social que impera es la consolidación de partidos hegemónicos y de alianzas de partidos inclusive ideológicamente antagónicos que detentan el poder público de manera tal que las decisiones partidistas se sobreponen a los verdaderos intereses de la sociedad.

El principal motivo que sustenta la constante actividad reformadora de la Constitución lo es la adecuación de la norma al momento histórico que se vive; la reforma constitucional, además, constituye

o trata de constituir un balance permanente entre las necesidades de estabilidad constitucional y los requerimientos de cambio.

Sustenta la actividad reformadora el hecho de que el derecho es una ciencia social y humana inacabada, en constante evolución; desde luego las normas jurídicas requieren ajuste constante a la necesidad social para así satisfacer los problemas presentados.

La posibilidad de que una constitución sea reformada es una de de las mejores y más acabadas expresiones de su propia legitimidad.

La constitución es la norma básica que articula el ordenamiento jurídico, sin embargo, hoy la constitución ya no es el centro, sino se ha convertido en el marco de referencia para diversas opciones políticas o técnicas que tomen los legisladores u otros agentes dotados del poder de creación normativa.

La frecuencia y la amplitud de las reformas constitucionales no indican por sí mismas la existencia del cambio, del avance o del progreso social. Una constitución repetidamente modificada no necesariamente denota una rápida evolución social; como tampoco una constitución estable es síntoma de una situación de regresión o retraso.

Si la constitución es sometida a cambios con demasiada frecuencia, se debilita tanto su normatividad como el sentimiento constitucional arraigado en el pueblo, y se pierde la seguridad que redunda en beneficio del orden, la industria y la economía.

Si la constitución es concebida como pieza de cambio en el reparto del pastel político, lo más seguro es que sea reformada al gusto y según las necesidades de cada coyuntura electoral concreta.

Las incesantes modificaciones responden por un lado a la falta de capacidad de los legisladores, así como a falta de valores necesarios para el desarrollo de su actividad, como conciencia cívica, dignidad y patriotismo, pero además obedece a la falta de protección constitucional propia respecto de sus reformas, pues el sistema actual

permite que muy fácilmente sean reformados preceptos constitucionales, e inclusive fundamentales del pacto federado.

Actualmente, basta con que dos terceras partes de los presentes en el Congreso de la Unión aprueben la reforma, y con mayoría simple de las legislaturas de los estados se formaliza la reforma, aun a pesar de que la supuesta *minoría* no se encuentre de acuerdo con la reforma y ésta sea en realidad más que una minoría, sino, por el contrario, una fuerte corriente de opinión popular.

El pueblo de México hizo uso de su soberanía por medio de sus representantes reunidos en la asamblea constituyente de 1917; una vez que se cumplió con su cometido, ésta determinó disolverse para dar paso a los poderes constituidos, los cuales se establecieron bajo el régimen de facultades expresas y finamente delimitadas.

De haber deseado el *constituyente originario* dotar al *constituyente revisor* de facultades para abrogar totalmente la ley fundamental, así lo habría hecho; sin embargo, entendiendo la naturaleza del pacto federal se puede entender que las facultades otorgadas no fueron por casualidad restringidas, sino, por el contrario, por la experiencia que tenía el *constituyente originario,* éste decidió acotar las facultades del *constituyente revisor* para salvaguardar y garantizar la existencia de la voluntad popular plasmada en la Carta Magna de 1917.

El constituyente originario es aquel órgano que crea la norma fundamental de un sistema jurídico y, por medio de ella, da lugar a la fundación de un Estado. Este tipo de constituyente suele tener como única tarea crear la máxima de las leyes, donde han de originarse los órganos que representan y conducen al gobierno de un Estado, se consagra el procedimiento de creación de las normas, se establecen los derechos fundamentales de los gobernados y se procura un estándar social justo y digno; por lo que las funciones gubernamentales que han de ejercitarse con posterioridad encontrarán su definición y atribuciones en ella.

El *constituyente permanente o revisor* es aquel que, ya durante la vigencia de la constitución, puede adicionar o reformar el texto de la ley de leyes, pero de ninguna manera abrogarla.

Una constitución es rígida cuando la ley fundamental establece un procedimiento especial para reformarla; es decir cuando hay un procedimiento más difícil para alterar la norma constitucional que para cualquiera; desde este punto de vista, la Constitución mexicana de 1917 es rígida.

La Constitución mexicana de 1917 es una excelente constitución, recoge lo mejor de la historia de México, consagra las columnas del pensamiento liberal: una declaración de derechos humanos, el principio de separación de poderes, la idea de la soberanía popular y el sistema representativo.

Fue la primera constitución en el mundo que contuvo una declaración de derechos sociales a fin de lograr la justicia social, frase que por desgracia la demagogia ha erosionado.

Sigue siendo un instrumento importante en el México de hoy; en varios aspectos es aún un ideal, y en todos debe ser pauta de conducta para el gobierno. Nuestra Constitución está formulada esencialmente para defender al hombre y a su esencia misma.

XI. Propuesta

Con la presente propuesta no se pretende hacer desaparecer la reformabilidad constitucional, sino limitarla y restringirla aún más.

Reformar por última vez la Constitución mediante el actual sistema para robustecer la voluntad popular y reforzar la rigidez constitucional resulta en aumentar el número de votos necesarios para aprobar las reformas, a tres cuartas partes de los integrantes del Congreso de la Unión y, en la misma proporción, de las Legislaturas de los estados.

Revisar profundamente la actividad de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ya que actualmente se encuentra subejercida.

Se debe favorecer la transformación que actualmente propugna la Suprema Corte de Justicia de la Nación para instituirse como órgano de control e interpretación constitucional y permitir que los tribunales colegiados de circuito adopten plena competencia en materia de legalidad y constitucionalidad delegada para el análisis de regularidad constitucional de las normas y actos de autoridad, reservando al más alto tribunal del país las facultades de interpretación constitucional y de garante de la división del supremo poder.

Fuentes

Burgoa Orihuela, Ignacio. *Derecho constitucional mexicano,* 20ª ed. Porrúa, México. 2017.

Carbonell, Miguel, *La constitución pendiente, agenda mínima de reformas constitucionales.* Ed. UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas. México. 2002.

——— *Teoría de la constitución, Ensayos Escogidos.* 2ª ed. Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas. México 2002.

——— *Teoría de la constitución, Ensayos escogidos.* 5ª ed. Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas. México 2008.

Carpizo, Jorge. *La Constitución mexicana de 1917.* 16ª ed. Porrúa-UNAM, México, 2013.

Corwin, E. *La Constitución de E.U.A. y su significación actual.* Buenos Aires. 1987.

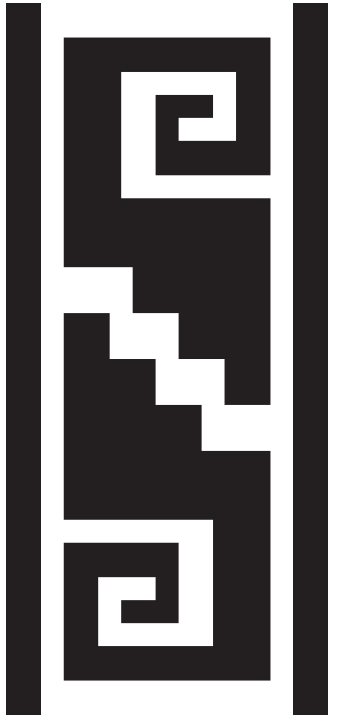
Hans Peter Schenider. *Democracia y constitución.* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

Hesse, Honrad, *Escritos de Derecho constitucional.* 2ª ed. Madrid, 1992.

Kelsen, Hans. *Teoría general del derecho y del Estado.* 3ª ed. UNAM. México. 2014.

Loewenstein, Kart, *Teoría de la constitución*, trad. de Alfredo Gallego A. 2ª ed. Barcelona, 1976.

Tena Ramírez, Felipe. *Derecho constitucional mexicano.* 40ª ed. Porrúa, México, 2016.



El derecho humano a la salud, su evolución en el constitucionalismo mexicano

The human right to health, his evolution in the Mexican constitutionalism

Marina del Pilar Olmeda García

Profesora Investigadora de la Facultad de Derecho Mexicali-UABC, doctora en Educación y en Derecho Constitucional, Integrante del Sistema Nacional de Investigadores, SNI, nivel II.

Adolfo Ulises Silva Gutiérrez

Estudiante del doctorado en Ciencias Jurídicas de la Facultad de Derecho Mexicali-UABC y becario de CONACYT

RESUMEN: El derecho humano a la salud, es un derecho de segunda generación que en el sistema jurídico mexicano ha evolucionado principios del siglo XX con el constitucionalismo social, *tendiente a tutelar a grupos humanos* como una exigencia inherente a la dignidad humana. Este derecho inicia su positivización a "que se encuentran en una situación particular de desventaja frente

ABSTRACT: The human right to health, it´s a second generation right in the Mexican legal system, it has evolved as a requirement inherent to human dignity. This right starts it's positivation in the early XX century with the social constitutionalism, *tending to protect human groups who are in a particular situation of disadvantage in front of the rest of the individuals and whose principal objective is*

SUMARIO: I. Planteamiento • II. El derecho a la salud, su trascendencia como derecho humano y social • III. Evolución normativa del derecho a la salud y su sistema de atención en México • IV. La naturaleza del derecho a la salud, como humano y social • Conclusión y propuesta • Fuentes

Recibido: 20 de noviembre de 2017. Aprobado: 10 de enero de 2018.

al resto de los individuos y cuyo objetivo principal es asegurar la satisfacción de necesidades materiales esenciales" (Suprema Corte de Justicia de la Nación [SCJN], 2013: 53-55). En este trabajo se presenta una visión general de la evolución del derecho a la salud en México, con la finalidad de exponer los avances y retrocesos, los aciertos y desaciertos sobre este derecho humano fundamental.

Palabras clave: derechos sociales, salud y derecho humano a la salud.

to assure the satisfaction of essential material needs (Supreme Court of Justice of the Nation [SCJN], 2013: 53-55). This work presents a general view of the evolution of the right to health in Mexico, with the goal of exposing the advances and setbacks, the rights and the wrongs about this fundamental human right.

Keywords: social rights, health and human right to health.

I. Planteamiento

En esta ocasión, el artículo que el lector tiene en sus manos está limitado a la evolución del derecho a la salud en el sistema jurídico mexicano. Se trata tan sólo de uno de los apartados de una investigación amplia sobre el derecho a la salud y sus limitaciones en México que los autores desarrollan en el ámbito académico desde hace más de tres años.

El derecho a la salud es un derecho humano de segunda generación, que ha ido evolucionado conforme a las exigencias inherentes a la dignidad humana..., "cuyo contenido se enriquece a lo largo de la historia del hombre mismo" (Núñez, 1994, p. 21).

Este derecho surge a principios del siglo XX a partir del constitucionalismo social, tendiente a tutelar a grupos humanos que se encuentran en una particular situación de desventaja frente al resto de los individuos, con la finalidad de asegurar la satisfacción de necesidades materiales esenciales (SCJN, 2013: 53-55).

El derecho a la salud tiene la trascendencia de un derecho social y humano, desde la perspectiva de la reforma de junio de 2011 en

esta materia, basado en los preceptos primero y segundo de la ley fundamental mexicana. Lo mandatado por estos preceptos genera un régimen constitucional ampliado de protección de los derechos humanos, con la inclusión de los derechos que otorgan y deben ser observados en los diversos instrumentos internacionales, como la *Declaración Universal de Derechos Humanos* y el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, que promueven el disfrute de la salud como un derecho del nivel más alto.

En este sentido, el derecho a la salud como un derecho social implica que el Estado mexicano debe preservar el bien jurídico tutelado tanto por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, como por los tratados y demás acuerdos internacionales de los que México sea parte, por lo que está obligado a asegurar la salud y proveer a su restablecimiento una vez que se vea afectada.

Los derechos económicos, sociales y culturales tienen una naturaleza jurídica que *acoge la idea de que la dignidad de la persona humana requiere condiciones de vida sociopolítica y personal a las que un Estado debe propender, ayudar y estimular con eficacia dentro de la legitimidad democrática* (Campos, 1989, pp. 196 y 197). No obstante la importancia de estos derechos y el desarrollo alcanzado, según datos del Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Información [INEGI], en el presente 40 *millones de mexicanos no tienen asegurado el derecho universal de salud* (INEGI, 2016). Esta situación demanda soluciones urgentes, de ahí la importancia de investigar las limitantes de este derecho para aportar recomendaciones y posibles soluciones.

En la investigación se encontró también el debate internacional sobre la constitucionalización de los derechos sociales, y sobre si se deben judicializar para exigir su cumplimiento, como los casos de salud, educación, vivienda, medio ambiente y asistencia social, entre otros. Desde algunos puntos de vista, la salud se ubica como un costo, una carga, un freno al crecimiento; no obstante, en el ámbito

teórico, la doctrina ubica la salud mayormente como el valor más preciado que tiene el ser humano. Esto es:

> *Lo que fortalece al insumo de mayor valor para la humanidad, e impulsa a potencialidades positivas que resultan en una elevación de la capacidad laboral, extendiéndola* (*por ejemplo, más horas de trabajo, menor ausentismo, reducción de la mortalidad prematura*), *intensificándola* (*mayor productividad*) (Hernández y Pierre, 2007, pp. 12).

Así, el objetivo de este trabajo es presentar la evolución del derecho a la salud en el sistema jurídico mexicano. Se parte de que éste es un derecho humano; es decir, va más allá de un derecho social. El contenido del trabajo se estructuró cronológicamente, con el rigor de análisis suficiente para destacar los avances y cambios normativos, a la luz de las opiniones doctrinales y de la investigación empírica mediante el trabajo de campo de los autores.

II. El derecho a la salud, su trascendencia como derecho humano y social

La salud, innegablemente, es parte de la integridad humana: sin salud no podemos vivir plenamente. La salud es una noción reconocida como necesidad humana indiscutible; por lo tanto, se incluye en la categoría filosófica de autoevidente, según el iusnaturalismo de juristas..., *porque la salud es indispensable para que la persona se desarrolle plenamente. La vida sin salud se deprecia, pierde su valor, provoca infelicidad y sufrimiento* (Finnis, 1993, p. 381). El reconocido médico norteamericano Andrew Weil comenta sobre la salud:

> *...la pérdida de la salud restringe la libertad tanto como estar prisionero en la cárcel lo hace. Sin salud, las posibilidades de ser felices se reducen drásticamente. Para disfrutar nuestros derechos inaliena-*

bles debemos tener salud, lo que significa que también debemos tener acceso a un buen servicio de salud (Weil, 2009, p. 4).

En este orden de ideas, como afirma en el prólogo a la obra de Paulette Dieterlen *Justicia distributiva y salud*, el doctor José Narro-Robles, Secretario de Salud de México, *...sin buenos niveles de salud en la población, es imposible hablar de igualdad de derechos* (Narro, 2015, p. 11).

Con relación al desarrollo económico, la salud además, de un derecho social, se considera un derecho humano de segunda generación. Existen estudios sobre teoría económica que demuestran que los fenómenos sociales observados actualmente en países desarrollados reflejan inversiones sociales en temas de salud, como el trabajo encabezado por Robert Fogel, premio Nobel de Economía (citado por Hernández y Poullier), que, vinculan el desarrollo económico con la salud al referirse al caso de Inglaterra:

> *... en los siglos XIX y XX, en los que se concluyó que de entre un tercio y la mitad del crecimiento se debió a mejoras en la salud, que esto permitió un aumento a la productividad. El notable desarrollo de China en el último cuarto del siglo XX y primera década del siglo XXI se nutre de la inversión en recursos humanos de la primera brecha entre países pobres y ricos se reconoce por el crecimiento económico y el gasto en salud* (Hernández y Poullier, 2007, p. 12) *mitad del siglo XX.*

El derecho a la salud es un derecho humano porque tiende a tutelar grupos humanos que se encuentran en una particular situación de desventaja frente al resto de los individuos (SCJN, 2013, p. 54). En relación con a esta tesis, el filósofo Ronald Dworkin (citado por Fernando Vallespín), a quien se considera un liberal igualitarista por defender la existencia de principios morales en el derecho, opina que:

> *...una comunidad política, para ser legítima, debe tratar a todos sus miembros como iguales; que la libertad civil carece de significación moral si la persona no puede ejercitar en la práctica esa libertad, como sucede si se carece de medios y recursos para ello como la asistencia sanitaria, educación y cultura, las personas son sujetos autónomos, con igual derecho a ser respetados en sus convicciones, y con igual derecho a valerse de los recursos necesarios para poder llevar a cabo una vida digna en igualdad de condiciones respecto a todos los demás* (Vallespín, 1993, p. 9).

En la investigación realizada sobre la evolución del derecho a la salud en México se encontró que, no obstante los avances normativos sobre esta materia, *es todavía una aspiración que no se ha cumplido* (Dieterlen, 2015, p. 11). Las estadísticas de mortalidad registran las principales causas de enfermedad y la carencia de los recursos públicos disponibles, así como las problemáticas para su distribución, lo que nos lleva a afirmar que el derecho a la salud es un derecho de limitado cumplimiento.

La Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE), en un estudio sobre el derecho a la salud, sostiene que *puede afectar el crecimiento económico de la nación al debilitar la productividad laboral, aumentar la carga de las enfermedades y reducir la participación de la familia en la actividad económica, en la asistencia escolar y en el aprendizaje* (OCDE, *Estudios sobre los sistemas de salud: México* 2016, p. 17). Para el caso de México, este trabajo registra que:

> *El financiamiento es desigual entre subsistemas, el gasto de bolsillo se mantiene alto y persisten las ineficiencias arraigadas. Existen brechas considerables entre los derechos a la atención de salud de los individuos en el papel y sus experiencias en la realidad, con los cubiertos por el Seguro Popular en particular desventaja* (OCDE, 2016, p. 12).

En la *briefing note* del estudio antes citado se resume que:

> *...en México en el 2012 el gasto total en salud fue del 6.2% del PIB, porcentaje que es de los más bajos de los países del OCDE, sólo por encima de Estonia y Turquía y muy por debajo de los países de esta organización mundial que es de 9.3%* (OCDE, Briefing note México 2014, p. 1).

Por lo que respecta a la esperanza de vida, en México ésta es cada vez mayor, lo que plantea nuevas demandas de salud y la necesidad de políticas públicas más eficaces. En el reciente libro publicado por la Conferencia Interamericana de Seguridad Social, *Economía preventiva: un nuevo horizonte,* se destaca que:

> *El perfil epidemiológico ha transitado de las enfermedades transmisibles, a padecimientos más caros y largos. A este contexto se suman las condiciones económicas adversas generadas por las crisis, que limitan los presupuestos públicos para la atención de la salud, así como el excesivo proteccionismo que brindan los tratados de comercio internacional a las empresas farmacéuticas trasnacionales, mediante las patentes de medicamentos que aumentan naturalmente su costo, disminuyendo el poder adquisitivo de los gobiernos y la población* (Conferencia Interamericana de Seguridad Social, 2015, p. 63).

En el ámbito jurídico, el Derecho tiene un compromiso ineludible para la protección y la defensa de la salud, como derecho humano y social, así lo sostiene y comprometen la academia y los operadores jurídicos. Mercedes Juan afirma:

> *El derecho tiene en la salud un campo privilegiado para producir leyes que preserven la dignidad de las personas, induzcan a poner en juego sus capacidades y regulen la tecnología médica e infraestructura de los servicios, con ética y humanismo* (Juan, 2002, p. 13).

III. Evolución normativa del derecho a la salud y su sistema de atención en México

En México, el sistema de salud ha transitado a través de las diferentes épocas históricas, desde la medicina herbolaria en la época precolombina, pasando por la beneficencia en la Nueva España, hasta la creación de instituciones de asistencia después de la Independencia en el siglo XIX y de seguridad social a partir de la Constitución de 1917.

Entrando a los antecedentes normativos del derecho a la salud, en la Constitución mexicana de Apatzingán de 1814, y en la primera Constitución formal de 1824, no encontramos mandamiento alguno sobre este derecho; es en la Constitución centralista de 1836 donde se encuentra el primer antecedente sobre este derecho. Más adelante, en las *Bases de la Organización Política de la República Mexicana de 1843*, inspiradas por Antonio López de Santa Anna, se encuentra el antecedente de la regulación de la salubridad pública mediante la delimitación de competencias y delegación de facultades a los ayuntamientos y a las asambleas departamentales, sin que se hubiera generado un régimen de autonomía a las áreas e instancias encargadas de su atención.

Remontándonos a la época de la Nueva España, en el siglo XVI fue necesario brindar primordialmente servicios de salud básicos para los soldados heridos que lucharon contra los aztecas, los cuales se atendían principalmente en hospitales y casas de beneficencia establecidos por congregaciones religiosas, servicios que posteriormente se extendieron a la población civil. Fue así como se construyó el primer hospital de la Nueva España en el año 1524 por Hernán Cortés, para atender a sus soldados heridos en la lucha contra los aztecas, el cual es conocido como Hospital de Jesús Nazareno.

El derecho a la salud en el México independiente se consideró en las constituciones anteriores a la de 1917. Se emitieron algunas

disposiciones en la Constitución de 1836 y en las Bases de la Organización Política de la República Mexicana de 1843 inspiradas por Antonio López de Santa Anna, donde se regulaba la salubridad pública, se fijaban competencias y se delegaban facultades a los ayuntamientos y a las asambleas departamentales, pero sin considerar el derecho a la salud como ente autónomo. Asimismo, una de las más trascendentes reformas en materia de salud que se realizaron en la Constitución de 1857.

Respecto de la Constitución de 1857, cabe considerar que esta ley fundamental mexicana fue la primera que sistematizó en un apartado propio los derechos humanos en el título primero, sección I, titulada "De los derechos del hombre"; si bien en su texto original se incorporó en forma general el derecho a la salud, no fue sino mucho más adelante que, mediante una importante reforma de 1908, por medio de la cual se facultó al Congreso de la Unión a legislar en materia de salubridad, facultad que venía ejerciendo sin fundamento, plasmándose en la reforma de la fracción XXI del artículo 72, para quedar de la siguiente manera:

> Artículo 72. El Congreso de la Unión tiene facultad:
>
> XXI. Para dictar leyes sobre ciudadanía, naturalización, colonización, emigración e inmigración y **salubridad general de la república**.

Respecto de la Constitución de 1917, se debe considerar que emana del proceso revolucionario del periodo entre 1910 y 1917, y que integra las demandas de los sectores mayoritarios de la población, que constituyen la base de los derechos sociales de México y son referentes en las constituciones de otros países en la defensa de los derechos de los trabajadores. Esta Constitución establece las bases jurídicas e institucionales de la previsión social, donde la parte patronal ahora tiene las obligaciones de establecer enfermerías en los

centros de trabajo, brindar atención de accidentes de trabajo y de enfermedades profesionales, derechos sociales que se incorporan a los ya conocidos derechos individuales.

Es de considerarse como antecedente de estos derechos sociales, que se les empieza a denominar así desde el siglo XIX, como consecuencia del régimen liberal absoluto que surgió de las ideas políticas de la revolución francesa de 1789, y de la desigualdad de dicho régimen liberal.

El Congreso Constituyente, en el año 1917, adicionó a la fracción XVI del artículo 73 de la Constitución cuatro bases generales sobre salud, mediante las cuales se crea el Consejo de Salubridad General, dependiente directamente del Presidente de la República y el Departamento de Salubridad Pública:

1ª. El Consejo de Salubridad General dependerá directamente del Presidente de la Republica, sin intervención de ninguna Secretaría de Estado, y sus disposiciones generales serán obligatorias en el país.
2ª. En caso de epidemias de carácter grave o peligro de invasión de enfermedades exóticas en el país, el Departamento de Salubridad tendrá obligación de dictar inmediatamente las medidas preventivas indispensables, a reserva de ser después sancionadas por el Ejecutivo.
3ª. La autoridad sanitaria será ejecutiva y sus disposiciones serán obedecidas por las autoridades administrativas del país.
4ª. Las medidas que el Consejo de Salubridad General haya puesto en vigor en la campaña contra el alcoholismo y la venta de substancias que envenenan al individuo y degeneran la raza y que sean del resorte del Congreso serán después revisadas por el Congreso de la Unión.

En 1929, se reformó la Constitución Política para incluir en la fracción XXIX del artículo 123 considerar de utilidad pública la expedición de la Ley del Seguro Social, la cual abarca seguros de invalidez, de vejez, de vida, de cesación involuntaria del trabajo, de enfermedades y accidentes, de servicios de guardería y otros, con la finalidad de proteger y procurar el bien de los trabajadores, campesinos, no asalariados y otro sectores sociales y sus familiares, aunque fue el 31 de diciembre de 1942 cuando se promulgó por primera vez la Ley del Seguro Social, de observancia general en toda la República Mexicana y en el año 1973 se publica la nueva Ley del Seguro Social, la cual, en su exposición de motivos, aclara que, aunque el régimen instituido por la fracción XXIX del artículo 123 constitucional tiene como finalidad crear el marco jurídico de protección del trabajador, su meta es cubrir todos los sectores e individuos que conforman nuestra sociedad (Manterola, 1983, pp. 135 y 136).

En concordancia con la reforma del artículo 123 constitucional antes descrita, el 31 de diciembre de 1937 el presidente Lázaro Cárdenas, dentro de las políticas sociales de su gobierno, crea la Secretaría de Asistencia Pública, con la finalidad de prestar asistencia social, incluyendo servicios de salud, a toda la población, en especial la considerada socialmente débil, mediante la reforma de la Ley de Secretarías y Departamentos de Estado, a la cual se adiciona el artículo 15-D, con un conjunto de disposiciones para organizar y fortalecer la asistencia pública de toda la República Mexicana, que incluye, en materia de salud, la administración y el sostenimiento de hospitales, dispensarios y consultorios que atendía la beneficencia pública.

El artículo 15-D de la Ley de Secretarías y Departamentos de Estado señalaba que:

> Serán atribuciones de la Secretaría de Asistencia Pública:
>
> La organización de la asistencia pública en el distrito y territorios federales.

La prestación de los servicios coordinados en las entidades federativas.

La creación de establecimientos de asistencia pública en cualquier lugar del territorio nacional.

...

VIII. La administración y sostenimiento de:

hospitales, dispensarios, consultorios y establecimientos similares que actualmente atiende la beneficencia pública y los que la Secretaría establezca en lo sucesivo, dentro y fuera del Distrito Federal.

En 1976 se ratifica la facultad de administrar el patrimonio de la beneficencia pública a la Secretaría de Salubridad y Asistencia, posteriormente Secretaría de Salud, en la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal y en sus futuras modificaciones.

En 1943 el presidente Manuel Ávila Camacho crea, mediante un decreto, el IMSS, con carácter tripartito, en el que participan el Estado, los patrones y los trabajadores, para brindar los servicios de salud y seguridad social, aunque empezó a funcionar el primero de enero de 1944, una vez fundado el Sindicato Nacional de Trabajadores del Seguro Social. En 1949 se instituye la figura de beneficiario por conexión familiar, lo que permitió dar atención médica a las familias de los trabajadores, y en 1973 se agrega a sus servicios el de guardería. Es la institución que brinda seguridad social más grande de América Latina, ya que atiende a 55 millones de derechohabientes.

El 7 de diciembre de 1959 el presidente Adolfo López Mateos envió al Congreso de la Unión dos importantes iniciativas. Una para transformar la Dirección General de Pensiones Civiles de Retiro, en el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, ISSSTE; también fue presentada la iniciativa para darle rango constitucional a los derechos de los trabajadores del Estado mexicano, a través de la adición del apartado B, al artículo 123 de la

Constitución Federal. El ISSSTE es el inicio del sistema integral de seguridad social para los trabajadores del Estado y sus familiares (Carrillo, 2016, pp. 97).

En 1979 se inicia el programa IMSS-COPLAMAR con la firma del convenio entre el IMSS y la Coordinación General del Plan Nacional de Zonas Deprimidas y Grupos Marginados de la Presidencia de la República; fue un programa de solidaridad social por cooperación comunitaria, como parte de una política integral para atender la pobreza, con el objetivo de acelerar la ampliación de la cobertura de salud en las zonas marginadas de México y aprovechar la experiencia adquirida por el IMSS.

Posteriormente, en 1983, y en virtud de los derechos fundamentales previstos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, el derecho de protección a la salud se incorporó al texto constitucional en el artículo cuarto, como un derecho autónomo, para quedar como sigue:

> Toda persona tiene derecho a la protección de la salud: La Ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución.

Este párrafo expresa la concurrencia entre la Federación y los estados para garantizar el derecho a la salud de manera efectiva en todo el país, ya que de esta forma se multiplican las acciones a través de estas instancias de gobierno; mediante una interpretación amplia, se puede afirmar que los municipios también pueden ser parte en el cumplimiento de este derecho.

Durante el gobierno de Vicente Fox Quezada se impulsa, en 2002, la reforma de la Ley General de Salud en la que se reconoce la protección social en salud, para que en el 2003 se creara la Comisión

Nacional de Protección Social en Salud, conocida como Seguro Popular. La finalidad es atender a la población que no está asegurada en el IMSS o en el ISSSTE u otra institución pública, de manera que la población mexicana tenga una mayor protección de la salud gastando menos, aunque aporta un pequeño porcentaje del costo del servicio y los medicamentos.

El gobierno del presidente Enrique Peña Nieto, en 2016, pactó con el IMSS, el ISSSTE, la Secretaría de Salud y algunas entidades de la República, el Acuerdo Nacional hacia la Universalización de los Servicios de Salud, con el cual se crea un marco de cooperación que conducirá gradualmente a la universalización y la portabilidad de la atención médica en el país.

El sistema de salud ha evolucionado a través del tiempo, como se puede apreciar en la siguiente genealogía:

Tabla 1
Genealogía del sistema de salud en México

1905	Inauguración del Hospital General de México
1917	Creación del Consejo de Salubridad General y el Departamento de Salubridad Pública
1937	Creación de la Secretaría de Asistencia Pública
1943	Fusión del Departamento de Salubridad Pública y la Secretaría de Asistencia Pública para crear la Secretaría de Salubridad y Asistencia, hoy Secretaría de Salud, y creación del Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS) y el primero de los institutos nacionales de salud, el Hospital Infantil de México
1953	Creación de la Asociación Mexicana de Hospitales
1960	Creación del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (ISSSTE)
1979	Creación del Programa IMSS-COPLAMAR, hoy IMSS Oportunidades
1983-1984	Se incorpora a la Constitución el derecho a la protección de la salud y se promulga en el *Diario Oficial* la nueva Ley General de Salud
1985	Inicio de la descentralización de los servicios de salud para población no asegurada, que concluye en 2000

1987	Creación del Instituto Nacional de Salud Pública
2003	Creación del Sistema de Protección Social en Salud, cuyo brazo operativo es el Seguro Popular
2016	Acuerdo Nacional Hacia la Universalización de los Servicios de Salud

Fuente: Actualizado por los autores de este artículo a partir de Frenk y Gómez (2008, pp. 19-28).

En el ámbito universal se destacan acuerdos internacionales que reconocen el derecho a la salud, como La Declaración Universal de los Derechos Humanos, que establece en el artículo 25, párrafo primero, lo siguiente:

> Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios;

Derivado de esta Declaración Universal, el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas mandata, en su artículo número 12, que todos debemos gozar de "El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud".

Haciendo un ejercicio de derecho comparado con España, el derecho a la salud en la Constitución mexicana se considera un derecho humano y social, y es obligatorio garantizarlo para el Estado mexicano, inclusive de manera gratuita a toda la población; sin embargo, en la Constitución española este derecho es considerado un derecho social, pero el Estado español no lo considera fundamental, y por lo tanto no es obligatorio para el Estado garantizarlo gratuitamente, ni se puede demandar en amparo ante los tribunales su cumplimiento por el gobierno. Se consideran derechos fundamentales en la Constitución Española los contenidos del artículo 14 al 29, dentro de los cuales no se encuentra el derecho a la salud, el

cual se prevé en el artículo 43, considerado como derecho a la protección de la salud (Lora y Zúñiga, 2009, p. 190).

Pero, a pesar de que el derecho a la salud está íntimamente relacionado con el derecho a la vida y previsto en la Constitución y en instrumentos internacionales, no se cumple a plenitud por las autoridades de salud y se tiene que acudir a los tribunales para hacerlo valer. Esto refleja la evolución en diferentes áreas, como democratización, acceso a la justicia, toma y seguimiento a decisiones, incluyendo la demanda de participación ciudadana.

Cabe reconocer que México fue el primer país en el mundo que integró a su Constitución los derechos sociales; asimismo, fue el creador del amparo. Sin embargo, a la fecha es muy complicado garantizar debidamente a la población este derecho social y humano.

Como afirma el doctor Jorge Carpizo, la tendencia a garantizar los derechos sociales se ha fortalecido en las tres últimas décadas en dos vertientes: a) una intervención activa por parte de los tribunales y cortes constitucionales en ese sentido y b) el derecho internacional de los derechos humanos, en su vertiente social (Carpizo, 2011, p. 9).

Existen casos como el del señor Ricardo Farías, quien es el primer indigente de quien se tiene noticias que demandó al Estado mexicano por no garantizar sus derechos a una identidad legal, a la educación, a la salud y al empleo. Triunfó en los tribunales y:

> *... jurídicamente es la persona más protegida del país. Pero como consecuencia de lo anterior, al ganar perdió lo único que poseía en el mundo, que era una casita hecha con huacales a las afueras del Metro Copilco, un pedazo de banqueta donde había vivido los últimos ocho o nueve años* (Solís Almanza, 2013).

Este caso evidenció que las autoridades mexicanas demandadas no estaban preparadas para cumplir la sentencia dictada, y que consecuentemente es necesario adecuar los procedimientos legales de

cumplimiento en la demanda de derechos sociales a la par de los derechos civiles y políticos.

IV. La naturaleza del derecho a la salud, como humano y social

En los últimos años en México y el mundo se ha discutido si el derecho a la salud es un derecho fundamental, social y humano y debe otorgarse gratuitamente a todos las personas por igual, o intentar que los bienes y servicios se proporcionen a quienes más lo necesitan, a pesar de que los recursos económicos disponibles sean limitados. Asimismo, se ha planteado si los servicios de salud deben privatizarse, y si la universalización del derecho de la propiedad intelectual lograda vía la inserción de esta materia en los tratados internacionales que protegen las patentes farmacéuticas impactan en las políticas de salud y provocan la colisión con los derechos humanos protegidos por la Constitución vigente.

También ha sido objeto de debate internacional la constitucionalización de los derechos sociales, tales como los de salud, educación, vivienda, medio ambiente y asistencia social, entre otros y si deben judicializarse para exigir su cumplimiento.

Los derechos sociales, como el de la salud, se encuentran en el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas, cuya vigencia comenzó en 1976, resultado de la división que se ha establecido entre los derechos sociales o prestacionales que implican una acción positiva de parte del sujeto obligado, o sea la prestación de un bien o servicio (Abramovich, 2014, p. 21), y los derechos civiles y políticos integrados en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, considerados con el carácter de expectativas negativas, donde están los derechos de libertad clásicos y que implican el satisfacerse a través de un no hacer (Olmeda, 2014, pp. 44-45).

Tanto la vida como la salud son derechos universales de las personas, aunque la primera es el bien jurídico más importante; sin embargo, la salud es también parte de los derechos sociales, como lo prevé el artículo cuarto de la Constitución Política Mexicana vigente, y en la Ley General de Salud, en su artículo segundo, y el Estado mexicano debe garantizar este derecho humano mediante el diseño de políticas públicas para que la población de todos los estratos sociales pueda acceder a su goce en el más alto nivel posible.

Además de lo que se ha expuesto en este trabajo, es conveniente resaltar que México fue pionero en el constitucionalismo social, como consecuencia de la Revolución Mexicana, y ahora el derecho a la salud, por su trascendencia como un derecho social y humano, se fortaleció, como también los demás derechos sociales y económicos, bajo la perspectiva de la reforma de junio del 2011 en esta materia, del artículo primero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en relación con el diverso artículo cuarto de este ordenamiento, que genera un régimen constitucional ampliado de protección de los derechos humanos, con la inclusión de los derechos que se otorgan y deben ser observados en los diversos pactos internacionales, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que promueven que el disfrute a la salud debe ser al más alto nivel.

El derecho a la salud como derecho social implica que el Estado mexicano debe preservar el bien jurídico tutelado por la Constitución Federal, por lo que está obligado a asegurar la salud y proveer a su restablecimiento una vez que ésta se vea afectada (Carbonell, 2013, p. 2); para lograr ese objetivo el país cuenta con instituciones como el IMSS, que es la institución pública del gobierno federal, servicios de salud y seguridad social a la población afiliada, la cual, fue fundada el 19 de enero de 1943, por decreto presidencial de Manuel Ávila Camacho.

La función esencial del seguro social es evitar, y si esto no fuera posible, reparar las consecuencias derivadas de la verificación de una contingencia social, en perjuicio de los trabajadores asalariados, de los trabajadores independientes, de los familiares de unos y otros, de los económicamente débiles y, como una tendencia mundial actual , en la medida en que las circunstancias lo permitan, extender la protección a toda la población, con la finalidad de lograr un régimen de seguridad social integral.

Jurídicamente se define la seguridad social como el conjunto de obligaciones legales en virtud de las cuales una institución de derecho social, a cambio de la cuota que debe ser cubierta en la forma y por las personas que señale la ley, debe otorgar a estas personas un conjunto de prestaciones y servicios en caso de que sucedan los acontecimientos previstos por la propia ley.

v. Conclusión y propuesta

La protección del derecho a la salud, que está vinculado al de la vida, ha evolucionado desde las primeras constituciones hasta la vigente de una manera lenta pero contundente, y la posibilidad de defenderlo, principalmente a partir de la reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011, que permitió en México judicializar los derechos sociales a través del juicio de amparo por la omisión de las instituciones, y no sólo por acciones que afecten a los individuos. Ello se ha venido sustentando por medio de criterios emitidos por el Poder Judicial de la Federación, con la finalidad de lograr la igualdad y una más amplia protección de los derechos humanos.

Sin embargo, es necesario regular de mejor manera estos derechos sociales, a la par de los derechos civiles y políticos, así como los procedimientos para ejecutar las resoluciones que garanticen dichos derechos y se dicten en forma pronta y expedita para que se logre una verdadera justicia.

Fuentes

Abramovich, Víctor y Christian Courtis (2014) *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta.

Álvarez, Juan y Christian Thomas, (2014) *Judicialización del derecho a la salud*. Argentina: Instituto de Salud Pública y Gestión Sanitaria.

Bidart Campos, Germán (1989) *Teoría general de los derechos humanos*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Carbonell, José y Miguel Carbonell (2013). *El derecho a la salud: una propuesta para México*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Carpizo, Jorge (2011) *Los derechos humanos: naturaleza, denominación y características*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Carrillo, A. *El ISSSTE: La salud y seguridad social para los trabajadores al servicio del Estado*. Disponible en: https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-administracion.../16630 (Extracto con el trabajo consultado) Consultado: 3 de octubre de 2017.

Conferencia Interamericana de Seguridad Social [CISS] (2015) *Economía preventiva: Un nuevo horizonte. Políticas públicas para una nueva generación*. México: Conferencia Internacional de Seguridad Social.

Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos (1857), Disponible en: http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/1857.pdf. Consultado: 4 de octubre de 2017.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (2017). Disponible en: http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/cn16.pdf. Consultado: 4 de octubre de 2017.

Declaración Internacional de los Derechos Humanos. Disponible en: http://www.un.org/es/documents/udhr/UDHR_booklet_SP_web.pdf. Consultado: 4 de octubre de 2017.

Hernández, Patricia y Jean-Pierre Poullier (2007). *Gasto en salud y crecimiento económico*. En *Presupuesto y gasto público*, *49*

INEGI. Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Información (2016). Derechohabiencia y uso de servicios de salud. Disponible en: http://www3.inegi.org.mx/sistemas/sisept/default.aspx?t=msoc01&s=est&c=22594 Consultado: 4 de octubre de 2017.

Juan, Mercedes (2003). *Presente y futuro de la atención de la salud en México*. En Muñoz M. Coordinadora, *Temas selectos de salud y derecho*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Lora, Patricia y Ángel Zúñiga (2009) *El derecho a la asistencia sanitaria: Un análisis desde las teorías de la justicia distributiva*. España: IUSTEL.

Manterola, Armando. (1989) *Derecho constitucional a la protección de la salud*. México: Porrúa.

Muñiz, Raúl (1993) *El iusnaturalismo de John Finnis. 4. Historia del*. Santiago de Compostela: Instituto Nacional de Estudios Jurídicos.

Narro Robles, José Ramón (2015) *Prólogo en Dieterlen, Paulette, Justicia distributiva y salud*. México: Universidad Nacional Autónoma de México-Fondo de Cultura Económica.

Núñez, S. (1944) *Actuación de la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. México: Universidad Autónoma Metropolitana. Disponible en:

OCDE. Organización para el Crecimiento y Desarrollo Económico. *Briefing Note Mexico 2014*. Consultado el 9 – X - 2017: http://www.oecd.org/els/health-systems/Briefing-Note-MEXICO-2014-in-Spanish.pdf.

——— *Estudios de la OCDE sobre los sistemas de Salud: México 2016*. Disponible en: http://funsalud.org.mx/portal/wpcontent/uploads/2016/01/ocde_rhsmx_sp.pdf. Consultado: 3 de octubre de 2017.

——— *Estadísticas de la OCDE sobre la salud 2014 México en comparación*. Disponible en: http://www.oecd.org/els/health-systems/Briefing-Note-MEXICO-2014-in-Spanish.pdf. Consultado: 3 de octubre de 2017.

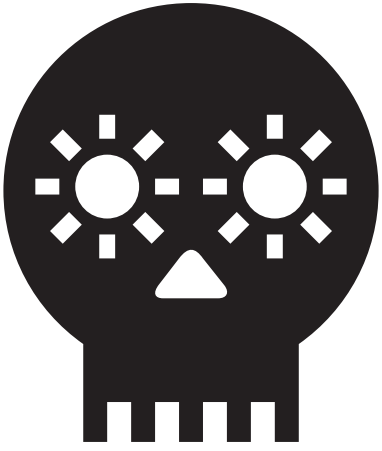
Olmeda García, Marina del Pilar (2014) *Universalización de los derechos humanos*. Mexicali: Bosch.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Disponible en: https://www.colmex.mx/assets/pdfs/3-PIDESC_50.pdf?1493133895 Consultado 4 de octubre de 2017.

Solís Almanza, Efraín (2013, agosto 5). *Burocracia agrava violaciones a DH. Autoridades desconocen obligaciones con las poblaciones callejeras*. En *Milenio Diario*, (7), 16-17.

Suprema Corte de Justicia de la Nación [SCJN] (2013) *Derechos humanos, Parte General. Serie Derechos Humanos*. México: Poder Judicial de la Federación.

Vallespín, Francisco (1993) *Introducción a Dworkin, R. Ética privada e igualitarismo político*. Barcelona: Paidós.
Weil, Andrew (2009) *Porque nuestra salud importa*. New York: Hudson Street Press.



La desviación de poder en el derecho administrativo mexicano

Abuse of power in the Mexican administration

Guillermo Cambero Quezada

Doctor y maestro en derecho público por la Universidad de Nantes Francia. Abogado por la Universidad de Guadalajara, México. Profesor-investigador y miembro del Sistema Nacional de Investigación (CONACYT). Dirección electrónica: gcambero@yahoo.com.

RESUMEN: La desviación de poder es una de las manifestaciones más comunes de la corrupción, y constituye un claro atentado contra pilares básicos del Estado de Derecho. El vicio de la desviación de poder es un auténtico problema que perjudica con frecuencia a muchos ciudadanos, ya que implica arbitrariedad e inseguridad jurídica, y debe tener como consecuencia la anulación del acto administrativo al que afecta, por ello su estudio es necesario para el adecuado control de los actos administrativos que incurran en una desviación de poder, ya que es indispensable garantizar el eficaz y eficiente funcionamiento de las administraciones públicas, la seguridad jurídica y el correcto empleo de los recursos públicos.

Palabras clave: desviación de poder, impugnación de actos administrativos, responsabilidad patrimonial del Estado.

ABSTRACT: Abuse of power is one of the most common manifestations of corruption and constitutes a clear attack against basic pillars of the Rule of Law. The abuse of power is a real problem that often harms many citizens, as it implies arbitrariness and legal uncertainty, and should result in the annulment of the administrative act. Therefore, is necessary study for the adequate control of administrative acts that incur an abuse of power, since it is essential to guarantee the effective and efficient functioning of Public Administrations, legal security and the correct use of public resources.

Keywords: abuse of power, annulment of administrative acts, patrimonial responsibility of the State.

Recibido: 24 de enero de 2018. Aprobado: 22 de marzo de 2018.

SUMARIO: Introducción • I. Origen y aplicación de la teoría de la desviación del poder • II. La aplicación de la desviación del poder en el marco jurídico mexicano • Consideraciones finales • Fuentes

Introducción

Los casos de nulidad de los actos administrativos los podemos definir como *las diversas formas de ilegalidad en la cual su constatación tiene como consecuencia la anulación de la decisión administrativa impugnada* (Rivero y Waline, 2016, p. 242).

En ese sentido, y siguiendo la lógica de los juristas franceses antes mencionados, debemos distinguir los elementos formales del acto administrativo de los elementos materiales. Los primeros se definen por la calidad del autor del acto (competencia), el procedimiento al cual se sujeta la elaboración del acto y las reglas que regulan su emisión (la forma). Los elementos materiales son el objetivo del acto, el objeto y los motivos. El objetivo del acto es la finalidad que el autor de éste se propone realizar ejecutándolo, el objeto es la materia de la decisión (por ejemplo: el objeto de una autorización es el permiso solicitado), y los motivos son la razón de hecho o de derecho en la cual se inspira la administración para tomar su decisión. El jurista argentino Germán Bidart Campos indica expresamente que la competencia es la asignación de "su función" a un órgano o institución, y agrega que "el uso del poder fuera de la competencia provoca "exceso de poder" y el uso de poder dentro de la competencia, pero con un fin distinto, genera la "desviación de poder" (1981, p. 472). En ese sentido, la noción de la desviación de poder es contemporánea al constitucionalismo, y una consecuencia lógica del principio de separación de poderes y, por tanto, a la aplicación del principio de legalidad; es decir, la sumisión de la administración pública al derecho.

En consecuencia, y dentro del marco del derecho federal administrativo mexicano, las ilegalidades que originan la nulidad de un acto administrativo emanado de la administración pública federal se encuentran reguladas en el artículo 51 de la Ley Federal del Procedimiento Contencioso Administrativo (LFPCA),[2] la cual establece las siguientes modalidades de impugnación del acto: la incompetencia, la omisión de los requisitos formales exigidos por las leyes y vicios del procedimiento, siempre que afecten las defensas del particular; si los hechos que la motivaron no se realizaron, fueron distintos o se apreciaron en forma equivocada, la violación de la ley si el acto se dictó en contravención de las disposiciones aplicadas o dejó de aplicar las debidas en cuanto al fondo del asunto y, finalmente, y el que interesa a nuestro estudio, cuando la resolución administrativa dictada en ejercicio de facultades discrecionales no corresponda a los fines para los cuales la ley confiera dichas facultades.

Como derivación de esta última ilegalidad, cuando el objetivo o la finalidad del acto no se llevan a cabo, o son diferentes de lo establecido por la ley, estamos frente a un caso de anulación por vicio de ilegalidad "interna" (el cual incluye también la violación de la ley, a diferencia de la legalidad externa, que reagrupa el vicio de forma e incompetencia (Massot, 1980, p. 111), ya que se afecta su contenido por un vicio de desviación del poder. En México, este medio de nulidad de actos administrativos recibe influencia directa del derecho europeo continental, en particular de la teoría de la desviación de poder propuesta en Francia a finales del Siglo XIX (cf. en particular con los trabajos de Μαρκουλακησ, 1977, pp. 188-21). Sin embargo, la evolución de dicha modalidad de nulidad dentro del marco jurídico mexicano ha sido desarrollada sin bases teóricas, aunque se mencionan conceptos relativos a la nulidad de actos que

2. Así como el resto de los elementos y de los requisitos del acto administrativo establecidos en el artículo 3 de la Ley Federal del Procedimiento Administrativo (nota del autor).

se pudieran enmarcar dentro de la desviación de poder en las leyes federales administrativas. Además, existe una obligación legal dentro del derecho positivo mexicano, y se establece en el artículo **3 de la Ley Federal del Procedimiento Administrativo** lo siguiente:

> III. Cumplir con la finalidad de interés público regulado por las normas en que se concreta, sin que puedan perseguirse otros fines distintos; (...)
>
> VIII. Ser expedido sin que medie error sobre el objeto, causa o motivo, o sobre el fin del acto.

Sumado a lo anterior, no existe dentro del desarrollo del marco teórico del derecho administrativo federal (y los derechos administrativos estatales) una definición del concepto de desviación de poder. Por otro lado, existe un gran desconocimiento de la aplicación de dicha teoría por parte de los postulantes del derecho, así como de los juzgadores. Además, los máximos tribunales del país se han pronunciado de manera muy aislada sobre la desviación de poder, sin aportar elementos de fondo para su aplicación práctica. Esto es debido, en parte, a la corrupción en que se encuentra inmersa la gran parte de las administraciones públicas del país y el poco arraigo del derecho disciplinario,[3] así como el desconocimiento de la existencia de la figura de la responsabilidad patrimonial del Estado por parte de los administrados (sobre el estado actual, ver Cambero Quezada, 2016, pp. 3-22). En consecuencia, el resultado es una administración pública mexicana con gran margen de discrecionalidad y aplicación

3. En nuestro país es muy incipiente; en fechas muy reciente, el 27 de mayo de 2015, se publicó la reforma constitucional que creó el Sistema Nacional Anticorrupción, como instancia de coordinación entre autoridades de todos los órdenes del gobierno en México, y se crea la Ley de Responsabilidades Administrativas en materia de actos de corrupción en las administraciones públicas (nota del autor).

de actos administrativos encaminados a fines diferentes al interés general; este concepto justifica y explica la acción administrativa, y no hay que confundirlo con el interés público. Éste se define como las necesidades a las cuales la iniciativa privada no puede responder, y que son vitales para la comunidad y para cada uno de sus miembros; dichas necesidades constituyen el dominio propio de la administración. *En contraparte, el motor de la acción administrativa es desinteresado y persigue el interés general o, desde una perspectiva filosófica, el bien común* (Chevallier, 1975, p. 325), y agrega que en:

> *Caso de no proceder con el fin del interés general, en caso de actuar contra la mencionada finalidad, en caso de ignorar los objetivos que la norma le fije, la Administración se «desvía» y aparta de su verdadera misión e inicia un rumbo que no es el que le ha marcado el legislador* (Chevallier, 1975, p. 326).

Álvarez Rico y González-Haba Guisado establecen que:

> *la Administración, en cuanto instrumento actuante del Estado, precisa para la realización de sus fines de un conjunto de facultades y potestades que, debidamente aplicadas, contribuyan a la verificación y cristalización del bien público en el seno de la sociedad en la que la Administración se desenvuelve* (1974, p. 28).

Para el jurista francés Georges Vedel, *la utilidad de la desviación de poder subsiste como último remedio en ciertas hipótesis, es decir, en general cuando la ilegalidad no puede ser descubierta mediante ningún control de naturaleza objetiva* (1980, p. 486).

Debemos precisar que la desviación de poder tiene su desarrollo dogmático en el ámbito del control de la actuación de las administraciones públicas; es decir, mide la actuación de todo poder público y procura la prohibición de su arbitrariedad. El jurista francés

Jean Rivero recuerda que *no existe ningún acto administrativo enteramente discrecional* (2016, p. 81), dado que:

> *Todo acto, en efecto, está sometido, por lo menos, a dos condiciones impuestas por el Derecho; una, relativa a la autoridad competente para adoptarlo; otra, relativa al fin que debe perseguir y que es necesariamente el interés público; en relación con estos dos puntos por lo menos, la Administración está siempre condicionada* (2016, p. 82).

Ante el panorama antes descrito, se vuelven indispensables el estudio y el entendimiento de la figura jurídica de la desviación del poder. Por ello analizaremos en la primera parte la concepción y el desarrollo de la desviación del poder. En la segunda parte estudiaremos los aspectos de aplicación práctica dentro del marco jurídico mexicano.

I. Origen y aplicación de la teoría desviación del poder

La desviación de poder nace sobre fines del Siglo XIX; la doctrina continental europea atribuye la introducción del concepto détournement de pouvoir o desviación de poder a la obra de León Aucoc (1882, p. 172), y encuentra su raíz en la elaboración y la doctrina de la jurisprudencia del Consejo de Estado francés, al conocer sobre los recursos de impugnación de los actos de autoridad promovidos en vía de *excès de pouvoir* (exceso de poder), particularmente en la decisión llamada Vernes (Consejo de Estado [CE] 19 mayo de 1858, Recueil Lebon [Rec. Leb.], p. 399), en el cual el Consejo de Estado francés anula una decisión municipal del alcalde, según la cual el acceso estaba prohibido en una playa francesa para los visitantes que no habían pagado un derecho al establecimiento municipal de servicios para bañistas, aunque no hubieran hecho uso de tal servicio. El juez francés estipuló que "en la decisión el alcalde fue más

allá de sus facultades de medidas para asegurar un control de los visitantes a la playa" (CE 19 mayo de 1858, p. 400). Tiempo después, otra decisión, llamada Lesbats (CE 25 de febrero de 1864, p. 209), viene a reforzar la teoría de desviación de poder, pues por ella el Consejo de Estado francés anulaba una decisión del prefecto (especie de delegado del gobierno central, encargado de gobierno y delegado de funciones administrativas en un territorio específico dentro de Francia), derivada del rechazo a autorizar el estacionamiento de vehículos de una empresa de transporte en el patio de un edificio de una estación ferroviaria, la cual en Francia forma parte de la administración pública, ya que gestiona el servicio público de ferrocarril, y la decisión únicamente tenía el objetivo de beneficiar un acuerdo que tenía la compañía ferroviaria para garantizar a otro empresario el privilegio exclusivo de estacionarse en dicho patio perteneciente a la administración pública. Otros ejemplos proporcionados por la jurisprudencia francesa en materia de desviación de poder, por ejemplo la imposición de una sanción más grave por animosidad de la autoridad administrativa hacia la persona objeto de sanción o para satisfacer venganzas personales (CE, Fabrègue, 23 julio de 1909, p. 215); la prohibición del toque de campanas en las iglesias por motivos de sectarismo político o religioso (CE, Abbé Hachard, 8 marzo de 1912, p. 327); la prohibición de una procesión de orden religioso apelando a exigencias del tráfico, pero decidida por móviles igualmente políticos o religiosos (CE, 23 diciembre de 1932, Société L'éveil de Contre, 1932, p. 1124), etcétera.

Estamos, por lo tanto, frente a un control extremo por parte del juez, que busca la aparición de un vicio más difícil de establecer en relación con la incompetencia o la irregularidad relativa a la forma del acto administrativo. El carácter subjetivo de este medio de anulación consiste principalmente en conocer y hacer que aparezcan las intenciones reales del autor del acto atacado (capítulo A), lo que

impide que su aceptación por el juez sea frecuente, ya que implica la organización de investigaciones o interrogar testigos (capítulo B).

a) La elaboración de la teoría de la desviación de poder

En los inicios del desarrollo jurídico de la desviación del poder en Francia, el juez se justificaba en no inmiscuirse en el funcionamiento de la administración pública o poner barreras a su fruncimiento, lógica que ha seguido el juez mexicano, inclusive hasta épocas recientes. En el país galo, esta lógica fue cambiando con el paso del tiempo, hasta llegar a la sanción de la desviación de poder como una respuesta a la necesidad de controlar el ejercicio del poder discrecional de la autoridad que, en principio, no conocía límites. En otras palabras, *la noción de la desviación del poder nace en una época donde la noción del poder se imponía sobre la noción de la legalidad* (Μαρκουλακησ, 1977, p. 13).

En ese sentido, la primera definición propuesta en Francia establecía que existía:

> *...exceso de poder cuando un agente de la administración (pública), realizando un acto de su competencia, y siguiendo las formalidades establecidas por la legislación, utiliza su poder discrecional para un hecho y para un motivo diferente al cual ese poder le fue conferido* (Aucoc, 1882, p. 102),[4]

Así también encontramos que *la desviación de poder es llevada a cabo por el funcionario público que persigue un fin que no tiene el derecho de perseguir por los medios que éste emplea* (Laferrière, citado en Vidal, 1952, pp. 275-316).

Para el jurista francés Hauriou, la desviación de poder es:

4. Precisamos que la expresión "exceso de poder", "abuso de poder" y "desviación de poder" se utilizaban sin distinción en el siglo XIX. (Nota del autor).

> *El hecho de una autoridad administrativa que realizando un acto de su competencia con observancia de las normas prescriptas y no incurriendo en violación formal de ley, usa su poder con fines y por motivos distintos de aquellos en vista de los cuales le fue conferido tal poder; es decir, distintos del bien del servicio* (Hauriou, 1921, p. 455).

Y el mismo autor agrega:

> *Es una forma del exceso de poder que no lleva a la ilegalidad* (*entendido en términos de derecho francés*), *se puede decir que va más allá de la ilegalidad; en el desvío de poder el acto es correcto desde el punto de vista de la competencia, correcto desde el punto de vista de la forma; no se hace ninguna falsa aplicación de un texto de ley; su vicio se encuentra en el objetivo perseguido por el administrador público, el cual no es un objetivo de buena administración* (Hauriou, 1921, p. 125).

En ese orden de ideas, Hauriou establece que la desviación de poder conlleva la violación del "espíritu general" del derecho en su conjunto, el cual consiste en que los administradores deben actuar siempre en bien del servicio (público); es decir, en la subordinación del poder a la noción de la función pública (entendida como el conjunto de personas que sirven a la Administración, se ha resaltado de modo especial la exigencia de servir al bien común, así lo señala François Gazier (1973, pp. 198-201).

> *Ni casta dominante privilegiada, ni instrumento dócil en la mano de los poderosos, la función pública hoy se afirma al servicio de toda la nación y se esfuerza por ser, en su composición, un reflejo de ella, que se identifica con la esencia de la "moralidad de la administración pública"* (Μαρκουλακησ, 1977, p. 38).

Asimismo, el jurista francés Alibert ha dicho que:

> *La desviación de poder es el hecho del agente administrativo, que realizando un acto de su competencia y respetando las formas impuestas por la legislación, usa de su poder en casos, por motivos y para fines distintos de aquellos en vista de los cuales este poder le ha sido conferido. La desviación de poder es un abuso de mandato, un abuso de derecho. Puede un acto administrativo haber sido realizado por el funcionario competente con todas las apariencias de regularidad y, sin embargo, este acto discrecional realizado, que el funcionario cualificado tenía el derecho estricto de realizar, puede estar afectado de ilegalidad si su autor ha usado de sus poderes para un fin distinto de aquel en vista del cual le han sido conferidos, o, para retener la fórmula de la jurisprudencia, para un fin distinto que el interés general o el bien del servicio* (Alibert, 1926, p. 236).

En definiciones en épocas recientes, los profesores de derecho administrativo francés Jean Rivero y Jean Waline definen a la desviación del poder como *el vicio que empaña un acto por virtud del cual la administración, desconociendo sus reglas, ha perseguido un fin diferente del que le ha asignado el Derecho, apartando así de su fin legal el poder que le había sido confiado* (2016, p. 625).

El Derecho español adoptó también la nulidad del acto administrativo por la desviación de poder, aunque es cierto que ya la abarcaba, pero limitadamente, en el Estatuto Municipal que se aprobó por Real Decreto Ley del 8 de marzo de 1924, cuya exposición de motivos afirma que:

La actividad de los ayuntamientos, si careciese de cauce y freno preventivos, cuando toca a los intereses particulares de contribuyentes, podría degenerar en peligrosa arbitrariedad, difícilmente subsanable *a posteriori* con recursos judiciales que a lo sumo corregirán el caso individual, nunca el error de principio o el absurdo técnico.

Al respecto, los juristas españoles Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández han señalado que:

> *Toda actividad administrativa debe dirigirse a la consecución de un fin, determinado siempre, expresa o tácitamente* (*y, por tanto, elemento necesariamente reglado*), *por la norma que atribuye la potestad para actuar. Si la autoridad u órgano de la Administración se apartan de ese fin que condiciona el ejercicio de su competencia, el acto o la decisión que adopten en consideración a un fin distinto deja de ser legítimo...* (1991, p. 45).

Otro jurista español, Carmelo Quintana Redondo, establece que: *la desviación de poder supone un desajuste entre el fin querido por la ley y el fin del acto* (1965, p. 37).

En Argentina, "la desviación de poder", o violación de la finalidad legal, se especifica en esencial por:

> *...trasladar un contenido o elemento subjetivo psicológico, caracterizado por la voluntad, generalmente encubierta o disimulada, de lograr determinado fin, pero no es necesario que el emisor del acto administrativo haya procedido o actuado con intención maligna o inmoral* (Marienhoff, 1964, p. 537).

Es reconocer que, si el acto administrativo persigue otro fin público, desvirtúa la competencia asignada al órgano y, si persigue un fin privado, habría además una:

> *Ilicitud natural* (*dolo*) *por parte del agente que representa al órgano administrativo, criterio de razonabilidad al requerir adecuación proporcional entre el objeto y la finalidad del acto, y lleva a reconocer que es en la actuación discrecional de la Administración donde*

se acrecienta la posibilidad, para esta, de dictar actos con fines encubiertos o desviados (López Mendoza, 2013, pp. 299-316).

El Derecho de la Unión Europea también hace referencia a la desviación de poder. El artículo 263 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea declara que:

> A tal fin, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para pronunciarse sobre los recursos por incompetencia, vicios sustanciales de forma, violación de los Tratados o de cualquier norma jurídica relativa a su ejecución, o desviación de poder, interpuestos por un Estado miembro, el Parlamento Europeo, el Consejo o la Comisión.

Finalmente, en México, en relación con la protección de derechos humanos a través de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, se hace referencia a la desviación de poder por medio del caso del general Gallardo (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1996), y se establece lo siguiente:

> Que si bien pareciere que en todos los procedimientos a través de los cuales se ha detenido al indiciado se han abierto las averiguaciones previas mencionadas y se han ejercido las acciones penales correspondientes se han realizado conforme a derecho, el Ministerio Público mexicano, ordinario o militar, órgano administrativo encargado junto a la Policía Judicial de la persecución de los delitos, de conformidad con el artículo 21 de la Constitución Política mexicana, de iniciar las averiguaciones previas, ya sean de oficio o por querella de parte, y de ejercer las respectivas acciones penales, ha utilizado dicha potestad pública para fines distintos a los establecidos en el ordenamiento jurídico mexicano, configurándose así una desviación de poder, mediante actos sucesivos y

encadenados, tendientes a confluir en la privación de la libertad personal al general José Francisco Gallardo, a través de actos con apariencia legal.

A continuación, analizaremos los elementos generales de la desviación del poder y la importancia de la prueba.

b) La impugnación del vicio de desviación del poder

Cuando un juez comprueba la ilegalidad por desviación de poder de un acto, se considera que nunca existió, y reviste una nulidad absoluta; es decir, es inexistente (Cf. con los estudios de Auby, 1948, pp. 12-22). Dicha nulidad hace desaparecer el acto. La nulidad es prácticamente retroactiva; es decir, el acto se considera que nunca fue llevado a cabo por la administración pública, que jurídicamente se encuentra obligada a desaparecer todos los efectos del acto. Dicha anulación se contiene en el párrafo segundo del artículo 6 de la Ley Federal del Procedimiento Administrativo.

No puede exigirse una prueba plena sobre la existencia de la desviación de poder, y tampoco fundarse en meras presunciones o conjeturas ni en suspicacias e interpretaciones del acto de autoridad, sino en hechos concretos, y es menester una demostración clara y palpable de que el ejercicio de las potestades administrativas se ejerció de forma malintencionada. En México se confirma la anterior mediante la tesis aislada:

> **Desvío de poder, debe probarse**: Resulta evidente que si el propio quejoso en su demanda de amparo, estima que hubo desvío de poder por parte del Departamento de Sanciones Fiscales de la Secretaría de Hacienda, al aplicar los artículos antes indicados, en forma excesiva y desconociendo la situación económica del causante y sin allegarse elementos de convicción suficientes, como lo ordena el artículo 212, fracción III, del Código Fiscal de la Federa-

> ción, le tocaba probar al quejoso la situación económica del expendio de calzado de su propiedad. Lo anterior no lo hizo, por lo cual no probó el desvío de poder que señala en sus conceptos de violación, como acertadamente lo considera el inferior en el fallo recurrido. Por otra parte, contra de lo que considera el quejoso en sus agravios, las sanciones fiscales estuvieron bien impuestas, pues de la simple lectura del proveído impugnado ante el Tribunal Fiscal de la Federación, aparece que las infracciones se motivaron en la auditoría practicada en el negocio del quejoso. (Época sexta, Registro: 812860, Instancia: Segunda sala, Tipo de tesis: Aislada, Fuente: Informes, Informe 1964, Materia administrativa, p. 85). Ver también Sentencia del Tribunal Supremo Español del 21 de octubre de 1988.

Además, por la dificultad de probar la desviación de poder, el juez administrativo en diversos países ha aceptado que solamente se tome en consideración

> ...la convicción moral de que las motivaciones del acto fueron ajenas al interés público concreto que la potestad conferida por el ordenamiento debe servir, sin que basten simples conjeturas, meras presunciones o errores en la aplicación e interpretación del ordenamiento jurídico (Sentencia del Tribunal Supremo español de 14 de marzo de 2003).

Por lo tanto, es necesario acreditar hechos o elementos suficientes para formar en el juez o el tribunal la convicción de que la Administración ajustó su actuación a la legalidad, pero con finalidad distinta de la pretendida por la norma aplicable.

Sin embargo, en la mayoría de los casos no se consigue probar la concurrencia de desviación de poder, debido a que al órgano jurisdiccional considera que no existe desviación de poder, sino "meras apreciaciones subjetivas" (Sentencia del Tribunal Supremo español

del 5 de noviembre de 1993). La desviación de poder exige un esfuerzo para su acreditación, admisible por vía de presunciones, ya que condicionamientos mayores se traducirían, dada la naturaleza del vicio en el acto administrativo, en una verdadera prueba diabólica, y se admitiría por el juez administrativo, en consecuencia, las presunciones como medio para determinar su prueba; es decir, se debe analizar el procedimiento adoptado por la Administración a los efectos de la emisión del acto (considerando la competencia establecida al órgano administrativo), los antecedentes que puedan surgir de las actuaciones administrativas que lo han precedido, la motivación expuesta por la propia Administración (observando en especial, en caso de existir, los dictámenes y opiniones jurídicas previos a la emisión del acto), las razones del servicio público invocadas por dicha Administración; el trato desigual hacia el administrado, sin móvil de interés general que los justifique y la proporcionalidad o ajuste del objeto al fin del acto y, el adecuado balance con el resultado final obtenido por el acto administrativo dictado por la Administración.

Sumada a las exigencias de la prueba, desgraciadamente para el particular que obtiene la razón por parte del juez administrativo, existe, en la mayoría de las ocasiones, una imposibilidad por parte de la Administración de cumplir la sentencia, y puede ser de orden material (por ejemplo: la nulidad de una orden de demolición de un edificio, tiempo después de su demolición), o jurídica (nulidad de un reglamento administrativo sobre el cual se llevaron condenas y que causa estado la sentencia), o de orden práctico (por ejemplo: los actos llevados a cabo por un funcionario que es cesado de sus funciones, lógicamente, deben ser nulos los actos; sin embargo, se mantienen para no violentar la seguridad jurídica de los administrados, la cual se define como:

> *La condición esencial para la vida y el desenvolvimiento de las naciones y de los individuos que la integran; representa la garantía de la aplicación objetiva de la ley, de tal modo que los individuos saben en cada momento cuáles son sus derechos y obligaciones, sin que el capricho, la torpeza o la mala voluntad de los gobernantes pueda causarles perjuicio* (Ossorio, 2007, p. 878).

Ante dicho panorama, aun cuando sea posible regresar las cosas al estado en que se encontraban antes de la emisión del acto por la autoridad administrativa, la aplicación práctica de lo anteriormente descrito es difícil, ya que el acto nulo sirvió de inicio para la realización de otros hechos, como la anulación de un permiso de construcción que destruyó parte de una zona natural protegida y la desaparición de flora y fauna. O cuando existen terceros interesados a quienes la restitución de la situación anterior genere daños y perjuicios mayores. En la práctica se ha comprobado que, mientras más tiempo pasa entre la emisión del acto impugnado y la decisión de nulidad tomada por el juez, mayor es el riesgo de tener problemas irremediables; por ejemplo: en materia de urbanismo, se vuelve económicamente y socialmente imposible la destrucción de un edificio, desde tiempo atrás terminado, cuya demolición se ordena. En muchas las ocasiones, al impugnar el acto por la desviación de poder y obtener su nulidad, el afectado obtiene únicamente una satisfacción de orden psicológico; es decir, la de haber impuesto su razón sobre la administración pública. En ese orden de ideas, analizaremos el tratamiento de la desviación del poder en el orden jurídico mexicano.

II. La aplicación de la desviación de poder en el marco jurídico mexicano

En nuestro derecho, la causa de nulidad antes referida es mejor conocida como desvío de poder, y su tratamiento ha sido eminentemente jurisprudencial (capítulo A). La reparación derivada de una afectación por desviación de poder se lleva a cabo por la indemnización resultante de la responsabilidad patrimonial del Estado (capítulo B).

a) La desviación de poder en la jurisprudencia mexicana

La desviación de poder como medio de anulación de los actos administrativos ha sido aceptada en nuestro sistema jurídico mediante tesis aisladas con un notable tratamiento aplicado al área fiscal derivado de la fracción V del artículo 238 del Código Fiscal de la Federación (hoy en día derogado mediante el artículo segundo transitorio de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 1 de diciembre de 2005),[5] el cual hacía referencia al desvío del poder.

Sólo en épocas muy recientes encontramos referencia en la materia administrativa; esto se justifica por el atraso en la consolidación del derecho federal administrativo, el cual es muy reciente en nuestro país. Además, desde 1957, el Tribunal Fiscal (hoy Tribunal Federal de Justicia Administrativa) fue facultado por el máximo tribunal del país para conocer asuntos de nulidad de desviación de poder mediante la siguiente tesis aislada:

5. Hoy se establece en el artículo 51, fracción V: "Cuando la resolución administrativa dictada en ejercicio de facultades discrecionales no corresponda a los fines para los cuales la ley confiera dichas facultades". (Nota del autor).

> El desvío de poder, según la teoría jurídica del mismo, entraña la inexistencia de los actos administrativos así maculados, y el examen de tal desvío pertenece, muy fundamentalmente, a la materia del juicio de nulidad y, por ende, a las facultades del Tribunal Fiscal (Sexta época, Registro: 269081, Instancia: Segunda sala, Tipo de tesis: Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, volumen II, tercera parte, Materia: Administrativa, Página: 115. Tribunal Fiscal. Examen del desvío de poder).

Por otra parte, podemos encontrar el intento por parte de los tribunales superiores de clarificar la noción de la desviación del poder, que establece que cuando:

> ...se contravenga alguno de los principios generales de derecho, porque la decisión de la autoridad parezca ilógica, irracional o arbitraria, o bien que contraríe el principio de igualdad ante la ley, opera una causal específica de anulación denominada desvío de poder (...) que se produce cuando, a pesar de la apariencia de la legalidad del acto, se descubre que el agente de la administración emplea un medio no autorizado por la ley para la consecuencia de un fin lícito (desvío en el medio), o utiliza el medio establecido por la norma para el logro de un fin distinto del perseguido por ella (desvío en el fin), en cuyos casos estará viciado de ilegitimidad el acto (**Desvío de poder y otras causas de anulación de los actos discrecionales de la administración. Aplicación de la fracción v del artículo 238 del Código Fiscal de la Federación vigente**. Época: Séptima época, Registro: 912510, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de tesis: Aislada, Fuente: Apéndice 2000, Tomo III, Administrativa, Materia: Fiscal, Tesis: 945, Página: 817).

Aunque los magistrados no entran en definiciones precisas de los dos tipos de desviación antes mencionados, analizaremos sus alcan-

ces jurídicos. En ese sentido, el primer razonamiento de desvío en el medio se produce cuando la disposición reglamentaria o el acto administrativo dictado por la Administración se inspira en móviles personales que pueden ser de la más variada gama y naturaleza (lucro personal, venganza, represalias, capricho, preferencias políticas). Evidentemente, este acto incurre en una desviación de poder autoritaria o absoluta; es decir, el acto emanado de la autoridad es evidente y por tanto no permite realizar sutiles interpretaciones y exámenes de lo actuado por su propia naturaleza por el cual fue dictado.

Un ejemplo de aplicación del desvío del medio en nuestro país lo proporciona la siguiente tesis aislada:

> **Personal de carrera diplomático-consular, fines, objetivos y discrecionalidad en su adscripción**. La facultad para adscribir al personal de carrera diplomático-consular se encuentra sujeta a los objetivos y fines que prevé el artículo 11 de la Ley del Servicio Exterior Mexicano y su reglamento, generando así una reglamentación y normatividad que indican la existencia de un bien jurídico tutelado a favor del personal referido. Es así que la facultad discrecional de adscripción por necesidades del servicio no puede estar divorciada de esos objetivos y fines, de suerte que debe ceñirse a los valores que subyacen en la relación Estado-servidor público y, al ser excepcional el ejercicio de esa facultad, determina con mayor énfasis que no corra el riesgo de ser arbitrario sino que se sujete a parámetros de legalidad objetiva, por lo que la causa del acto de molestia debe exponerse con claridad y darse a conocer al destinatario para que, en su caso, pueda combatir el eventual desvío de poder, causal de ilicitud de los actos administrativos que consigna el artículo 238, fracción V, del Código Fiscal de la Federación. En ese orden de ideas, la discrecionalidad en la decisión sólo implica mayor capacidad y libertad de apreciación en relación con hechos o circunstancias jurídicas respecto de su oportunidad

> o conveniencia en conexión y a fin de analizar los valores y principios definidos por el legislador, que la autoridad debe entender y procurar, y la elección debe ser explicada y razonada; es un poder de apreciar y calificar la realidad que no puede ser arbitrario sino razonable y, para ello, es menester que sea debidamente fundado y motivado (Novena época, Registro: 182999, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de tesis: Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XVIII, octubre de 2003, Materia: Administrativa, Tesis: i4o.A.395 A, Página: 1076).

Lo cual demuestra que no se pueden asignar cargos diplomáticos de manera discrecional y arbitraria, sin seguir parámetros mínimos de legalidad por parte de la autoridad competente, respetando los reglamentos previstos a efectos de la designación de agentes diplomáticos.

Con relación al desvío del fin, la actuación administrativa persigue un interés público, pero distinto a aquel que señala el ordenamiento en el supuesto concreto. El acto o la disposición normativa dictados por la autoridad quebranta en lo que se considera una desviación de poder tenue o relativa, ya que, a pesar de atender al interés general, la Administración ejercita una potestad concreta con finalidades distintas a las encomendadas por la ley. Por lo tanto, la prueba o demostración de la existencia de este tipo de desviación es mucho más compleja, circunstancia que explica la escasez de jurisprudencia en nuestro país basada en ese motivo impugnatorio.

El ejemplo de la desviación del fin lo encontramos en la siguiente tesis aislada:

> **Desvío de poder como causa de anulación fiscal. no se limita a la transgresión directa de la ley**: Es cierto que el primer elemento por considerar en el caso de desvío de poder, son los límites que la ley establece a la sanción respectiva entre un mínimo y un máximo; pero dicha situación no puede reducirse simplemente

a una transgresión directa de la ley por exceso a dichos límites; pues, en todo caso, la facultad sancionadora de la autoridad no es admisible que se ejercite, aun dentro de los propios extremos legales, de manera caprichosa, sino que siempre debe fundamentarse razonadamente el ejercicio de tal atribución, que no puede ser arbitraria, sino debidamente motivada y que justifique por qué se señaló la sanción en determinada cuantía... (Época: Sexta época, Registro: 812982, Instancia: Segunda sala, Tipo de tesis: Aislada, Fuente: Informes, Informe 1962, Materia: Administrativa, Tesis: Página: 60).

La aplicación de una ley no puede ir más allá de lo que ella misma autoriza, persiguiendo el fin establecido.

En fechas recientes, los tribunales superiores de los Estados Unidos Mexicanos han confirmado lo que se conoce en doctrina y jurisprudencia como desviación del procedimiento, que tiene su antecedente en nuestro país en la tesis aislada de 1964: **Multas, facultades del Tribunal Fiscal para analizar los vicios de legalidad de** (Sexta época, Registro: 266240, Instancia: Segunda sala, Tipo de tesis: Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Volumen LXXXV, Tercera parte, Materia: Administrativa, Página: 29).

La desviación del procedimiento se produce con la utilización de un procedimiento administrativo distinto al legalmente establecido, con el fin de salvar ciertos trámites o controles que pueden resultar molestos para la Administración actuante. Así, los tribunales colegiados de circuito establecen lo siguiente en la tesis aislada de orden administrativa (y no fiscal, como sucedía antes del año 2000):

Comisión Federal de Competencia. Justificación y alcances del control judicial de sus resoluciones. La Comisión Federal de Competencia [...], en sus decisiones, aplica un margen de discrecionalidad, entendido como libertad para apreciar, del que ha

sido investida para ponderar las circunstancias y actuar de manera concurrente con la finalidad perseguida por el legislador, prevista en la Ley Federal de Competencia Económica; es decir, en el desarrollo de su actividad son peculiares las valoraciones de tipo económico, sobre cuestiones de hecho, de derecho e incluso de actitudes subjetivas o una mezcla de todas estas, buscando siempre la consecución de la finalidad establecida por la Constitución, que es evitar se realicen prácticas monopólicas, a través del control y sanción de conductas ilegítimas. De ahí, el despliegue de la potestad jurisdiccional para controlar el marco de legalidad y de legitimidad que establecen los artículos 16 constitucional y 51, fracción v, de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, a efecto de que el ejercicio de esas facultades discrecionales corresponda con los fines y las consecuencias que el orden jurídico consagra. Por tanto, el control judicial de los actos de dicha comisión se realiza mediante la verificación de que sus actos no violen derechos fundamentales de los sujetos que intervienen en los procedimientos relativos, lo que acontecería, por ejemplo, cuando no se respetan las normas reguladoras del procedimiento, y de motivación, haya inexactitud material de los hechos o sea evidente un error manifiesto de apreciación; en la medida que tales vicios se traduzcan en notoria arbitrariedad o desproporción en el ejercicio de la facultad concedida, incurriendo así en desvío de poder. (Novena época, Registro: 168499, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de tesis: Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXVIII, noviembre de 2008, Materia: Administrativa, Tesis: i.40.A.622 A, Página: 1325).

Por lo tanto, la desviación de poder procedimental consiste en la aprobación de una disposición normativa siguiendo los trámites más sencillos o diferentes previstos para los actos administrativos. Sin embargo, la ausencia de algunos de los elementos y requisitos de

los trámites citados comporta también la nulidad de la disposición o de los actos, por lo que es difícil que la Administración modifique totalmente el procedimiento, circunstancia que provocaría la concurrencia de desviación de poder con otros elementos y requisitos de anulación. En vista de lo anterior, para el particular, en estos casos, es más fácil invocar precisamente los vicios del procedimiento legalmente establecido que probar la desviación de poder, aunque es evidente que ambos motivos de impugnación son complementarios y no excluyentes. Lo anterior nos lleva a reclamar reparaciones de daños derivados de la anulación de actos viciados por la desviación de poder cuando no sea posible regresar las cosas al estado en que se encontraban antes de la emisión del acto por la autoridad.

b) Reparación de los actos consecuencia de la desviación de poder

Un sistema de derecho administrativo no estaría completo si el particular no tuviera derecho a la restitución del goce de sus derechos (Cambero-Quezada, 2016, p. 14), y así lo establece la siguiente tesis aislada respecto del vicio de desviación de poder en relación con la reparación del daño:

> **Orden de visita. Nulidad de la. Debe ser lisa y llana**. (...) En efecto, en los casos en que la nulidad de una resolución administrativa en la que se ejercen facultades discrecionales obedece a cualquiera de las causales que establecen las fracciones ii y III del artículo 238 en cita, no resulta lógico ni jurídico que se vincule la autoridad a emitir una nueva resolución, porque de hacerlo así, se le estaría obligando a realizar algo que la ley le permite hacer o dejar de hacer, por razones de conveniencia u oportunidad que la propia autoridad debe ponderar con toda libertad. Por lo que el artículo 239, fracción III, párrafo primero, en cita, manda que la sentencia definitiva podrá: (...) III. Declarar la nulidad de la resolu-

> ción impugnada para determinados efectos, debiendo precisar con claridad la forma y términos en que la autoridad debe cumplirla, salvo que se trate de facultades discrecionales. En la inteligencia de que la expresión «salvo que se trate de facultades discrecionales», se tiene que relacionar, necesariamente, con el hecho de no imprimirle efectos a la nulidad y no con la diversa posibilidad de no precisar esos efectos, porque resultaría un contrasentido resolver que la nulidad es para efectos y no señalar cuáles son estos. En cambio, cuando se ejercen esas facultades discrecionales para fines distintos de los que establece la ley, y con motivo de ese desvío de poder se afecta a los gobernados, estos tienen derecho no solamente a invalidar el acto, sino a que se les restituya en el goce de sus derechos, para lo cual sí es necesario en algunos casos, obligar a la autoridad a que emita otra resolución en los términos que señale el fallo anulatorio. [...], lo cual hace patente que solamente en esa hipótesis se le deben imprimir efectos a la nulidad de resoluciones discrecionales. (Octava época, Registro: 214123, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de tesis: Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo XII, diciembre de 1993, Materia: Administrativa, Página: 920).

Desgraciadamente, en muchas ocasiones esta restitución de goce de los derechos del particular no es posible y no se puede regresar las cosas al estado que se tenía antes de la emisión del acto administrativo impugnado. Para salvaguardar el Estado de Derecho y no dejar desprotegido al gobernado, el sistema jurídico mexicano estableció en la Constitución, desde 2002, la institución de la responsabilidad patrimonial del Estado, y desde el primero de enero de 2005 entró en vigor la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado, la cual establece las bases para una reparación efectiva de daño en caso de nulidad del acto administrativo por desviación de poder, ya que permite, cuando las cosas no puedan restablecerse al estado previo

a la emisión del acto por la Administración Pública, intentar una reclamación de indemnización debida por parte del gobernado contra el Estado, por nulidad del acto viciado por desviación de poder.

La doctrina sostiene que uno de los presupuestos o requisitos *sine qua non* para que surja la responsabilidad patrimonial de la administración es la existencia de una relación de causalidad material entre el daño antijurídico y la acción u omisión de la entidad pública, por lo que una consecuencia natural de la ausencia de dicha relación causal es la imposibilidad jurídica de imputar al Estado y a sus agentes la realización del daño y el reconocimiento de una reparación o indemnización en favor de la víctima o perjudicado. La determinación de la responsabilidad patrimonial del Estado en México requiere básicamente, para su demostración, la existencia de un daño antijurídico, causado por una actividad administrativa irregular de las autoridades, que le sea imputable al Estado. Se precisa que una desviación de poder se configura como una actividad irregular, y debe existir una relación de causalidad entre el daño antijurídico y acto administrativo irregular del ente público, que es de la que se desprende la imputabilidad estatal, que se demuestra con la nulidad del acto impugnado viciado por desviación de poder.

Además, la Ley Federal del Procedimiento Contencioso Administrativo (LFPCA) establece el concepto de falta grave; aunque no aplicado directamente a la concepción teórica, emana de las concepciones jurídicas europeas continentales, ya que este concepto se encuentra vinculado con las actividades del servicio público y no propiamente con la legalidad de los actos administrativos, pero lo podríamos equiparar a una falla en el servicio. En el artículo 6 de la ley en comento se contiene lo siguiente:

> ...La autoridad demandada deberá indemnizar al particular afectado por el importe de los daños y perjuicios causados, cuando la unidad administrativa de dicho órgano cometa falta grave al dictar

> la resolución impugnada y no se allane al contestar la demanda en el concepto de impugnación de que se trata. Habrá falta grave cuando: I. Se anule por ausencia de fundamentación o de motivación, en cuanto al fondo o a la competencia; II. Sea contraria a una jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en materia de legalidad. Si la jurisprudencia se publica con posterioridad a la contestación no hay falta grave; y III. **Se anule con fundamento en el artículo 51, fracción V de esta Ley** (es decir: V. Cuando la resolución administrativa dictada en ejercicio de facultades discrecionales no corresponda a los fines para los cuales la ley confiera dichas facultades). Este último supuesto es por desviación de poder.

En consecuencia, podemos afirmar que la responsabilidad derivada por el Estado como consecuencia de la desviación del poder tiene su sustento en la falla del servicio (Paillet, 1980, p. 45). La falla del servicio podría explicar la responsabilidad objetiva en los supuestos en que la administración genera un daño con motivo de la desviación de poder (*Cf.* Delmas-Saint-Hilaire, 2003, p. 648).

Sostenemos que el daño resultante es anónimo, pues no está ligado necesariamente a la culpa de un funcionario en específico (Long, 1963, p. 22). Basta con que el particular manifieste una mala marcha general y anónima del servicio, y que el servicio, en su organización o en su funcionamiento, ha sido defectuoso, y que el daño proviene como consecuencia de lo anterior o de la desviación del poder. Se juzga directamente al servicio público, no al funcionario (Llorens-Fraysse, 1987, p. 66). Sin embargo, no toda la falla del servicio genera automáticamente la responsabilidad de la Administración. Hace falta cierto grado de insuficiencia en él, que varía según los servicios, los lugares y las circunstancias (Moreau, 2002, p. 685); es decir, exista cierto grado de gravedad de la culpa o falta grave (la cual, en nuestro país, se acepta y se vincula con el artículo 6

de la LFPCA y la desviación de poder). Este régimen debe aplicar una apreciación *in concreto* en cada caso, y se exige forzosamente la distinción de los hechos materiales y los actos jurídicos, lo cual, en la desviación del poder, será naturalmente la nulidad del acto por parte del juez o por la propia Administración, y abre la vía para la reparación del daño en caso de imposibilidad de restablecer la situación al estado que tenía antes de la emisión del acto.

Cuando se trata del funcionamiento material del servicio (hecho), se debe apreciar las negligencias, los errores, las omisiones o los retrasos, y tener además en cuenta un cúmulo de factores, como circunstancias de tiempo (guerra, epidemias, calamidades públicas); de lugar (ciudad o pueblos); cargas del servicio y recursos de que dispone; situación de la víctima respecto del servicio, como lo son terceros o usuarios; utilización voluntaria o forzosa del servicio, a título gratuito u oneroso; culpa de la víctima (Latournerie, 1945, p. 5), y naturaleza del servicio público autor del daño. Para ciertos servicios, se ha demostrado que se requiere una culpa o falta grave (Couzinet, 1977, p. 283); por ejemplo: el servicio de policía, que persigue el objetivo de asegurar el mantenimiento del orden público con medidas preventivas y, llegado el caso, con el empleo de la fuerza pública. Este servicio atiende a una tarea difícil y delicada y, en consecuencia, su responsabilidad se debe medir con prudencia.

Cuando se trata de actos jurídicos, la ilegalidad se traduce evidentemente en una falla del servicio. El acto ilegal prueba que el servicio ha funcionado mal (Hélin, 1969, p. 62). Mas no toda ilegalidad genera de forma automática la responsabilidad. Lo normal es que exista una ilegalidad de cierta gravedad (antes mencionado, el artículo 6 de la LFPCA en México establece la gravedad). La ilegalidad y la responsabilidad son dos conceptos autónomos. En nuestro régimen jurídico, ya establecíamos que las ilegalidades graves ocasionan siempre la responsabilidad de la Administración. Así, la violación de la cosa juzgada, la violación de la ley, la desviación del

poder y la incompetencia *rationae materiae* generan responsabilidad (artículos 6 y 51, fracción V de la Ley Federal del Procedimiento Contencioso Administrativo). Por otra parte, las ilegalidades menos graves, esto es, los vicios de procedimiento, la incompetencia *rationae personae*, no siempre la originan. En estos casos, la Administración puede modificar el acto ilegal y, en estas circunstancias, el particular no sufrirá, en consecuencia, un daño. Ante estas circunstancias, la responsabilidad por desviación de poder se encuentra plenamente integrada a nuestro sistema jurídico y el particular puede optar por la indemnización prevista por el procedimiento de la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial.

Consideraciones finales

Ante el panorama antes descrito, la discrecionalidad no puede referirse a la totalidad de los elementos de la actuación administrativa, sino, por el contrario, va dirigido a alguno o algunos de ellos, y se han desarrollado un conjunto de técnicas para examinar si el ejercicio de ese poder discrecional se ha realizado en virtud de la ley y en la medida en que la ley lo ha dispuesto o, simplemente, se ha colocado al margen del ordenamiento. Entre esas técnicas sobresalen el control de los hechos determinantes, el respeto a las reglas concretas de atribución de competencias, la observancia del procedimiento legalmente establecido y de los principios generales del derecho, la necesaria motivación, la reserva de ley, y jerarquía normativa y sobre todo, por lo que aquí respecta, el control del fin, realizado mediante la técnica de la desviación de poder. En ese sentido, podemos afirmar y concluir que el vicio de la desviación de poder en la expedición de un acto administrativo se presenta cuando un órgano del Estado, actuando en ejercicio y dentro de los límites de su competencia, cumpliendo las formalidades de procedimiento y sin incurrir en violación de la ley, utiliza sus poderes o atribuciones

con el propósito de buscar una finalidad contraria a los intereses públicos o sociales, en general, o los específicos y concretos que el legislador buscó satisfacer al otorgar la respectiva competencia.

Finalmente, se tiene que considerar una adición constitucional, de preferencia como primer párrafo del artículo 109 constitucional, en el cual se establezca lo siguiente: "Los tribunales administrativos del país controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican". Y reforzar la Ley Federal del Procedimiento Administrativo, haciendo una adición en el artículo 6, último párrafo, de la siguiente manera: "Son nulos los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder".

Con lo anterior reforzaríamos la seguridad jurídica y el Estado de Derecho, atacando el vicio de la desviación del poder en las administraciones públicas, otorgando así a los jueces mayor margen de apreciación para la nulidad de actos investidos de este vicio en los actos administrativos.

Coincidimos con la mayoría de la poca doctrina hasta momento elaborada, la cual ha señalado que sería conveniente que los jueces y tribunales revisaran esta figura jurídica de la desviación del poder para evitar el abuso de derecho al ciudadano y no paralizar la actividad administrativa y, así, poder convertir esta institución en un instrumento de control eficaz de los poderes públicos, sobre todo para un país con los niveles de corrupción en las administraciones públicas, como lo es México.

Fuentes

Álvarez Rico, Manuel y Vicente María González-Haba Guisado (1975), "La carrera administrativa", Revista española *La Documentación Administrativa*, No, 157, 1974.

Alibert, Raphaël (1926), *Le controle jurisdictionnel de l'Administration,* París, Ed. Payot.

Auby, Jean-Marie (1948), *La théorie de l'inexistence des actes administratifs*, thèse de doctorat, Droit, Paris.

Aucoc, León (1882), *Conférences sur l'Administration et le Droit Administratif*, Paris, Ed. Dunod.

Amselek Paul: "La détermination des personnes publiques responsables d'après la jurisprudence administrative", *Études de Droit Public*, Paris, éd. Cujas, 1964, préface de Jean Rivero, pp. 289-376.

———"La responsabilité sans faute des personnes publiques d'après la jurisprudence administrative", *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann,* Paris, éd. Cujas, 1975, pp. 233-262.

Bidart - Campos, Germán, (1981), *Manual de Derecho Constitucional argentino*, Argentina, Ediar.

Cambero - Quezada, Guillermo (2016), "La evolución de la responsabilidad patrimonial del Estado en México", *Letras jurídicas* (Revista Electrónica de Derecho), publicada por el Centro Universitario de la Ciénega (Universidad de Guadalajara), otoño, septiembre 2015-marzo 2016, No. 21. Disponible en: http://letrasjuridicas.cuci.udg.mx

——— *L'instauration du Système de Responsabilité de L'administration Publique au Mexique. Analyse de Droit Comparé*, Tesis doctoral, Universidad de Nantes, Francia, 2011.

——— (2006), "Derecho administrativo francés: Dualismo jurisdiccional y jurisdicción administrativa", *Letras jurídicas* (Revista Electrónica de Derecho), ISSN 1870-2155, publicada por el Centro Universitario de la Ciénega (Universidad de Guadalajara), otoño 2006, No. 3. Disponible en: http://letrasjuridicas.cuci.udg.mx

Chevallier, Jean-Jacques (1975), "L'intérêt général dans l'administration française", *Revue internationale des Sciences administratives*, t. IV.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe número 43/96, caso 11.430, 15 octubre de 1996, Disponible en: https://www.cidh.oas.org/annualrep/96span/Mexico11430.htm

Couzinet, Jean-François (1977), "La notion de faute lourde administrative", *Revue du Droit Public*, RDP, pp. 281-312.

Delmas-Saint-Hilaire, Jean-Pierre (2003), *La pesée contestable de la faute de service et de la faute personnelle par le Conseil d'État dans l'affaire Papon*, Dalloz, p. 648.

García de Enterría, Eduardo y Ramón Fernández Tomás (1981), *Curso de Derecho Administrativo.* Madrid, Civitas, 1991, tomo I.

Garrido Falla Fernando, *Derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 1992.

Gazier François (1973), "La fonction publique dans le monde. In: Tiers-Monde", *Politiques et planifications de la santé*, t. 14, n°53. pp. 198-201.

Gordillo Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, México, UNAM, Editorial Porrúa, 2004.

Hélin, Jean-Claude (1969), *Faute de service et préjudice dans le contentieux de la responsabilité pour illégalité*, Thèse, Nantes.

Jourdain Philippe, "La formation du concept de service publique", *Revue du Droit Public* (RDP), 1987.

Latournerie Roger, "De la faute et du risque à propos des dommages causés par les travaux publics", *Revue du Droit Public,* RDP, 1945, pp. 5-17.

Lemasurier Jeanne, *Le contentieux administratif en droit comparé*, Ed. Económica, París, 2001.

Lochak Danièle, *La justice administrative*, Paris, Montchrestien, 1998.

Llorens-Fraysse, Françoise (1987), "Le poids de la faute dans la responsabilité administrative", Droits, n° 5.

López Mendoza, José A. (2013), "La desviación del poder", *Estudios de Derecho Público*, Universidad de Buenos Aires, pp. 299-316. Disponible en: http://www.derecho.uba.ar/docentes/pdf/estudios-de-derecho/003-edp-2-lopez-mendoza.pdf.

Long, Marceau (1963), "La responsabilité de l'administration pour les fautes personnelles commises par ses agents à l'occasion du service", *Études et Documents du Conseil d´État* (EDCE).

Marienhoff, Miguel S. (1964), *Tratado de Derecho Administrativo*, t. II, 3ª ed., Argentina: Abeledo Perrot.

Massot, Jean (1980), "Portée et conséquence de l´annulation par le juge d´un acte administratif", EDCE, No. 20.

Μαρκουλακησ, Νικολαο (1977), *L'évolution du détournement de pouvoir dans la jurisprudence administrative en France et en Grèce*, Thése, France. Université de Strasbourg. Faculté de Droit et des Sciences Politiques et economiques.

Moreau, Jacques (2002), "Les présomptions de faute en droit administratif de la responsabilité", *Mélanges Waline*, Paris, Dalloz.

Odent, Bruno y Didier Truchet, *La justice administrative*, PUF, 2004.

Ossorio, Manuel (2007), *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*, Ed. Datascan, 1, Guatemala, p. 878, Disponible en: https://conf.unog.ch/tradfraweb/Traduction/Traduction_docs%20generaux/Diccionario%20de%20Ciencias%20Juridicas%20Politicas%20y%20Sociales%20-%20Manuel%20Ossorio.pdf. Consultado: 22 de enero de 2017.

Paillet, Michel (1980), "La faute du service public en droit administratif", Thèse, Paris, LGDJ.

Quintana Redondo Carmelo, (1965), Comentarios a la Ley de lo contencioso-administrativo, Volumen 2, Tribunal Supremo, Santillana.

Rivero, Jean y Jean Waline, *Droit administratif, Dalloz*, 26a edición, París, 2016.

Valdivia, José Miguel, "La responsabilidad de la administración del Estado en Francia" *La responsabilidad patrimonial del Estado, Juan Carlos Marín* (coordinador), Porrúa, 2004, pp. 53-105.

Vidal, Roger (1952), "L'évolution du détournement de pouvoir dans la jurisprudence administrative", *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, año 58, pp. 275-316.

Vedel, Georges (1980), *Derecho Administrativo*, Biblioteca Jurídica Aguilar, p. 486.

Uso de la fuerza y seguridad en México

Use of force and security in Mexico

Luisa Gabriela Morales Vega

Doctora en Derecho, profesora de tiempo completo en el Centro Universitario UAEM Valle de México de la Universidad Autónoma del Estado de México, miembro del Sistema Nacional de Investigadores.

Juan Manuel Portilla Gómez

Doctor en Derecho Internacional, profesor titular "C" de tiempo completo adscrito a la División de Ciencias Socio-económicas y a la Unidad de Investigación Multidisciplinaria de la Facultad de Estudios Superiores Acatlán de la Universidad Nacional Autónoma de México, pertenece al Sistema Nacional de Investigadores nivel I.

RESUMEN: El uso de la fuerza es inherente a la soberanía de los Estados, pero no es un recurso irrestricto y debe constreñirse a los parámetros constitucionales e internacionales propios de un Estado de Derecho para constituirse en uso legítimo de la fuerza. En su fuero interno, los Estados deben garantizar el orden público a través de la operación de sus cuerpos de seguridad, según corresponda a su modelo de gobierno. Asimismo, allende sus fronteras, los Estados participan de la seguridad mundial mediante los esquemas institucionales derivados de su membresía a organizaciones internacionales, tanto universales como regionales

Palabras clave: uso de la fuerza, seguridad, fuerzas armadas, derecho internacional humanitario.

ABSTRACT: The use of force is inherent in the State sovereignty, but this is not an unrestricted resource and must be restrained by the constitutional and international parameters of a Rule of Law to be construed as legitimate use of force. In their internal jurisdiction, the States must guarantee public order through the operation of their security corps, as appropriate to their model of government. Likewise, beyond its borders, States participate in global security through the institutional schemes derived from their membership in international organizations, both universal and regional.

Keywords: use of force, security, army, international humanitarian law.

Recibido: 17 de enero de 2018. Aprobado: 27 de marzo de 2018.

SUMARIO: Introducción • I. Marco internacional • II. Marco nacional • Conclusiones • Fuentes

Introducción

Si bien el uso de la fuerza es inherente a la soberanía de los Estados, no es un recurso irrestricto, y debe constreñirse a los parámetros constitucionales e internacionales propios de un Estado de Derecho para constituirse en uso legítimo de la fuerza. En su fuero interno, los Estados deben garantizar el orden público a través de la operación de sus cuerpos de seguridad, según corresponda a su modelo de gobierno. Asimismo, allende sus fronteras los Estados participan de la seguridad mundial mediante los esquemas institucionales derivados de su membresía a organizaciones internacionales, tanto universales como regionales.

México, al ejercer sus funciones de seguridad interior, no sólo actúa conforme a su marco jurídico nacional, sino también, por sus obligaciones internacionales, debe cumplir con los estándares establecidos por el derecho internacional público, el derecho internacional humanitario, el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho penal internacional.

A fin de comprender la forma en que el ejercicio del uso de la fuerza debe realizarse en nuestro país y la relación que guarda con la seguridad, en un primer apartado se expone el marco internacional que contiene la reglamentación sobre el uso de la fuerza, con énfasis en los principios derivados del derecho internacional humanitario; más adelante, se expone el marco jurídico nacional, que abarca disposiciones legislativas y manuales de operación. Este apartado se ve enriquecido con un breve análisis de la recientemente publicada Ley de Seguridad Interior, que, si bien no modifica las reglas básicas del uso de la fuerza por parte de los agentes estatales,

sí amplía las facultades de actuación de las fuerzas armadas en el país y en materia de seguridad pública.

Una vez analizada la normatividad, se emiten conclusiones que permiten comprender las obligaciones y el marco de actuación de las fuerzas armadas en México.

I. Marco internacional

En el ámbito internacional existen normas convencionales y de carácter consuetudinario que regulan el uso de la fuerza por parte de los Estados. A estas normas se agregan sentencias de tribunales supranacionales y resoluciones de órganos internacionales vinculantes para nuestro país. En este sentido, son de la mayor relevancia los tratados ratificados y las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuya jurisdicción es obligatoria para México, relativas al uso de la fuerza y vinculadas con el tema de los derechos humanos.[1]

El Derecho Internacional atiende un doble aspecto relacionado con el uso de la fuerza: uno en relación con la legitimidad del recurso a la fuerza y otro con las consecuencias humanitarias que se derivan de su utilización. De modo que la actuación de las fuerzas armadas se rige por dos órdenes jurídicos, a saber: el Ius ad bellum y el *Ius in bello* (Moussa, 2008).

1. Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso Fernández Ortega y otros vs. México, Caso Rosendo Cantú y otra vs. México, Caso Rosendo Radilla Vs. México, y Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, donde se determinó el uso excesivo de la fuerza por parte del personal militar. Disponibles en: http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/casos-contenciosos. Consultado: 15 de octubre de 2014). Asimismo, la Decisión de la Comisión Interamericana relativa a Guatemala, Caso Nº 11382 Finca Exacta, Informe Nº 57/02 21 de octubre de 2002 (fondo), relativo al uso excesivo de la fuerza por parte de personal policial. Disponible en: http://www.cidh.org/annualrep/2002sp/Guatemala.11382.htm. Consultado: 15 de octubre de 2014. Ambos son relativos al uso excesivo de la fuerza por parte de personal policial.

Ius ad bellum. El *ius ad bellum* corresponde a lo que tradicionalmente se ha conocido como el derecho a la guerra y que prohíbe el uso de la fuerza, a excepción de la legítima defensa, y cuyo sistema de seguridad colectiva se encuentra establecido en los capítulos VI y VII de la Carta de las Naciones Unidas, (ONU, s/f), donde el Consejo de Seguridad, a través de sus resoluciones, ocupa un lugar preponderante frente a las situaciones que, según su criterio, representan una amenaza a la paz y la seguridad internacionales (Portilla, 2017). Las medidas que se emprenden van desde acciones diplomáticas y de carácter económico hasta las acciones militares. Ahora, la lucha contra el terrorismo ha propiciado la aplicación de sanciones no sólo a los Estados, sino también contra individuos y actores no estatales de diversa naturaleza.

Por otra parte, los mecanismos regionales de defensa colectiva, propios de la Guerra Fría, como el extinto Pacto de Varsovia o la muy actual Organización del Atlántico Norte (OTAN), han constituido vías de uso de la fuerza aun en contra de sus Estados miembros, como fue la intervención en la llamada "Primavera de Praga", o la cuestionada participación de la OTAN en la ex Yugoslavia. México formó parte de una organización militar continental: el Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca (TIAR),[2] el cual, aunque inactivo actualmente, ha tenido nefastas participaciones en conflictos internos en el Caribe y Centroamérica, o se ha abstenido de responder frente a una potencia extracontinental, como sucedió en la guerra de Las Malvinas.

Asimismo, aunque no considerado explícitamente en la Carta de las Naciones Unidas, existe el mecanismo de las Operaciones de Mantenimiento de la Paz (OMP), a través del despliegue de los

2. El 6 de octubre de 2001 México formalizó la denuncia al también llamado Pacto de Río, que surtió efecto 2 años más tarde. Así, México se sustrajo de un mecanismo de seguridad hegemónico continental encabezado por Estados Unidos desde su creación en 1947.

llamados cascos azules, mismos que si bien tienen un perfil básicamente humanitario son susceptibles de implicarse en acciones militares. Aunque las OMP han constituido mayormente un instrumento valioso en apoyo de las poblaciones afectadas por los efectos devastadores de los conflictos armados, en ocasiones no han podido evitar situaciones de genocidio como en Srebrenica (Bosnia), o han tenido una errática participación, como en Somalia. Igualmente, se han registrado casos de abusos hacia la población civil y otros ilícitos por parte de cascos azules.

La reciente, aunque limitada, participación de México en dichas operaciones[3] es congruente con sus obligaciones como miembro de la ONU, en términos del artículo 43 de la Carta de la ONU, compatible con el marco constitucional y acorde con los principios de la política exterior de México. Más aún, en teoría, debiera representar un valor agregado a la doctrina militar mexicana en cuanto a la profesionalización y los incentivos a las fuerzas por su interacción con elementos de otros países.

Sin embargo, la cuestionada participación del ejército mexicano en operativos como el de Tlatlaya, y otros donde se cometieron graves violaciones a los derechos humanos, no abona a la mejor imagen de las fuerzas armadas de México en el exterior, amén de que, si aún no disponemos de un marco legal adecuado para su actuación

3. El anuncio de la participación de México en las OMP formó parte del discurso pronunciado en Nueva York por el Presidente de la República ante la Asamblea General de la ONU el 24 de septiembre de 2014. Cabe señalar que en el pasado ha habido una participación muy acotada de nuestro país con observadores militares, efectivos policiales y componentes civiles. Actualmente participamos en tres OMP, con doce militares y marinos: tres en Haití, cuatro en Sahara Occidental y dos en Líbano. También han participado 25 elementos en la Misión Política de la ONU en Colombia. Asimismo, la SRE anunció que participarán efectivos de la policía federal y que la Sedena planea el establecimiento de un centro de capacitación para elementos nacionales y extranjeros. Véanse: diputados.gob.mx/sedia/sia/spe7SPE-ISS-1207.pdf y cinu.mx//noticias/la/mexico-quiere-tener-contingentes.

en la seguridad interior, cómo es que participamos en ámbitos de seguridad internacional.

Ius in bello. El *ius in bello* está constituido por el Derecho Internacional Humanitario, el cual pone límites a la conducción de las hostilidades, Derecho de La Haya, y brinda protección a las personas y los bienes en los conflictos armados, sean de índole internacional o interna, Derecho de Ginebra (Portilla, 2002).

A lo largo del tiempo se han establecido normas y principios de validez universal, principalmente por vía convencional, como los plasmados en los cuatro convenios de Ginebra y sus protocolos adicionales,[4] que han sido adoptados por una gran mayoría de la comunidad internacional y que constituyen los estándares mínimos a cumplir por los Estados, que se encuentran obligados a realizar las adecuaciones pertinentes para instrumentarlos debidamente en sus ordenamientos nacionales, para dotarlos de plena eficacia (Becerra, 2006, pp. 78-79). Además de los instrumentos jurídicos mencionados, es preciso considerar que en el Estatuto de Roma, del cual nuestro país es parte, se penalizan las conductas individuales referidas como crímenes de guerra en los convenios de Ginebra y sus protocolos, así como otros crímenes internacionales como los de lesa humanidad, genocidio y agresión que pueden ser competencia de la Corte Penal Internacional, con arreglo al principio de complementariedad (Portilla, 2010).

Todo lo anterior nos permite afirmar la existencia de una relación muy estrecha entre las normas pertenecientes al derecho internacional de los derechos humanos (derecho de los refugiados, derechos de las mujeres, derechos de los niños, entre otros) con las del Derecho Internacional Humanitario y del Derecho Penal Internacional; estos últimos son las normas penales que persiguen y san-

4. Cabe destacar que México no ha ratificado el Protocolo II Adicional a los cuatro Convenios de Ginebra.

cionan las conductas violatorias de tales derechos (Cançado, 2003). Por ello se considera que todas estas normas pertenecen al núcleo duro del derecho internacional y, consecuentemente, son parte fundamental del marco regulatorio aplicable al uso de la fuerza.

Adicionalmente a los tratados sobre derechos humanos, existen otros instrumentos internacionales que emiten directrices operativas vinculantes para nuestro país en materia de uso de la fuerza parte. Se trata de cuerpos normativos con la categoría de *soft law*, a saber: el Código de Conducta para Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley (FEHCL) (ONU, 1990), los Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley (ONU, 1990), así como otros manuales o directivas emitidas por diferentes organismos internacionales relativos al uso de la fuerza.[5]

El Código de Conducta para Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley (FEHCL). En el artículo 1º del FEHCL se establece que los "funcionarios encargados de hacer cumplir la ley" deberán cumplir en todo momento los deberes que les impone la ley, sirviendo a su comunidad y protegiendo a todas las personas contra actos ilegales. Es decir, prevalecen el principio de legalidad y el deber de las autoridades de proteger y servir a su comunidad, conduciéndose en todo momento, en el marco de la ley.

El citado instrumento precisa que la expresión: "funcionarios encargados de hacer cumplir la ley" comprende a todos los agentes del Estado, nombrados o elegidos, que ejercen funciones de policía, y en especial las facultades de arresto o detención. Como complemento de

5. Asimismo es de destacar que la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de la ONU ha impulsado algunos otros instrumentos, como los manuales para el personal policial respecto del uso de la fuerza, que pueden ser aplicables a todo personal del Estado encargado de las tareas de seguridad. Entre éstos está la *Normativa y Práctica de los Derechos Humanos para la Policía. Manual Ampliado de Derechos Humanos para la Policía,* de 2003. Disponible en: http://www.ohchr.org/Documents/Publications/training5Add3sp.pdf.

lo anterior, en los comentarios formulados a dicho código se agrega que tal término incluye al personal militar o a las fuerzas de seguridad del Estado, cuando éstas ejerzan funciones policiales, uniformadas o no. Consecuentemente, estas disposiciones de las Naciones Unidas, sin duda resultan aplicables a las fuerzas armadas mexicanas.[6]

En el artículo 2 del Código en comento se establece el deber de dichos funcionarios de respetar y proteger la dignidad humana, así como de mantener y defender los derechos humanos de todas las personas. En el comentario correspondiente a este artículo se precisa que estos derechos se refieren a aquellos que están determinados y protegidos por el derecho nacional e internacional. Entre los derechos que se cuentan a escala internacional se hizo referencia a un número importante de instrumentos jurídicos internacionales, tales como: la Declaración universal de derechos humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, la Declaración de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen del Apartheid, la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos y la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares.

Por tanto, podemos afirmar que el propósito de este código de conducta es, fundamentalmente, que los derechos contenidos en los instrumentos mencionados sean respetados y tutelados, aun con el uso de la fuerza por parte de los Estados. Lo anterior se complementa con lo dispuesto en el artículo 3, que señala que sólo se podrá

6. Cfr. Comentarios al artículo 1 del Código de Conducta para Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley (FEHCL).

usar la fuerza cuando sea estrictamente necesaria y en la medida que lo requiera el desempeño de las tareas. Este artículo resulta de fundamental importancia, por contener lo que se conoce como los principios de la excepcionalidad de la fuerza y proporcionalidad en su uso, principios que ya han sido recogidos tanto en diferentes tratados como en diversa normatividad interna de los Estados, fundamentalmente en materia penal y de responsabilidad de los servidores públicos.

Es claro que, a escala internacional, se ha establecido que los funcionarios del Estado sólo pueden hacer uso de la fuerza de manera excepcional y en la medida en que razonablemente sea necesaria, según las circunstancias, para la prevención del delito, bien para llevar a cabo una detención legal, bien para apoyar en su realización, y en ese sentido es importante la aplicación tanto del principio de excepcionalidad como del de proporcionalidad en el uso de la fuerza.

Finalmente, es de destacar que, en los comentarios hechos al código de conducta, el uso de las armas de fuego se considera como una medida extrema, y existe la prohibición del uso de armas en contra de menores. Además, se estableció que el uso de tales armas sólo se justifica cuando el presunto delincuente ofrezca resistencia armada o ponga en peligro de algún otro modo la vida de otras personas y no se pueda reducir o detener al presunto delincuente aplicando medidas menos extremas.[7]

Los Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley. En el preámbulo de este instrumento se indica que estos principios deber ser tenidos en cuenta por dichos funcionarios y respetados por los gobiernos en el marco de sus respectivas legislaciones y prácticas nacionales. Asimismo, se señala que los principios alu-

7. Cfr. Comentarios al artículo 3 del Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley (FEHCL).

didos deben hacerse del conocimiento no sólo de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley sino también de otras personas, tales como jueces, fiscales, abogados y miembros del poder ejecutivo y legislativo, así como del público en general. Es decir, estos principios deben ser del conocimiento de todos. (ONU, 1990). De entre lo más relevante de estos principios se destaca que en sus disposiciones generales se preceptúa que los gobiernos y los organismos correspondientes deben adoptar y aplicar normas y reglamentaciones específicas sobre el empleo de la fuerza y armas de fuego, establecer un conjunto de métodos lo más amplios posibles, y dotar a los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, de distintos tipos de armas y municiones, de modo que puedan hacer un uso diferenciado de la fuerza y de las armas de fuego.

Entre las armas que pueden usar, se recomienda el uso de las incapacitantes no letales, de tal forma que se reduzca al mínimo el riesgo de causar lesiones a personas ajenas a los hechos y se controle con todo cuidado el uso de tales armas. Además de lo anterior, se busca que, en el desempeño de sus funciones, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley utilicen en la medida de lo posible medios no violentos antes de recurrir al empleo de la fuerza y de armas de fuego.

En el mismo instrumento se establece que, sólo cuando el uso de las armas de fuego sea inevitable, los funcionarios correspondientes habrán de emplear la fuerza con moderación y actuarán en proporción a la gravedad del delito y al objetivo legítimo que se persiga, de modo de reducir al mínimo los daños y lesiones, así como respetar y proteger la vida humana, entre otras cosas. Indudablemente este principio es congruente con la figura de la legítima defensa, principio jurídico reconocido ampliamente a escalas nacional e internacional.

Otro principio relevante se refiere a que, si el funcionario en cuestión ocasiona lesiones o muerte, deberá comunicar el hecho de manera inmediata a sus superiores. De igual modo, estos principios

determinan que es deber de los Estados castigar como delito el empleo arbitrario o abusivo de la fuerza o de armas de fuego por parte de sus funcionarios encargados de hacer cumplir la ley.

De entre las disposiciones especiales contenidas en los principios se destaca el que los funcionaros no deben emplear las armas de fuego contra las personas, salvo en defensa propia o de otras personas, en caso de peligro inminente de muerte o lesiones graves, o con el propósito de evitar la comisión de un delito grave o con el objeto de detener a una persona que represente ese peligro y oponga resistencia a su autoridad, o para impedir su fuga, y sólo en caso de que resulten insuficientes medidas menos extremas. Nuevamente encontramos expresados en este precepto los principios de la excepcionalidad de la fuerza y de la proporcionalidad.

En cuanto a la manera de ejercer el uso de la fuerza, encontramos algunas recomendaciones tendentes a brindar seguridad y certeza jurídica a las personas, a minimizar los daños y a evitar en todo momento el uso de la fuerza, así como la graduación de su intensidad; es decir, todo lo relativo al uso diferenciado y progresivo de la fuerza.

Así se establece que los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley deban identificarse como tales ante las personas, emitir una clara advertencia de su intención de emplear armas de fuego en un momento dado, de usar la fuerza sólo en casos excepcionales, y de usar, en principio, armas no letales, y de ir graduando su intensidad según las circunstancias particulares.

Es claro que estos instrumentos internacionales buscan que los servidores públicos encargados de aplicar la ley entiendan que, dentro del marco de un Estado de Derecho, el uso de la fuerza no puede ser indiscriminado y debe instrumentarse para mantener el orden público y la seguridad de las personas y sus bienes, prevenir el delito y mantener la integridad del Estado.

Lo anterior nos permite afirmar que en el ejercicio del uso de la fuerza es indispensable tener en cuenta la oportunidad de su empleo, la cantidad de fuerza a utilizar y la responsabilidad que implica, así como las consecuencias jurídicas que habrá que afrontar en caso del abuso en el ejercicio del uso de la fuerza.

Finalmente, en dichos principios se establece también la importancia de que los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley sean seleccionados mediante procedimientos adecuados, posean aptitudes éticas, psicológicas y físicas apropiadas para el ejercicio eficaz de sus funciones y reciban capacitación profesional continua y completa. Por tanto, es deber de los Estados la capacitación, la supervisión y la vigilancia de sus servidores públicos encargados de tales tareas en el uso gradual de la fuerza y en el respeto a los derechos humanos.

II. Marco nacional

México, como parte de los instrumentos internacionales ya mencionados, ha interiorizado diversas disposiciones que regulan el uso de la fuerza en apego a los criterios mínimos para su uso legítimo, efectivo y racionalizado.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. El fundamento legal de la operación de las fuerzas armadas se encuentra en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, precisamente los artículos primero, relativo al deber de respeto y protección a los derechos humanos, los artículos 14 y 16 constitucionales acerca del principio de legalidad, y el 133 relativo a la supremacía de la Constitución y de los tratados que constituyen la norma suprema de la Unión.

Dentro de la legislación mexicana apuntada no se encuentra disposición alguna que regule la actividad de las fuerzas armadas dentro del territorio nacional en tareas de seguridad interior, a ex-

cepción del artículo 1, fracción II de la Ley Orgánica del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos, donde se lee que dichas corporaciones tienen la misión permanente de garantizar la seguridad interior.

No obstante, ante la ambigüedad de la fracción II de la Ley en comento, se carecía de un marco normativo que reglamentara las acciones de las fuerzas armadas dentro del territorio nacional, reglamentación necesaria ante el incremento de sus actividades y su presencia en todo el territorio nacional. Es sabido que, a raíz del combate frontal a los grupos del crimen organizado, el Estado ha desplegado personal militar de manera discrecional en toda la República.

La presencia de los efectivos militares ha sido objeto de duras y continuas críticas por parte de la sociedad civil, la academia, e incluso de instituciones internacionales; incluso desde su origen, la llamada "guerra contra el narco" fue cuestionada, y en la actualidad se afirma que como resultado de ella han muerto más de 170,000 civiles (Camhaji, 2016).

Ley de Seguridad Interior. Dentro de este contexto, resulta relevante hacer referencia a la Ley de Seguridad Interior,[8] ya que, si bien no modifica las leyes federales referidas en cuanto al ejercicio del uso de la fuerza, otorga al Ejecutivo Federal la facultad de ampliar considerablemente el campo de actuación de las fuerzas armadas en México.

Adicionalmente, dicha ley ha sido controvertida y criticada desde su discusión en las cámaras del Congreso de la Unión, por considerarse que presenta *aspectos altamente preocupantes para la vigencia y respeto de los derechos humanos en México.*[9]

---

8. Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 21 de diciembre de 2017.
9. Véase por ejemplo, "Animal Político, Comisiones de derechos humanos y universidades insisten: no a la Ley de Seguridad Interior". Disponible en: http://www.animalpolitico.com/2017/12/CNDH-ONU-ley-seguridad-interior/ ONUDH, ONU considera 'lamentable' el aval a Ley de Seguridad Interior, Forbes, https://www.forbes.com.mx/ONU-velamentable-aval-ley-de-seguridad-interior/ Díaz, Gloria, Ley de Seguridad Interior es contraria a las

Por tal motivo, a continuación se exponen algunas de las disposiciones de la referida Ley, para identificar de qué forma retoma las obligaciones internacionales en la materia y presentar algunas consideraciones respecto de su carácter probablemente violatorio de derechos humanos.

En principio, el artículo 2 de la Ley define la seguridad interior como la "condición que proporciona el Estado mexicano que permite salvaguardar la permanencia y continuidad de sus órdenes de gobierno e instituciones, así como el desarrollo nacional, mediante el mantenimiento del orden constitucional, el Estado de Derecho y la gobernabilidad democrática en todo el territorio nacional"; del artículo transcrito se aprecia la vaguedad y amplitud del concepto de seguridad interior, al referirse en primer término a una "condición" exigible al Estado y después caracterizar a dicha condición a través del mantenimiento de tres grandes características o cualidades que deben prevalecer en un Estado constitucional, pero cuya definición y alcances no son precisos: 1) el orden constitucional, 2) el Estado de Derecho y 3) la gobernabilidad democrática.

De ahí que esas atribuciones puedan abarcar aspectos tan distantes como la independencia de los tribunales, la eficacia de la norma jurídica o la operatividad legítima de los procesos electorales, pasando por asuntos de seguridad pública y seguridad nacional; de manera concreta, la Ley en comento hace expresa su cercanía a la seguridad nacional, al establecer que deben observarse los principios previstos en la Ley de Seguridad Nacional, los cuales son: legalidad, responsabilidad, respeto a los derechos fundamentales de protección a la persona humana y garantías individuales y sociales, confidencialidad, lealtad, transparencia, eficiencia, coordinación y cooperación.

---

recomendaciones de la ONU: exrelatores, *Proceso*, http://www.proceso.com.mx/514321/ley-de-seguridadinterior-es-contraria-las-recomendaciones-de-la-ONU-exrelatores.

También incluye los principios de racionalidad, oportunidad, proporcionalidad, temporalidad, subsidiariedad y gradualidad, así como las obligaciones relativas al uso legítimo de la fuerza, contenidas en los cuerpos normativos referidos más adelante.

Este ordenamiento define el uso de la fuerza como

> ...la utilización racional y proporcional de técnicas, tácticas, métodos, armamento y protocolos que realiza el personal de las Fuerzas Federales y, en su caso, las Fuerzas Armadas, para controlar, repeler o neutralizar actos de resistencia, según sus características y modos de ejecución (artículo 4, fr. X).

El concepto anterior incorpora a su texto los principios de racionalidad y proporcionalidad, al establecer que dichas características deben revestir la utilización de las técnicas, tácticas, métodos y armamento, y que obedecen a las características y al modo de ejecución de los actos de resistencia.

Ahora bien, en párrafos precedentes se afirmó que la Ley de Seguridad Interior permitía ampliar la actuación de las fuerzas armadas, incluso en la realización de tareas y actividades que no son consideradas las típicas o tradicionales que deben desempeñar, y que rebasan las previstas por la Ley de Seguridad Nacional y por las leyes propias de las fuerzas armadas. Tales actividades son las relacionadas con la seguridad pública.

A pesar de que el artículo 18 de la Ley establece que "en ningún caso, las acciones de seguridad interior que lleven a cabo las Fuerzas Armadas se considerarán o tendrán la condición de seguridad pública", lo cierto es que al referirse a la seguridad interior de una forma tan ambigua, e incluyendo aspectos tan extensos como lo hace esta ley, es innegable que abarca aspectos de seguridad pública.

En efecto, la Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública considera que ésta:

> ...es una función a cargo de la Federación, las entidades federativas y municipios, que tiene como fines salvaguardar la integridad y derechos de las personas, así como preservar las libertades, el orden y la paz públicos y comprende la prevención especial y general de los delitos, la sanción de las infracciones administrativas, así como la investigación y la persecución de los delitos y la reinserción social del sentenciado (artículo 2).

Las referencias a la preservación del orden constitucional, el Estado de Derecho y la gobernabilidad democrática, necesariamente implican la protección de las personas, las libertades y el mantenimiento de la paz y el orden públicos.

Es decir, se debe realizar una lectura crítica de la Ley que escudriñe el significado de sus disposiciones, a fin de rebasar el sentido literal de algunas disposiciones, pues evidentemente no basta con incluir determinadas frases en los textos legales para que sus implicaciones se limiten o presenten en ese sentido.

Por ello, a pesar del texto del artículo 18 transcrito, se deduce que, si la seguridad interior se refiere a una condición provista por el Estado donde los derechos y la gobernabilidad deben ser respetados, ella debe estar vinculada a acciones de seguridad pública; es decir: la vigencia de los derechos y el respeto al gobierno son asuntos propios de la seguridad pública.

Por otro lado, el hecho de que sea una facultad del Poder Ejecutivo por sí o a petición de las legislaturas o gobiernos estatales el despliegue de acciones de seguridad interior mediante el instrumento llamado "Declaratoria de protección a la seguridad interior" proporciona un margen discrecional de acción a favor de la autoridad federal, que pueda movilizar a las fuerzas armadas y generar los riesgos que la presencia de efectivos militares produce sobre la ciudadanía.

Como ejemplo de lo anterior, las sentencias dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los juicios promovidos por Valentina Rosendo, Inés Cabrera y Teodoro Cabrera y Rodolfo Montiel en contra de México establecen que el contexto generado por la fuerte presencia militar en las comunidades donde residían las víctimas, respectivamente, fue determinante en las acciones que resultaron en violaciones de derechos humanos.

En ese sentido, la Corte también ha establecido

> ...que los Estados deben limitar al máximo el uso de las fuerzas armadas para el control de disturbios internos puesto que el entrenamiento que reciben está dirigido a derrotar al enemigo, y no a la protección y control de civiles, entrenamiento que es propio de los entes policiales (Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador, 2007).

Adicionalmente, la Corte Interamericana ha adoptado el criterio de que los cuerpos armados pueden no estar preparados para lidiar con situaciones de perturbación del orden público a través de medios o métodos que sean respetuosos con los derechos humanos (Franco, 2017).

A mayor abundamiento, en reiteradas resoluciones la Corte Interamericana ha explicitado los principios que se deben observar en operaciones donde los agentes del Estado hagan uso de la fuerza, principios que se consideran concomitantes con los establecidos por las leyes nacionales y el Derecho Internacional Humanitario. Tales principios son: legalidad, absoluta necesidad y proporcionalidad.

El primero de ellos postula que el uso de la fuerza debe estar regulado jurídicamente y su objetivo debe ser legítimo; el segundo recoge el estándar jurídico denominado *ultima ratio*, que limita ampliamente el uso de la fuerza y la hace sólo admisible ante la ausencia de otro medio o método de enfrentar la situación; por último, el

tercero implica que la respuesta de la fuerza debe ser congruente con la resistencia o el peligro real existentes (Franco, 2017, pp. 15-17).

Atendiendo a lo anterior, se considera insuficiente la mención que hace la propia Ley en el sentido de que:

> ...los actos realizados por las autoridades con motivo de la aplicación de esta Ley deberán respetar, proteger y garantizar en todo momento y sin excepción, los derechos humanos y sus garantías, de conformidad con lo dispuesto por la Constitución, los tratados internacionales y los protocolos emitidos por las autoridades correspondientes.

Esta disposición no hace sino reproducir la obligación general contenida en el artículo 1º constitucional, lo que torna innecesaria esta mención expresa, a más de que esta redacción no ofrece garantía alguna de dicho respeto.

La simple mención de la protección a los derechos humanos, como se dijo, es insuficiente, como se deduce de lo siguiente: en el artículo 8 de la Ley en comento se lee que:

> las movilizaciones de protesta social o las que tengan un motivo político-electoral que se realicen de conformidad con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, bajo ninguna circunstancia serán consideradas como amenazas a la seguridad interior, ni podrán ser materia de declaratoria de protección a la seguridad interior.

Esta redacción salvaguarda algunos derechos fundamentales, tales como los de asociación, reunión y libertad de expresión, que se ejercitan al formar parte de un partido o grupo político o participar en un acto de protesta; empero, el análisis del articulado en su conjunto permite llegar a una conclusión distinta.

Si se toma en cuenta que el artículo se refiere únicamente a no considerar los referidos eventos como una amenaza a la seguridad interior, se hace posible que puedan ser considerados como un riesgo a la seguridad interior. Los riesgos a la seguridad interior son considerados como una "situación que potencialmente puede convertirse en una Amenaza a la Seguridad Interior" (artículo 4); a su vez, las amenazas a la seguridad interior se corresponden con las amenazas a la seguridad nacional (artículo 4, fr. II). Al ser aplicable supletoriamente la Ley de Seguridad Nacional a la ley que se comenta, y al remitirnos ésta a aquella en la definición de amenaza, es dable afirmar que los riesgos son indeterminados y cambiantes.[10]

Si además se toma en cuenta que la Ley faculta a las autoridades federales, incluyendo las fuerzas armadas, a implementar *sin* necesidad de declaratoria de protección a la seguridad interior, políticas, programas o acciones para identificar, prevenir y atender oportUNAMente los riesgos señalados en la Agenda Nacional de Riesgos, entonces lo prescrito en el artículo 8 es irrelevante.

Dicho de otro modo, es infructuosa e ineficaz la prohibición establecida en el referido artículo 8, para salvaguardar los derechos de asociación, reunión y libertad de expresión, pues subsiste la posibilidad de caracterizar las protestas sociales o con motivos electorales como riesgos a la seguridad interior, los cuales, como se, vio podrán ser siempre combatidos sin necesidad de la declaratoria de protección.

Sumado a lo anterior, el derecho de acceso a la información también se encuentra en riesgo al contravenir el principio de máxima publicidad, pues la información que se genere como resultado de la aplicación de la Ley se considera de seguridad nacional; esto es,

10. Esto es así, ya que de acuerdo con la Ley de Seguridad Nacional y al Sistema Nacional de Seguridad Nacional, los riesgos, a diferencia de las amenazas, no son permanentes, sino se "actualizan periódicamente dependiendo de los fenómenos coyunturales".

reservada. Es importante reparar en la opacidad sobre la materia, dado que, si al amparo de la Ley se realizan acciones de seguridad pública, existe la posibilidad de que algunos ciudadanos puedan verse afectados por ella, lo que, en determinadas circunstancias, podría favorecer o facilitar la comisión de delitos y violaciones tan graves como desaparición forzada o ejecuciones extrajudiciales.

Por último, legislación de este tipo plantea cuestionamientos sobre la forma de Estado vigente en México, pues el articulado aprobado y sancionado por las autoridades se encamina a modelos donde la autoridad civil podría verse subordinada a la militar y, por ende, podría colocar a la ciudadanía y a la vida democrática en un estado precario que pueda redundar en vulnerabilidad.

Normatividad general aplicable al uso de la fuerza. Las fuerzas armadas se rigen por sus respectivas leyes orgánicas: Ley orgánica del ejército y fuerza aérea mexicanos y Ley orgánica de la armada de México, por la Ley federal de arma de fuego y explosivos, el Código de justicia militar y el Código penal federal, donde se regula de manera general el ejercicio del uso de la fuerza, los tipos de armas que pueden emplear los servidores públicos correspondientes, el régimen de responsabilidades que se les atribuye y sus excluyentes de responsabilidad aplicables, así como la penalización de las conductas que no se ajusten a la ley en el marco del uso de la fuerza.

Protocolos en materia de uso de la fuerza. No obstante que los instrumentos internacionales sobre la materia datan de los años 70, no fue sino a partir de 2009 cuando comenzó a emitirse diversa normatividad secundaria y especial para el personal de las fuerzas armadas en materia del uso de la fuerza, que son conocidos como protocolos: "la Directiva del 30 de septiembre de 2009, mediante la cual se regula el uso legítimo de la fuerza por parte del personal naval, en cumplimiento del ejercicio de sus funciones, en coadyuvancia al mantenimiento del Estado de Derecho y el Acuerdo Secretarial 27 por el que la primera se reforma y adiciona. Posteriormente,

se emitió la Directiva que regula el uso legítimo de la fuerza por parte del personal del ejército y fuerza aérea mexicanos, en cumplimiento del ejercicio de sus funciones en apoyo a las autoridades civiles y en aplicación de la Ley federal de armas de fuego y explosivos", que fue publicada el 23 de abril de 2012 en el Diario Oficial de la Federación.

El Manual del uso de la fuerza de aplicación común a las tres fuerzas armadas. Uso de la fuerza. Este Manual define el uso de la fuerza como "la utilización de técnicas, tácticas, métodos y armamento, que realiza el personal de las fuerzas armadas, para controlar, repeler o neutralizar actos de resistencia no agresiva, agresiva o agresiva grave" (capítulo I, numeral 1).

Entre lo más relevante de dicho *Manual*... está, entre otros, que se recogen en gran parte de su contenido los principios sobre el uso de la fuerza establecidos a escala internacional.

Legítima defensa. Así, por ejemplo, encontramos que en el mismo instrumento se hace referencia a la legítima defensa y a los requisitos para la procedencia de dicha figura, que puede ser invocada por el personal militar en un momento dado. El concepto de legítima defensa se relaciona tanto con el Código Penal Federal como con la normatividad internacional aplicable con las que resulta congruente, y que puede operar como un excluyente de responsabilidad.

Uso indebido de la fuerza. En el manual se establece que se entenderá que hay un uso indebido de la fuerza cuando ésta se realice sin observar los principios y reglas previstas en las directivas y en este manual. En ese sentido, el manual precisa que se entiende por uso indebido de la fuerza aquel que no se apegue a la normativa nacional aplicable.

El manual, por otra parte, establece el deber del personal militar de hacer del conocimiento de la autoridad ministerial competente cuando haya un uso indebido de la fuerza para que proceda lo que corresponda conforme a la ley.

Requisitos y condiciones para el ejercicio del uso de la fuerza. Otro aspecto relevante del manual es que ordena que el uso de la fuerza se realice con estricto apego a los derechos humanos, independientemente del tipo de agresión, atendiendo a los principios de oportunidad, proporcionalidad, racionalidad y legalidad, principios que ya teníamos establecidos a escala internacional.

Igualmente, dicho instrumento normativo contiene una descripción de los niveles de resistencia del uso de la fuerza a emplear según corresponda a las circunstancias, tales como disuasión, persuasión, fuerza no letal y fuerza letal, así como las circunstancias en que es procedente el uso de la fuerza y el tipo de armas y mecanismos correspondientes; las medidas para disminuir posibles daños a terceros; los deberes y responsabilidades, incluidas las de los jefes y demás mandos militares, y las medidas a adoptar en caso de que se realicen acciones que constituyan un uso indebido de la fuerza.

Finalmente, en el manual también se precisan los protocolos de identificación de personal y material, así como los métodos de disuasión y persuasión a emplear.

Conclusiones

Las fuerzas armadas de México se encuentran vinculadas a distintos ordenamientos en torno a una compleja red jurídica en la cual se entrelazan disposiciones diversas derivadas de su condición de instituto armado del Estado mexicano, tanto en sus funciones internas como en las que le corresponden como sujeto del derecho internacional. En este sentido, nuestras reformas constitucionales sobre derechos humanos, el lugar preponderante de los tratados en dicha materia y de jurisdicciones internacionales vinculantes, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como regulaciones humanitarias y del derecho penal internacional, subrayan la im-

portancia de que nuestras fuerzas armadas no queden a la zaga de las exigencias de la sociedad mexicana y de la comunidad internacional.

De todo lo anterior se desprende que el uso de la fuerza por parte del personal de las fuerzas armadas se debe encontrar debidamente regulado por normatividad tanto nacional como internacional, en los que resultan comunes los principios de: *oportunidad*, que significa que se debe emplear en el momento en que se requiera; *proporcionalidad*, que implica usar la fuerza en la magnitud, la intensidad y la duración necesarias para lograr el control de la situación, atendiendo al nivel de resistencia o de agresión que enfrenten los integrantes de las fuerzas armadas; *racionalidad*, que implica que su utilización debe ser producto de una decisión en la cual se valore el objetivo que se persigue, las circunstancias de la agresión, las características personales y las capacidades, tanto del sujeto a controlar como del servidor público militar, y *legalidad*, que exige que su uso sea desarrollado con apego a la normatividad vigente y con respeto a los derechos humanos.

Por ello es importante destacar que, en el combate al crimen organizado en nuestro país, la actuación de las fuerzas armadas debe mantenerse en el ámbito de los derechos humanos y dentro de un marco legal adecuado conforme a los estándares antes mencionados, y mientras no se alcance el umbral necesario para aplicar el derecho internacional humanitario.

Dentro de este orden de ideas, es de destacar que constituye una obligación ineludible de los mandos militares conocer, capacitar y difundir entre su personal y subalternos la importancia y el carácter vinculante que tienen las normas internacionales, las del derecho internacional humanitario y las normas relativas a derechos humanos, con el objetivo de minimizar en gran parte el riesgo y los efectos del uso indebido de la fuerza por parte del personal militar, independientemente de la existencia o no de un conflicto armado,

máxime si en los últimos años se les ha encomendado el apoyo en la prestación del servicio de seguridad pública.

En ese sentido, la aplicación de la Ley de Seguridad Interior debe ir acompañada de un estricto control del uso de la fuerza y de mecanismos respetuosos de los derechos humanos; como se señaló en el texto, la ambigüedad del texto legal permite la actuación discrecional de las fuerzas armadas en materia de seguridad pública, lo que hace factible prever escenarios de vulnerabilidad en contra de los ciudadanos.

Las restricciones que su aplicación y su interpretación puedan generar a los derechos de libertad de expresión, reunión y acceso a la información son otro punto de interés que necesariamente debe ser objeto de análisis por parte de los tribunales, la academia y la sociedad en general.

El uso irracional y arbitrario de la fuerza puede ser consecuencia de la falta de protocolos claros sobre su uso, de insuficiencia de legislación penal y de justicia, o de inadecuada capacitación y falta de equipo del personal militar, entre otras causas, por lo que es ahí donde los altos mandos y las autoridades competentes tienen una gran tarea que realizar para prevenir el ejercicio del uso indebido de la fuerza, así como las medidas correctivas en caso de su comisión y la manera en que habrán de repararse los daños causados a las víctimas.

Fuentes

Becerra, M. (2006). *La recepción del Derecho Internacional en el Derecho Interno*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.

Camhaji, E. Y. (2016). *El País*. Obtenido de Año 11 de la guerra contra el narco. Disponible en: https://elpais.com/especiales/2016/guerra-narcotrafico-mexico/.

Cançado, A. P. (2003). *Las tres vertientes de la protección internacional de los derechos de la persona humana*. México: Porrúa.
Franco, M. E. (2017). *Uso de la fuerza por parte de los agentes del Estado. Análisis desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas/CNDH.
Moussa, J. (2008). "Can jus ad bellum override jus in bello? Reaffirming the Separation of the Two Bodies of Law". International Review of the Res Cross, 80(872), 963-990. Disponible en: https://www.icrc.org/eng/assets/files/other/irrc-872-moussa.pdf.
Portilla, J. M. (2002). "Análisis Jurídico de las operaciones de mantenimiento de la paz". (D. d. itam, Ed.) Revista Mexicana de Derecho Público (3), 185-201.
——— (2010). "Dos siglos de derecho internacional humanitario". En S. García Ramírez, El Derecho en México: dos siglos (1810-2010) pp. 781-846. México: Porrúa/Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM.
Portilla, J. y. (2017). "Las resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y su recepción en el sistema jurídico mexicano". En J. Sánchez Cordero, Centenario de la Constitución de 1917. Reflexiones de Derecho Internacional Público pp. 225-261. México: sre/Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM.

Normatividad internacional

Carta de las Naciones Unidas.
Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia **Fernández Ortega, Inés y otros** *vs.* **México.**
——— Sentencia *Rosendo Cantú, Valentina y otra vs. México*.
——— *Radilla Pacheco, Rosendo vs. México.*
——— Cabrera García, y Montiel Flores *vs.* México
——— Zambrano Vélez y otros *vs.* Ecuador
Comisión de Derechos Humanos, Decisión caso Nº 11382 Finca Exacta, Informe Nº 57/02 21 de octubre de 2002 (fondo).
Convenios de Ginebra y Protocolos Adicionales a los cuatro Convenios de Ginebra.

Resolución 34/169 de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, el 17 de diciembre de 1979.

Código de Conducta para Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley (FEHCL).

Normativa y práctica de los derechos humanos para la Policía. Manual Ampliado de Derechos Humanos para la Policía, de 2003.

Normatividad nacional

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ley Orgánica del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos.

Ley Orgánica de la Armada de México.

Ley Federal de Arma de Fuego y Explosivos.

Ley de Seguridad Interior.

Código de Justicia Militar.

Código Penal Federal.

Directiva que regula el uso legítimo de la fuerza por parte del personal del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos, en cumplimiento del ejercicio de sus funciones en apoyo a las autoridades civiles y en aplicación de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos.

Directiva 003/09 del 30 de septiembre de 2009, mediante la cual se regula el uso legítimo de la fuerza por parte del personal naval, en cumplimiento del ejercicio de sus funciones, en coadyuvancia al mantenimiento del Estado de Derecho.

Acuerdo Secretarial 27 por el que se reforma y adiciona la Directiva 003/09 del 30 de septiembre de 2009, mediante la cual se regula el uso legítimo de la fuerza por parte del personal naval, en cumplimiento del ejercicio de sus funciones, en coadyuvancia al mantenimiento del Estado de Derecho.

Manual del Uso de la Fuerza de aplicación común a las tres Fuerzas Armadas.

Trata de mujeres con fines de explotación sexual en México

Women trafficking for sexual exploitation purpose in México

Ivonne Thaili Millán Barajas

Licenciada en Derecho por la Universidad Latinoamericana, máster en Derechos Fundamentales por la Universidad Carlos III de Madrid, y máster en Estudios de Mujeres, Género y Ciudadanía con Especialidad en Mujeres, Trabajo y Políticas Públicas por la Universidad de Barcelona. Asesora jurídica en Disability Rights International. imillan@driadvocacy.org

RESUMEN: El tráfico de personas con fines de explotación sexual es un problema grave que aqueja a la sociedad mexicana. De hecho, es el tercer negocio más rentable en el mundo. Esto se ha logrado gracias a la alianza entre patriarcado y capitalismo. Por ello, en el presente ensayo evidenciaremos la lógica que opera detrás del crimen organizado para llevar a cabo la explotación sexual de mujeres, niñas y niños, principalmente.

Palabras clave: trata de mujeres, explotación sexual, patriarcado, capitalismo, delincuencia organizada, feminismo.

ABSTRACT: Human trafficking for sexual exploitation purpose is a serious problem that concerns Mexican society. In fact, it is the third most profitable business worldwide. This has been achieved thanks to the alliance between patriarchy and capitalism. Therefore, this essay will demonstrate the logic that operates behind organized crime to carry out the sexual exploitation of women, girls and boys, mainly.

Keywords: Women Trafficking, sexual exploitation, patriarchy, capitalism, organized crime, feminism.

SUMARIO: Introducción • I. La trata de mujeres con fines de explotación sexual desde la teoría de género • II. La trata de mujeres con fines de explotación sexual: Un reflejo cultural del machismo capitalista y su poderío • III. Las mujeres son capaces de hacer todo por amor. El enamoramiento como forma de captación • Conclusiones • Fuentes

Recibido: 18 de febrero de 2018. Aprobado: 13 de abril de 2018.

Introducción

Hablar de desaparición de personas y concretamente de mujeres es un tema que ha causado mucha ansiedad en la sociedad mexicana en los últimos años, como consecuencia del aumento de la delincuencia organizada en el país, pues por un lado está el narcotráfico, y por el otro lado la ola de feminicidios que se han perpetrado en la última década, sin dejar de mencionar las desapariciones forzadas a manos de autoridades mexicanas.

En ese sentido, hay que tener en cuenta que, con dichos antecedentes de violencia en México, cuando una persona desaparece lo más probable es que haya sido víctima de la delincuencia organizada. En el caso de los hombres, posiblemente sea para reclutarlos y que después formen parte de algún cártel de la droga; sin embargo, en el caso de las mujeres probablemente sea para prostituirlas o venderlas como esclavas sexuales, pues la trata de mujeres es el tercer negocio más rentable en el mundo.

En el presente trabajo se denuncia la estrecha relación que existe entre autoridades y delincuentes, quienes, unidos por un pacto entre varones, se disputan el poder territorial, económico, social y cultural de México, al tiempo que se ayudan mutuamente para cometer grandes atrocidades para su propio beneficio. Dentro de esta contradicción encontraremos que esto es posible gracias al legado del patriarcado.

La hipótesis central que se plantea es que la trata de mujeres con fines de explotación sexual es producto del capitalismo, por ser éste una manifestación del patriarcado. Para evidenciar esto se divide el presente trabajo en tres apartados.

En el primer apartado se aborda la trata de mujeres con fines de explotación sexual desde la teoría de género, empezando por la evolución del concepto de trata de personas, seguido por la definición y el alcance de la trata y el tráfico de personas. También se abordan

diferentes conceptos básicos desde una mirada de las teorías feministas, para finalmente hablar sobre el sistema sexo-género.

En el segundo apartado se analiza el documental "Trata de mujeres de Tenancingo a Nueva York: Documental por Discovery en Español" y, de manera paralela, se hace un análisis crítico de la cadena de valor que entretejen las mafias del crimen organizado respecto de la trata de mujeres con fines de explotación sexual.

Finalmente, en el tercer apartado se profundiza en el discurso que hay detrás de la captación de mujeres mediante el enamoramiento. La idea es ir uniendo los tres apartados y conocer hasta qué punto la ideología del patriarcado capitalista se ve reflejada en esta manera de reclutar mujeres para después esclavizarlas sexualmente.

I. La trata de mujeres con fines de explotación sexual desde la teoría de género

a) Evolución histórica de la trata de personas

La trata de seres humanos no es un fenómeno nuevo en nuestras sociedades del siglo XXI, sino tiene sus orígenes en la época de la esclavitud pues:

> *Durante el período colonial, las mujeres, principalmente las africanas e indígenas, eran traficadas como esclavas con un triple propósito: trabajar como mano de obra gratuita; la reproducción de esclavos, o sea, la producción de más mano de obra gratuita, y servir de objeto sexual* (Chiarotti, 2015, p. 1).

En América Latina la trata de mujeres y la prostitución surgieron con la colonización, cuando los españoles entregaban al vencedor mujeres como una especie de regalo. Gayle Rubin señala que: *El intercambio de regalos puede ser también el lenguaje de la competencia y*

rivalidad. Y en ese sentido, si las mujeres son los regalos, los asociados en el intercambio son los hombres (Rubin, 2000, pp. 108 y 110).

Como consecuencia de las guerras mundiales, la trata de personas y la prostitución forzada se intensificaron en Europa, fenómeno que atrajo la atención internacional, que lo denominó trata de blancas.

La legislación sobre la trata de personas, como actualmente se conoce, tiene sus orígenes en 1814, con el tratado de París, y posteriormente, en 1904, con el Acuerdo para la Represión de Tráfico de Mujeres Blancas. Sin embargo, se dice que el primer documento internacional de carácter influyente es la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 1948.

Curiosamente, las sociedades y las leyes se interesaron en combatir la trata cuando ésta afectó a las mujeres blancas europeas, no así mientras afectó durante años a las mujeres pobres, indígenas o negras de África y América Latina. Está de más decir que *El fenómeno tradicionalmente denominado 'trata de blancas' se refería a las mujeres europeas (blancas) trasladadas a países de Europa del Este, África y Asia para ser prostituidas* (Federación de Mujeres Progresistas, 2015, p. 35).

Esta situación refleja la disparidad que también existe entre mujeres, pues pareciera que unas tienen más derechos que otras, o que la tutela de los derechos para las mujeres blancas debe predominar sobre el de las mujeres que conforman los llamados "Feminismos periféricos" (Rodríguez, 2011, p. 23).

b) Definición y alcance de la trata de personas y el tráfico de personas

En algunas ocasiones se han llegado a confundir los términos de trata y tráfico creyendo que son sinónimos. Esta situación podría generar ambigüedad en los términos, vacíos legales, interpretaciones erróneas y un mal entendimiento de los conceptos, tanto para las víctimas de estos delitos como para las autoridades. Por ello es

necesario señalar, brevemente, sus definiciones y algunas características que los distinguen.

1. El Protocolo de Palermo, para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, define la *trata de personas* como:

> Artículo 3. Para los fines del presente Protocolo: a) Por "trata de personas" se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, **la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos;** b) El consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación intencional descrita en el apartado a) del presente artículo no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en dicho apartado; c) La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño con fines de explotación se considerará "trata de personas" incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado a) del presente artículo; d) Por "niño" se entenderá toda persona menor de 18 años (ONU, Organización de las Naciones Unidas, 2015) [El énfasis es propio].

Por su parte, México cuenta con una ley federal en materia de trata publicada en el Diario Oficial de la Federación el 14 de junio de 2012: La Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las

Víctimas de Estos Delitos. Esta ley abroga la anterior Ley para Prevenir y Sancionar la Trata de Personas.

Al ser una ley federal, uno de sus objetivos es determinar las competencias y la manera en que han de coordinarse el Gobierno Federal, los gobiernos estatales, el gobierno de la Ciudad de México y los gobiernos municipales para prevenir, investigar, perseguir y sancionar los delitos en materia de trata de personas.

El artículo 13 de la citada ley establece que quien se beneficie de la explotación de una o más personas a través de la prostitución, la pornografía, las exhibiciones públicas o privadas de orden sexual, el turismo sexual o cualquier otra actividad sexual remunerada será sancionado con pena de prisión de 15 a 30 años y de un mil a 30 mil días multa. En los subsecuentes artículos y hasta el artículo 20 se estipulan otros delitos relacionados con la trata de personas con fines de explotación sexual, así como sus sanciones.

Los medios mediante los que se pueden llevar a cabo esas conductas pueden ser el engaño, la violencia física o moral, el abuso de poder, el aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad, el daño grave o una amenaza de daño grave, la amenaza o el chantaje de denunciar su calidad migratoria a las autoridades mexicanas, o cualquier otro que provoque el sometimiento de la víctima. También, que la víctima tenga algún tipo de adicción, que exista una posición jerárquica o de confianza, o que haya una concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra o cualquier otra circunstancia que disminuya o elimine la voluntad de la víctima para resistirse.

2. El Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire define el "tráfico de personas" como:

> Artículo 3. Para los fines del presente Protocolo: a) Por "tráfico ilícito de migrantes" se entenderá la facilitación de la entrada ilegal de

> una persona en un Estado Parte del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material.

Es importante hacer algunas precisiones respecto de este fenómeno para no confundir trata y tráfico. En la trata de personas el bien jurídico en juego es la vida, la libertad, la integridad física y sexual, la dignidad humana y la seguridad de las personas; mientras que el tráfico de personas es un delito que atenta contra el Estado.

Las personas víctimas de trata pudieron haber consentido su traslado, mas no su explotación. La documentación que se utiliza para trasladarlas puede ser lícita o ilícita. Por su parte, las personas migrantes consintieron voluntariamente su traslado y existe un cruce de fronteras de manera irregular. Por el contrario, la trata de personas puede darse dentro de un mismo territorio o puede existir un cruce de fronteras.

Las víctimas de trata casi siempre se ven impulsadas a desplazarse a otro sitio motivadas por una necesidad económica, situación que es aprovechada por los tratantes, quienes utilizan el engaño y la manipulación para explotarlas. Así también, los motivos de las personas migrantes casi siempre son por una urgencia económica.

La relación o el vínculo entre las víctimas y sus tratantes es continuada en la mayoría de los casos, mientras que el vínculo o la relación entre las personas migrantes y el traficante es temporal, pues termina una vez que las personas migrantes han llegado al destino por el que pagaron.

Las personas migrantes son, en su mayoría, hombres. Por el contrario, Las principales personas sometidas a la trata son mujeres, niñas y niños, y en menor medida hombres. De hecho,

> Se considera que los grupos más vulnerables a la trata de personas en México son las mujeres, los menores, los indígenas, las personas

con discapacidades físicas e intelectuales, los migrantes y las personas lesbianas, gays, bisexuales, transgénero e intersexuales (LGBTI) (Embajadas y Consulados de Estados Unidos en México, 2017).

Tan sólo en 2016 se alertó que el 93% de las víctimas de trata fueron mujeres, y el 26% menores de edad (CNDH, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2016).

Un tercer concepto que, en algunas ocasiones, se confunde con estos otros es la prostitución. Se puede decir que existe la prostitución libre y consentida que se ejerce como un medio laboral para obtener un ingreso; sin embargo, existe la prostitución forzada, que es aquella que no se ejerce de manera libre y autónoma sino es impuesta por alguien más. La trata de personas con fines de explotación sexual siempre trae aparejada una prostitución forzada, no así la trata de personas, ya que, como se desprende del artículo citado, existen distintos tipos de trata de personas.

c) Conceptos básicos de la trata de personas desde las teorías feministas

Conviene, para el desarrollo de la presente investigación, definir patriarcado y capitalismo, por ser dos conceptos elementales que ayudarán a sostener los argumentos en torno a la trata de mujeres con fines de explotación sexual en México.

Heidi Hartmann define al patriarcado como:

> *Un conjunto de relaciones sociales entre los hombres que tienen una base material, y aun cuando son jerárquicas, crean o establecen interdependencia y solidaridad entre los hombres y los capacitan para dominar a las mujeres. Aunque el patriarcado es jerárquico y los hombres de diferentes clases, razas o grupos étnicos ocupan diferentes puestos o lugares en él, están unidos para compartir su relación*

> *de dominación sobre las mujeres; ellos son dependientes unos de otros para mantener tal dominación* (Hartmann, 1987, p. 128).

Gayle Rubin señala que, según Marx, el capitalismo:

> *Es un conjunto de relaciones sociales —formas de propiedad, etcétera— en que la producción adopta la forma de conversión de dinero, las cosas y las personas en capital. Y el capital es una cantidad de bienes o de dinero que, intercambiada por trabajo, se reproduce y se aumenta a sí misma extrayendo trabajo no pagado, o plusvalía, de la mano de obra para sí misma* (Rubin, 2000, pp. 98 y 99).

A esta definición tradicional se le puede añadir que *El capitalismo, además de ser un sistema de producción, ha devenido una construcción cultural* (Valencia, 2010, p. 50).

Una parte de la antropología feminista ha revelado que el patriarcado puede tener sus orígenes desde épocas primitivas. No obstante, por no haber un consenso respecto a si el patriarcado surgió antes que el capitalismo o si fue al revés, se propone el uso del término patriarcado capitalista (Valcárcel, 2013, p. 67).

En ese sentido, tomando en cuenta la definición de capitalismo, se puede sostener que la trata de mujeres con fines de explotación sexual es producto de éste. Si no hubiera una demanda de sexo, la explotación sexual no tendría razón de ser.

Sayak Valencia propone el término de *capitalismo* gore para referirse *A la reinterpretación dada a la economía hegemónica y global en los espacios* (geográficamente) *fronterizos* (Valencia, 2010, p. 15). Valencia utiliza el término cinematográfico gore para referirse a la violencia extrema y tajante. El capitalismo para esta autora se refiere a cuerpos que son vistos como productos intercambiables, en otras palabras, como mercancía.

d) La feminidad y la masculinidad en el sistema sexo-género

Durante siglos, las mujeres han sufrido grandes opresiones, vejaciones, humillaciones y malos tratos por parte de los varones. Estas formas de comportamiento se han arraigado en las culturas patriarcales donde las mujeres no son vistas como personas, sino como objetos.

Esa ideología ha perdurado en el tiempo y ha pasado de generación en generación. Curiosamente, no está limitada a un territorio determinado o a un nivel económico particular. La creencia de la inferioridad femenina y la superioridad masculina está incrustada en casi todas las culturas y sociedades.

Desde la antigüedad y hasta nuestros días las diferencias entre unos y otras han estado presentes, en la historia, en la economía, en la cultura, en la religión, en la filosofía, en la psiquiatría y en muchas otras disciplinas. De esta forma *Se produce así un círculo fatídico entre saber y género: los científicos, en sus afirmaciones sobre el género y sobre la relación entre los sexos se limitan a los prejuicios que les inculcaron desde la cuna* (Puleo, 2000, p. 28).

Los griegos consideraban que las mujeres eran más débiles que los hombres porque su cuerpo, según ellos, era imperfecto, era un defecto natural. La educación de ellas se limitaba a tener un esposo, cuidar del hogar y de sus hijos. De hecho *fueron pocas las mujeres que recibieron una educación que se extendiera más allá de prepararlas para desempeñar la función primordial de su vida: el matrimonio* (Fuente y otra, 2003, p. 15). Fue en esa época cuando se comenzó a hablar de dos esferas de actuación: la pública, reservada para el dominio masculino, y la privada, reservada para el dominio femenino (Fuente y otra, 2003: 21).

En la época romana, la situación de las mujeres no era tan distinta, pues, a pesar de que recibían una formación más allá de lo tradicional y de que realizaban distintos tipos de trabajos, el matrimonio

y la maternidad eran parte de su formación. En la Edad Media, las ideas de las épocas pasadas se reforzaron y terminaron por consolidarse, con lo que se perpetuó una sociedad machista y patriarcal.

La relación sexual, a partir de esta época, fue una prioridad para los hombres, así que impusieron reglas y principios de comportamiento para evitar que las mujeres "provocaran" sexualmente a los hombres. Sin embargo, ese ideal de feminidad impuesto y transmitido hasta nuestros días, en casi todas las culturas, ha sido uno de los factores que han desencadenado la demanda de sexo por parte de los hombres. Lydia Cacho, en una de sus narrativas al visitar Turquía, revela que *Fuentes locales aseguran que en Turquía, al igual que en la mayoría de los países musulmanes, la doble moral para la sexualidad favorece la prostitución y la infidelidad* (Cacho, 2010, 90).

Rousseau, en su obra *Emilio*, ya había determinado cómo debía ser la educación tanto para Sofía como para Emilio, cuando señala que:

> *El hombre y la mujer no tienen ni deben tener una constitución semejante de temperamento y carácter, se sigue, por supuesto, que no deben educarse de la misma manera. Han de actuar de concierto en la persecución de las instrucciones de la naturaleza, pero no deben ocuparse de las mismas tareas; el fin de sus propósitos debe ser el mismo, pero los medios que tienen que utilizar para conseguirlos y, en consecuencia, sus gustos e inclinaciones, han de ser diferentes* (Wollstonegraft, 1994, pp. 217 y 218).

Esta clase de educación ya se había establecido con anterioridad, pero sus argumentos se vieron reforzados con la ayuda de la psiquiatría, la filosofía, la medicina y muchas otras disciplinas lideradas por hombres.

La clase de educación que Rousseau plantea está orientada a confirmar las ideas del deseo sexual como inherentes a la naturaleza del hombre, y en la mujer lo que hoy conocemos como amor romántico

o amor conyugal, como lo llamaría Marcela Lagarde, pues, según el autor:

> *El hombre y la mujer se hicieron el uno para el otro, pero su dependencia mutua no es la misma. Los hombres dependen de las mujeres sólo en virtud de sus deseos; las mujeres dependen de los hombres tanto en virtud de sus deseos como de sus necesidades. Nosotros podríamos subsistir mejor sin ellas que ellas sin nosotros.*
>
> *Por esta razón, la educación de las mujeres siempre debe ser relativa a los hombres. Agradarnos, sernos de utilidad, hacernos amarlas y estimarlas, educarnos cuando somos jóvenes y cuidarnos de adultos, aconsejarnos, consolarnos, hacer nuestras vidas fáciles y agradables; estas son las obligaciones de las mujeres durante todo el tiempo y lo que debe enseñárseles en su infancia* (Wollstonegraft, 1994, p. 218).

Los roles estereotipados de género responden a esa educación, pues, como se describió anteriormente, se educa a las mujeres para que su única aspiración en la vida sea el matrimonio. Se les enseña que deben ser dóciles, sumisas, comprensivas y tolerantes con los del sexo opuesto. También para que amen y entreguen todo por amor sin cuestionar nada. Por el contrario, a los hombres se les enseña a mandar y a dominar, se les dice que ellos son los hábiles, los fuertes y los independientes. Su única tarea es probar su masculinidad y virilidad mediante el uso del poder, la manipulación y la fuerza física, aunque no siempre como último recurso. Gerda Lerner manifiesta que:

> *La dominación masculina es un fenómeno histórico en tanto que surgió de una situación determinada por la biología y que, con el paso del tiempo, se convirtió en una estructura creada e impuesta por la cultura* (Lerner, 1990, p. 25).

Los hombres han manipulado toda la información a su alcance y con ello han implantado una ideología que los sitúa por encima de las mujeres y les permite manipularlas, reprimirlas, abusar de ellas y dominarlas. Desde que un hombre nace es informado de su importancia y superioridad en la sociedad, se le dice la forma en que debe actuar y también en la que no debe hacerlo.

El proceso de aprendizaje de los hombres al haber sido educados de esa forma y su comprobación en la sociedad los conduce a tener que reproducir los roles aprendidos y en su obsesión por conseguir el reconocimiento de otros varones son capaces de todo.

II. La trata de mujeres con fines de explotación sexual: Un reflejo cultural del machismo capitalista y su poderío

Se puede afirmar que, dada esa educación, los hombres reconocen su hombría y consuman su virilidad a través del negocio de la trata de mujeres con fines de explotación sexual.

El documental "Trata de mujeres de Tenancingo a Nueva York" versa sobre la experiencia de tres mujeres víctimas de trata en México. En síntesis, se describe el *modus operandi* de los tratantes. Se señala que los hombres de Tenancingo utilizan una técnica profesional de amor romántico para engañar a las mujeres y posteriormente lucrar con su cuerpo.

En él aparece "el John", un padrote (proxeneta) con más de 25 años de experiencia en el negocio de la trata de mujeres, quien afirma que "cuando tú enamoras a una mujer ella es capaz de hacer todo por amor".

Se dice que cada año en Tenancingo los proxenetas organizan un festival con motivo del negocio de la trata y que es parte de su cultura. En él, los hombres, para demostrar su valentía, deben golpearse con látigos y soportar el dolor.

Asimismo, se comenta que los padrotes llevan una esclava de oro con su nombre grabado y el nombre de todas las niñas y mujeres que "les pertenecen". Se dice que los símbolos arquitectónicos de sus casas demuestran su riqueza, pero también el número de niñas y mujeres que han logrado engañar y vender.

En una parte del documental, la entonces presidente de la asociación Unidos contra la Trata dice con preocupación: *¿A dónde vas y pides ayuda? si los clientes son abogados, jueces, policías, autoridades. Si ellos, que debían protegerlas son quienes las están violando*. Con esta declaración vemos el reflejo de la corrupción, de la impunidad y del poder patriarcal en su máxima expresión. Esto nos conduce a identificar a los principales agentes que están envueltos en las redes de trata de mujeres, así como las razones por las que participan y cooperan con las redes de delincuencia.

La trata de mujeres con fines de explotación sexual es

> *Hoy día el tercer negocio ilícito más lucrativo del mundo, sólo superado por el tráfico de drogas y de armas, y cada año genera ganancias que van de 32,000 a 36,000 millones de dólares, aproximadamente, según estimaciones del Foro de Viena para combatir la trata de personas, organizado por diversas agencias de las Naciones Unidas* (CNDH, 2013, p. 15).

Así, siguiendo los aportes de Magdalena González (2009) con relación a los factores claves para la existencia de la prostitución, se puede decir que para la existencia de la trata de mujeres (con fines de explotación sexual), los siguientes elementos serían indispensables:

a. El sistema patriarcal. Lydia Cacho manifiesta que:

> *A las mujeres y niñas se las compra, vende y regala, o se las secuestra, alquila, presta, viola, tortura y asesina. La noción de mujer como objeto de placer está siempre presente en la biografía de las agrupa-*

> *ciones criminales japonesas denominadas yakuzas, las triadas chinas, las mafias italianas, rusas y albanesas, así como en los cárteles de la droga latinoamericanos. El poder económico y político precisa del placer sexual para existir. De acuerdo con los códigos machistas, las mujeres son valoradas como objetos y no como personas* (Cacho, 2010, pp. 22 y 23).

En ese entendido, el sistema patriarcal en México legitima el uso de las mujeres como objeto, pues no tienen valor como seres humanos. Esto es una clara manifestación de la cultura machista mexicana. Según Carlos Monsiváis, el término machismo cuenta entre sus características *La indiferencia ante el peligro, el menosprecio de las virtudes femeninas y la afirmación de la autoridad en cualquier nivel* (Monsiváis, 2000, p. 9).

Por otro lado, respecto a la simbiosis entre cuerpo y mercancía, Beatriz Preciado señala que

> *Una cronología de las transformaciones de la producción industrial del último siglo desde el punto de vista del que se convertirá progresivamente en el negocio del nuevo milenio: la gestión política del cuerpo, del sexo y de la sexualidad* (Preciado, 2008, p. 26).

En el documental vemos claramente la relación entre patriarcado y capitalismo cuando "El John" dice *el padrote soy yo, el que administra soy yo, ellas no tienen derecho a nada... Aquí el que maneja la lana soy yo*.

b. El capitalismo en su fase neoliberal y la globalización. Se dice que con la caída del comunismo y el fin de la guerra fría se dio un proceso globalizado tecnológico, político, cultural y económico donde, a través de este cúmulo de cambios, diversos países del mundo unieron sus mercados y dieron paso al libre comercio. El capricho por consumir no solamente se debe a la apertura de

las fronteras, sino también a un proceso de culturalización que trae consigo un mensaje subliminal de poder. En otras palabras, la idea de que quien tiene un cierto poder adquisitivo obtiene un estatus que lo faculta a mandar y a que lo obedezcan está sumamente interiorizada en la cultura mexicana.
Gilles Lipovetsky (2007) señala que

> *El capitalismo de consumo no nació automáticamente con las técnicas industriales capaces de producir mercancías estandarizadas en grandes series. Es también una construcción cultural y social que requirió por igual la "educación" de los consumidores y el espíritu visionario de los empresarios creativos, la "mano visible de los directivos"* (p. 24).

Paralelamente a esa "mano visible de los directivos", la participación de los medios de comunicación ha sido brutal, pues se dedican a sexualizar a las mujeres en sus medios informativos, a utilizar un lenguaje sexista y a invisibilizarlas cuando no se trata de cuerpos desnudos o semidesnudos que puedan ganar suscriptores y ganancias. Todo ello implica la cosificación de la mujer en calidad de adorno, trofeo o premio, y la transmisión de un claro mensaje.

El poder de manipulación que los medios de comunicación tienen sobre la población mexicana es muy alto; por eso no debe extrañarnos que los varones aspiren a tener un auto deportivo y una mujer voluminosa de copiloto, por ejemplo, y para lograrlo fácil y rápido optan por unirse a la delincuencia.

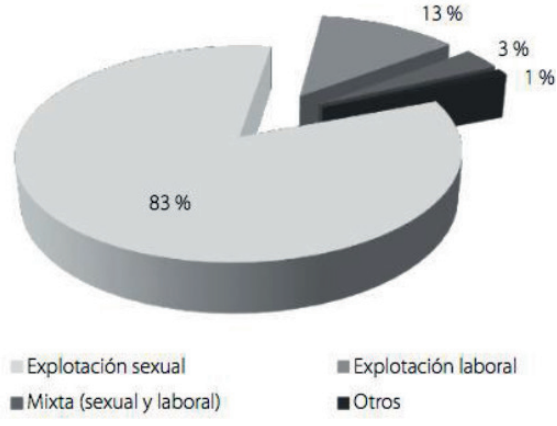
La lógica que opera detrás de esa supuesta necesidad de comprar, de tener, de adquirir es que:

> *El consumo se tiene a sí mismo como algo que permite librarse del desprecio social y de la imagen negativa de uno mismo. La obsesión por consumir, observable en nuestros días incluso en las poblacio-*

nes marginales, transparenta no sólo el poder sin precedentes de la comercialización de los modos de vida, sino también la insólita intensidad de las frustraciones en relación con los modelos de vida dominantes, así como una exigencia ampliada de consideración y respeto, típica del individualismo expresivo que fomenta la fase del post-fordismo: al individuo le importa cada vez más no sentirse rebajado, herido en su dignidad (Lipovetsky, 2007, p. 183).

c. La demanda del tratante cliente. Como resultado de los procesos de mercantilización del cuerpo femenino encontramos que existe una creciente demanda de sexo por parte de los varones. Esto ocasiona que, mientras más demanda exista, las redes de tratantes de personas en el mundo activen sus procesos. Como ejemplo se muestra el siguiente gráfico:

Gráfica 4
Modalidad de explotación (total)



Fuente: CNDH, 2013: 133

Una de las posibles razones por las cuales surge este fenómeno mundial de demanda sexual puede ser por el síndrome falocéntrico. De Beauvoir, en el capítulo relativo a la infancia de su gran obra *El segundo sexo*, habla detalladamente de las ideas que componen dicho síndrome. En esencia, señala que, desde la niñez, a los niños los convencen de ser superiores a las niñas, y que ese don encarna en su pene. Este es un símbolo de orgullo que se acentúa en la pubertad donde su virilidad es como un desafío frente al resto de los varones. Así pues:

> *El joven reivindica sus tendencias eróticas porque asume alegremente su virilidad; en él, el deseo sexual es agresivo, prensil; supone una afirmación de su subjetividad y de su trascendencia; presume ante sus compañeros; su sexo es para él una turbación de la que está orgulloso; el impulso que le lanza hacia la hembra es de la misma naturaleza que el que le arroja hacia el mundo, por lo que se reconoce en él* (De Beauvoir, 1998, p. 69).

Victor Malarek, autor de *The Johns: Sex for Sale and the Men Who Buy It*, sostiene que:

> *La prostitución no es un asunto de la sexualidad femenina, es una creación masculina. Si los hombres alrededor del mundo no demandaran sexo pagado no habría necesidad de acorralar, quebrantar y someter a millones de mujeres y niñas en esta existencia deshumanizante* (Cacho, 2010, preámbulo).

Teresa C. Ulloa (2011) agrega que:

> *Son los clientes quienes, a través de la demanda de prostitución, representan el incentivo económico para los tratantes de mujeres, jóvenes y niñas con propósitos de explotación sexual, y que son los per-*

petradores de una forma más de violencia, y que en la misma forma que los violadores, los golpeadores y los narcotraficantes, también los clientes deben ser sometidos al imperio de la ley (p. 309).

d. El tratante reclutador. Uno de los agentes con mayor poder es el proxeneta (padrote). Esta figura sigue la línea de los sistemas de parentesco, en los que se establece que los hombres tienen derechos sobre las mujeres, a quienes pueden intercambiar haciendo uso de esas potestades. Conviene recordar, además de las ideas del amor romántico, que:

Los sistemas de parentesco se basan en el matrimonio; por lo tanto, transforman a machos y hembras en "hombres" y "mujeres", cada uno una mitad incompleta que sólo puede sentirse entera cuando se une con la otra (Rubin, 2000, p. 114).

Así, afirmando su hombría, respaldada por el sistema patriarcal, los proxenetas hacen de un delito un negocio que además de riqueza les brinda respeto, reconocimiento y poder. Dentro de estas actividades se enorgullecen de ser hombres, se sienten legitimados y empoderados para hacer lo que les venga en gana. Tienen la suficiente influencia económica para poder corromper cualquier sistema gubernamental. *También existe otra paradoja, creada por los sujetos endriagos: algunos de ellos se vuelven sujetos carismáticos para la población civil, la cual les iconiza y respeta* (Valencia, 2010: 68)

El "padrote" en México es una figura que se respeta y se idolatra y, en consecuencia, "su trabajo" también. Al igual que el narcotráfico, la trata de mujeres en Tenancingo (y en el resto del mundo) es percibida por los delincuentes como un trabajo y no como un delito o un atentado contra los derechos humanos de las víctimas. Los proxenetas, como "el John", se perciben a sí mismos como los

proveedores, sea para satisfacer sus propios deseos y necesidades, sea para las de sus familias.

Uno de los hechos más lamentables de todo es que los proxenetas son un modelo a seguir. En el documental se dice que el 30% de la población está ligada a ese comercio y que uno de cada cinco niños dice que quiere ser padrote cuando sea grande.

e. Los Estados y la participación de algunos sectores gubernamentales. Para que el negocio de la trata funcione se requiere toda una cadena de personas que participen. Por eso ya se mencionó al patriarcado como figura base del problema en el cual también aparece el capitalismo. Dentro de éste, encontramos diversos agentes que contribuyen a facilitar la consumación de diversos delitos. Los empresarios, los medios de comunicación, los clientes, los proxenetas, y entre ellos también están las autoridades.

Gráfica 5

Fuente: CNDH, 2013: 34

La figura anterior muestra la forma en la que las mujeres son violentadas por diversas personas y en varias etapas. Esa cadena de explotación y sufrimiento no termina con el cliente explotador, sino es un círculo que no termina hasta que las víctimas mueren, son rescatadas, logran escapar, pagan la supuesta deuda adquirida o son desechadas como mercancía inservible.

El diagrama también es útil para evidenciar que si existe la trata de mujeres es porque las autoridades están coludidas con el crimen organizado. "En un caso documentado por una comisión de derechos humanos estatal, los responsables del delito de trata resultaron ser servidores públicos de una corporación policial" (CNDH, 2013: 48).

En el informe de tráfico de personas del año 2017, la Embajada de Estados Unidos ha denunciado que:

> *A pesar de que constantemente se informó sobre la complicidad generalizada de las autoridades, no hubo informes sobre investigaciones, enjuiciamientos ni condenas de empleados gubernamentales cómplices de trata en 2016; el gobierno no ha condenado a ningún funcionario cómplice desde 2010. Algunos funcionarios exigen sobornos y servicios sexuales de adultos dedicados a la prostitución y menores víctimas de trata sexual; extorsionan a migrantes irregulares, incluso a víctimas de trata de personas; falsifican los documentos de las víctimas; amenazan con enjuiciar a las víctimas si no denuncian formalmente a los tratantes; aceptan sobornos de los tratantes; facilitan el cruce de las víctimas por las fronteras; dirigen o frecuentan los prostíbulos en los que se explota a las víctimas, y no intervienen ante la comisión de delitos relacionados con la trata de personas, incluso en establecimientos de explotación sexual comercial* (Embajada y consulados de Estados Unidos en México, 2017).

Incoherentemente, la criminalidad es una situación que beneficia al país; un claro ejemplo es el narcotráfico, que representa una gran

parte del PIB de México. En ese sentido, la trata de mujeres también deja grandes ganancias, aunque principalmente es para quienes se sitúan dentro de dicho negocio.

Asimismo, Sayak Valencia señala que el problema entre autoridades y delincuentes no es perseguirlos para velar por la seguridad de la ciudadanía, sino que los persiguen por su evasión de impuestos. Otro aspecto que la autora resalta es la lucha entre estos grupos por el monopolio del poder, y dice que:

> *Por ello, ante la coyuntura contextual del México actual y su desmoronamiento estatal, es necesario visibilizar las conexiones entre el estado y la clase criminal, en tanto que ambos detentan el mantenimiento de una masculinidad violenta emparentada a la construcción de lo nacional. Lo cual tiene implicaciones políticas, económicas y sociales que están cobrando en la actualidad un alto número de vidas humanas dada la lógica masculinista del desafío y de la lucha por el poder y que, de mantenerse, legitimará a la clase criminal como sujeto de pleno derecho en la ejecución de la violencia como una de las principales consignas a cumplir bajo las demandas de la masculinidad hegemónica y el machismo nacional* (Valencia, 2010, pp. 39 y 40).

III. Las mujeres son capaces de hacer todo por amor. El enamoramiento como forma de captación

Son diversas las maneras como se puede captar a una persona para explotarla sexualmente, *las promesas laborales, oportunidades de cambiar la vida, seducción sentimental, rapto* (Torres, 2010, p. 44). No obstante, debido a la relación de desigualdad que existe entre hombres y mujeres, y a que vivimos en una sociedad heteronormativa, son ellas quienes se hacen más propensas a ser captadas me-

diante estas nuevas formas de esclavitud, y una de las principales es la captación por seducción sentimental.

En apartados anteriores se ha hablado de la situación de las mujeres en distintas fases de la historia; se ha hecho referencia al pensamiento dominante para evidenciar los argumentos mediante los cuales las mujeres han sido consideradas inferiores a los hombres. También está la manera como se han construido las sociedades y se ha establecido lo que es apto y no apto para unos y otras, las maneras de ser y de comportarse e incluso hasta lo que ellas han de poder desear y lo que no.

Los roles estereotipados de género cumplen una función muy importante en el tema de la trata de personas con fines de explotación sexual. Los hombres, por estar acostumbrados a ser los protagonistas y la medida de todas las cosas, se hallan en una posición superior y privilegiada respecto de las mujeres.

Enrique Dussel explica lo que es la mujer en dicha situación milenaria de opresión y señala:

> 1) *"Objeto", primeramente sexual, es decir, objectum, lo que está arrojado delante, especialmente sexual. La sexualización de la mujer en todas sus relaciones va a ser una manifestación de su opresión.* 2) *"Madre y educadora de los hijos". Sólo ella y no el varón. Por supuesto, madre sólo ella será, pero educadora de los hijos, vamos a ver por qué es sólo ella en el 99% de los casos. Esto va a ser un signo más de opresión.* 3) *"Ama de casa", es decir, señora, posesora, pero se la deja ser poseedora de aquello que está cerrado, porque es la "casa", mientras que la gran casa que es la sociedad económica, política, cultural, le está vedada, en gran parte, al ser "ama de su sola casa"; mientras que él, el varón, es el amo de todo, donde la casa es parte y pasa a veces a ser secundaria aun para él (...)* 4) *"La mujer es por mediación del varón". En la medida en que él se realiza, ella se realiza. El ser es lo unívocamente masculino, la especie humana es el hombre. La mu-*

> *jer, sólo un momento adyacente y, como la llama Simone de Beauvoir, el segundo sexo; mientras que cuando se habla de sexo en general es el masculino* (Dussel, 1998, p. 21).

Que las mujeres sean consideradas como objeto sexual, madres, esposas (amas de casa) y como la mediación del varón es el reflejo del sistema patriarcal construido por y para hombres. A lo largo de la historia se les ha enseñado a las mujeres cuál es su lugar en el mundo y cuáles son sus funciones; desde niñas se las viste de determinado color, y sus juguetes son el primer contacto hacia lo que será su vida. Se les da una educación como la que proponía Rousseau y, entonces, crecen creyendo en cuentos de hadas, en príncipes azules que vienen a rescatarlas de todas sus desgracias. Creen en el amor a primera vista, en las promesas de amor de un desconocido, interiorizan que les hace falta, su complemento, su media naranja.

Los hombres, por el otro lado, conscientes de eso, se aprovechan de la inocencia de muchas mujeres y comienzan a seducirlas. El documental "Trata de mujeres de Tenancingo a Nueva York" es un claro ejemplo; las historias de las jóvenes captadas por la delincuencia organizada tienen un común denominador: Un hombre que las conquista, les habla bonito, las llena de regalos, les hace promesas de amor eterno y finalmente las convence para alejarse de su casa, de su familia e irse a vivir con él.

Como *Las mujeres hemos sido configuradas socialmente para el amor, hemos sido construidas por una cultura que coloca el amor en el centro de nuestra identidad* (Lagarde, 2001, 12), es normal que sueñen con cumplir los mandatos de género que otros han elegido para ellas, que aspiren a llegar a ser la mujer perfecta. Si retomamos los cuatro puntos de Dussel veremos claramente la manera en que las mujeres han sido configuradas como seres de amor, para dar y entregar sin medidas.

En el centro de la vida de las mujeres se halla el amor, es este su pilar y eje fundamental. Las mujeres han de agradar al varón, complacerlo, llenarlo de atenciones y cuidarlo. De cumplir con eso, pueden aspirar a que éste también las ame, y ser amadas es algo que también se encuentra dentro de los mandatos socioculturales en México y en otras partes del mundo. La figura idealizada del amor implica pensar en el clásico "vivieron felices para siempre" o "que la muerte los separe". Por eso, las mujeres, que han crecido en una cultura que transmite y perpetúa estas ideas, confían en lo que un hombre les dice, y es ahí donde, sin saberlo comienza su cautiverio.

Conclusión

La trata de personas con fines de explotación sexual no es un tema reciente, ha estado durante décadas en las agendas políticas de los países del mundo. Sin embargo, ha sido en años muy recientes cuando se ha visto como un problema más serio. Incluso, apenas en 2013 la Asamblea General de las Naciones Unidas propuso el 30 de julio como Día Mundial contra la Trata de Personas; es decir, desde hace sólo unos pocos años el tema se hizo más visible a escala mundial.

Las cifras con que se cuenta son escasas y en muchos casos sólo son estimaciones de la gravedad del asunto, pues no existen registros que contengan los datos del número de personas víctimas del delito de trata de personas en sus diversas modalidades. De hecho, hasta pareciera que existe una renuencia a contar con una base que proporcione esta información, pues ya se ha alertado en un sinfín de ocasiones la estrecha relación entre autoridades y crimen organizado.

Hablar de trata de personas con fines de explotación sexual no es fácil, mucho menos para las personas víctimas de dichas atrocidades. No obstante, parece que el gobierno mexicano, lejos de contribuir a erradicar el problema, hace todo lo contrario, pues, en vez de aumentar el presupuesto para la investigación, persecución,

sanción y erradicación del problema, ha reducido el presupuesto desde el año 2016.

Las medidas que se toman desde los órdenes de gobierno están limitadas a manejar el tema de la trata de personas desde un ámbito puramente legal, y no se han hecho campañas municipales, estatales y federales sobre lo que es la trata de personas, las formas en que las bandas criminales operan y los sitios adonde se puede acudir cuando se sospecha que alguien está siendo seducida o captada por las mafias.

El asunto también tiene mucho que ver con la calidad de la educación. En las aulas se siguen perpetuando los roles de género en todos los niveles. A pesar de que uno de los ejes del actual Gobierno Federal es incorporar la perspectiva de género en la educación, los docentes aún no están capacitados en materia de derechos humanos ni en materia de género.

Las desigualdades sociales que aún existen en México son otro factor que contribuye a que el crimen organizado pueda seguir delinquiendo. Los perfiles de las víctimas siempre tienen un común denominador, están buscando mejores oportunidades de vida, mayores ingresos, o tratan de alejarse de entornos violentos y por eso caen en las redes criminales.

Por lo que respecta a la alianza entre patriarcado y capitalismo, se puede afirmar que la saturación de nuevos productos y las estrategias de marketing inclinadas a crear nuevas necesidades y nuevos deseos en las sociedades han contribuido a perpetuar las ideas misóginas sobre el cuerpo femenino. La cosificación del cuerpo femenino resulta ser una inversión donde sólo interesa la ganancia que pueda dejar su explotación. Hechos que contribuyen a lanzar un mensaje claro: el cuerpo de las mujeres es para uso y disfrute masculino, lo que implica su anulación como personas, como seres humanos garantes de derechos fundamentales como la vida, la integridad física, sexual y emocional, la libertad, la dignidad humana, etcétera.

La trata de mujeres con fines de explotación sexual vulnera sus derechos inherentes al ser humano, como una vida libre de violencia, no sufrir tratos crueles, inhumanos o degradantes, disfrutar de los derechos sexuales y reproductivos, es decir, la propia libertad sexual, el libre desarrollo de la personalidad, entre muchos otros. Las niñas y los niños ven ultrajados sus derechos a vivir una vida libre de violencia, a garantizar su bien superior, a tener una familia, a tener cuidados, a ir a la escuela, a tener una adecuada salud, entre muchos otros.

Por ello es urgente crear medidas complementarias que tomen en cuenta la estructura patriarcal en que vivimos, ya que sólo así seremos capaces de observar aquello que pasaba inadvertido. Sólo así seremos capaces de salvaguardar la vida y la dignidad de miles de mujeres, niñas y niños y de acabar con las redes de delincuencia que operan en México.

Fuentes

Beauvoir, Simone de. *El segundo sexo*. Madrid: Editorial Cátedra, 1998.

Cacho, Lydia. *Esclavas del poder*. México: Editorial Debate, 2010.

CNDH. *Diagnóstico sobre la situación de la trata de personas en México*. México, 2013.

Fuente, María Jesús y otra. *Las mujeres en la Antigüedad y la Edad Media*. España: Editorial Anaya, 2003.

Hartmann, Heidi. *El infeliz matrimonio entre marxismo y feminismo*, 1987. Cuadernos del Sur. No. 5. Pp. 113-157

Lagarde, Marcela. *Claves feministas para la negociación en el amor*. Managua: Puntos de encuentro, 2001.

Lipovetsky, Gilles. *La felicidad paradójica. Ensayo sobre la sociedad de hiperconsumo*. Traducción de Antonio-Prometeo Moya. Barcelona: Editorial Anagrama, 2007.

Preciado, Beatriz. *Testo yonqui*. España: Editorial Espasa Forum, 2008.

Puleo H. Alicia. *Filosofía, género y pensamiento crítico.* Universidad de Valladolid. Serie Filosofía, Colección: Acceso al Saber, 2000.
Valcárcel, Amelia. *Sexo y filosofía*. Madrid: Editorial horas y Horas, 2013
Valencia, Sayak. *Capitalismo gore*. España: Editorial Melusina, 2010.
Wollstonegraft, Mary (1994). *Censuras a algunos de los escritores que han hecho de las mujeres un objeto de piedad cercano al desprecio en Vindicación de los derechos de la mujer.* Madrid: Cátedra. Instituto de la Mujer. (Sección I y II). 1792. Edición de Isabel Burdier.

Otras referencias

Chiarotti, Susana. "Trata de mujeres: Conexiones y desconexiones entre género, migración y derechos humanos". *Inter-Forum.* Disponible en: http://www.revistainterforum.com/espanol/pdfes/020703CLADEM.pdf. Consultado: 12 de enero de 2018.
Comunicado de prensa DGC/240/16. *CNDH actualiza las cifras del diagnóstico sobre la situación de la trata de personas en México*. Disponible en: http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Comunicados/2016/Com_2016_240.pdf Consultado: 17 de enero de 2018.
C. Ulloa, Teresa. "La prostitución: una de las expresiones más arcaicas y violentas del patriarcado contra las mujeres". Pensamiento Iberoamericano. Nº 9, 2011. Disponible en: http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3710944 Consultado: 5 de enero de 2018.
Documental Trata de mujeres de Tenancingo a Nueva York: Documental por Discovery en Español. Disponible en: https://www.youtube.com/results?search_query=tr%C3%A1fico+de+personas+en+tenancingo Consultado: 7 de enero de 2018.
Embajada y consulados de Estados Unidos en México. *Reporte sobre tráfico de personas 2017*. Disponible en: https://mx.usembassy.gov/es/nuestra-relacion/reportes-oficiales/reporte-sobre-trafico-de-personas/ Consultado: 22 de enero de 2018.
Federación de Mujeres Progresistas. *Trata de mujeres con fines de explotación sexual en España* (*estudio exploratorio*). Disponible en: http://

www.redfeminista.org/nueva/uploads/Estudio_Trata_FMP.pdf Consultado: 7 de enero de 2018.

Gayle, Rubin. *El tráfico de mujeres: Notas sobre la "economía política" del sexo*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Disponible en: http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/nuant/cont/30/cnt/cnt7.pdf Consultado: 5 de enero de 2018.

González, Magdalena. *Patio de atrás del sexo*. *Página 21*. Disponible en: http://www.pagina12.com.ar/diario/psicologia/9-127578-2009-07-02.html Consultado: 7 de enero de 2018.

Lerner, Gerda. *La creación del patriarcado*. Traducción de Mónica Tussel. Antimilitaristas, 1990. Disponible en: http://www.antimilitaristas.org/IMG/pdf/la_creacion_del_patriarcado_-_gerda_lerner-2.pdf Consultado: 11 de enero de 2018.

Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los delitos en materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos delitos. *DOF* 19-III-2014. Disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGPSEDMTP.pdf. Consultado: 7 de enero de 2018.

Monsiváis, Carlos. ¿Pero hubo alguna vez once mil machos? Instituto de Investigaciones Jurídicas. http://biblat.unam.mx/es/revista/fem/articulo/pero-hubo-alguna-vez-once-mil-machos Consultado: 11 de enero de 2018.

ONU-OACDH. *Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional*. Disponible en: http://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/ProtocolTraffickingInPersons_sp.pdf. Consultado: 7 de enero de 2018.

Organización de Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado. Principios y directrices recomendados sobre los derechos humanos y la trata de personas. Disponible en: http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/BDL/2006/4045 Consultado: 12 de enero de 2018.

Organización de los Estados Americanos. *Protocolo Contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, que Complementa la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacio-*

nal. Disponible en: http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/sp_proto_cont_tr%C3%A1fi_l%C3%ADci_migra_tierra_mar_aire_comple_conve_nu_cont_delin_orga_transn.pdf Consultado: 7 de enero de 2018.

Rodríguez Martínez, Pilar. "Feminismos periféricos". *Sociedad & Equidad*. 2011, Nº 2. Disponible en: http://www.sye.uchile.cl/index.php/RSE/issue/view/1272 Consultado: 8 de enero de 2018.

El comisario en las sociedades mercantiles

The commissioner in commercial societies

Martin Eduardo Pérez Cázares

Abogado, maestro en Derecho Privado, doctor en Derecho, doctor en Ciencias Políticas y Sociales, profesor investigador de tiempo completo. Universidad de Guadalajara México. Dirección electrónica: mperezcazares@yahoo.com.mx.

RESUMEN: El manejo de las sociedades mercantiles es una alta responsabilidad para quienes la integran, y esta responsabilidad requiere profesionalismo, preparación, conocimiento, disciplina para lograr los objetivos sociales; esto exige una vigilancia permanente, un celador, velador y fiscal de su funcionamiento, que cuide no sólo los intereses de los socios, sino también los de la propia sociedad, como un ente jurídico autónomo y sujeto de derechos y obligaciones, cuya personalidad es distinta de la de los socios, de ahí que requiera un guardián en todos sus actos jurídicos. Esta figura lo es el comisario, quien, a través de sus funciones, es el que cuida de los movimientos en que interviene la sociedad a través de los administradores y, por lo tanto, es quien preserva la inversión que realizaron los socios.

Palabras clave: comisario, personalidad funciones.

ABSTRACT: The management of commercial societies is a high responsibility for those who integrate it and this responsibility requires professionalism, preparation, knowledge, discipline to achieve social objectives and the management must have a permanent watch, an operation guard, observer and fiscal, which takes care not only of the interests of the partners, but also of the society itself as an autonomous legal entity and subject of rights and obligations, whose personality is different from that of the partners, hence requiring a guardian in all its acts And legal issues. This figure is the commissioner, who through his functions is the one that takes care of the movements in which the company intervenes through the administrators and therefore it is who preserves the investment that realized the partners.

Keywords: commissioner; personality; functions.

Recibido: 22 de febrero de 2018. Aprobado: 15 de mayo de 2018.

Sumario: I. Antecedentes históricos del comisario • II. Concepto • III. Funciones • IV. Naturaleza jurídica • V. Teoría de la exclusión • VI. Características generales del comisario • VII. Requisitos • Conclusiones • Fuentes

I. Antecedentes históricos del comisario

La institución de los comisarios encuentra sus orígenes en la tendencia de auxiliar a la asamblea general en el examen de las cuentas; a decir de Lehman: *así es como surge la institución de los revisores de cuentas, cuyos orígenes se remontan hasta la época de las compañías* (unam.juridicas/libros/4/1747).

En el antiguo código alemán se dejaba en libertad a las sociedades anónimas para nombrar un órgano despojado de toda función administrativa, y lo prescribía como obligatorio para las comandatarias por obligaciones: dicho órgano era el consejo de inspección, cuya función específica consistía en fiscalizar toda la marcha administrativa de la sociedad.

Con la Ley de 1870 de Alemania desaparece la inspección del Estado sobre las sociedades anónimas y se decreta la obligatoriedad del nombramiento de un consejo de inspección en el seno de dichas sociedades, al cual se le confían en la práctica funciones propias del antiguo consejo de administración, quizá por ello, al redactar la ley de 1884, el legislador reconoce la validez de las normas estatuarias que asignan al consejo de inspección funciones de administración.

En el código federal de las obligaciones suizo de 1881, el control de las sociedades se confía a comisarios verificadores, cuyas funciones se concretan en verificar el buen estado de la contabilidad. En 1936, con la revisión del código, las facultades de los comisarios se amplían a verificar la conformidad de la contabilidad con los libros, su exactitud y veracidad (unam.juridicas/libros/4/1747).

En Francia, la ley de 1867 establece la obligación de las sociedades anónimas de contar con un órgano de vigilancia compuesto

por uno o varios comisarios, algunas veces calificados de censores, accionistas o no, reelectos cada año (unam.juridicas/libros/4/1747).

La figura del comisario aparece por primera vez en México en el Código de Comercio de 1884, como un órgano colegiado de inspección que la Ley de Sociedades Anónimas de 1888 suprime, al establecer los comisarios individuales, figura que se adopta en el Código de Comercio de 1889 y que reproduce la Ley General de Sociedades Mercantiles en su artículo 164,[1] vigente a la fecha, además de abarcar la posibilidad de que sean varios (*Enciclopedia*, 2006, p. 350) y de que puedan ser socios de la sociedad o ajenos a ella.

En México el Código de Comercio de 1854 no establecía órgano alguno de vigilancia; el artículo 246 únicamente señalaba que los accionistas no podían hacer investigación alguna acerca de la administración si no era en el tiempo y según el modo establecido en los estatutos. Conforme a dicho precepto, podemos inferir que dejaba el arbitrio de los accionistas el crear o no un órgano de vigilancia (unam.juridicas/libros/4/1747).

Podemos decir que en el código de 1884, de México, ordenamiento de efímera duración, aparece por primera vez el órgano de vigilancia en una sociedad mercantil (unam.juridicas/libros/4/1747).

En efecto, los artículos 552, 563, 680 y 681 del citado código regulaban al consejo de inspección, cuyos miembros debían ser designados en la escritura constitutiva y cuya actuación era como órgano colegiado. Dentro de las atribuciones del consejo se establecen las de "fiscalizar los actos de administración y todos los otros concernientes al servicio de la compañía, verificar las cuentas, velar por el exacto cumplimiento de los estatutos y reglamentos..." (artículo 578) (Cervantes, 1975, p. 106).

1. La vigilancia de la sociedad anónima estará a cargo de uno o varios comisarios, temporales y revocables, quienes pueden ser socios o personas extrañas a la sociedad.

El 10 de abril de 1888 aparece publicada en el Diario Oficial de la Federación de México, la Ley Especial sobre Sociedades Anónimas, ordenamiento que suprime el carácter colegiado del consejo de inspección y establece en su lugar comisarios individuales a quienes se confía la vigilancia de la sociedad (Mantilla, 1982, p. 114).

Asimismo, dicha Ley otorgaba a los comisarios el derecho ilimitado y permanente de vigilancia sobre todas las operaciones de la sociedad, de manera que los accionistas no podían ejercer por sí mismos esas facultades (artículo 38) (Mantilla, 1982, p. 114).

Esta Ley es abrogada por el Código de comercio de 1889, vigente, ordenamiento que respeta la estructura de la Ley, prácticamente reproducida en la Ley General de Sociedades Mercantiles, aunque en la primera se establecía que el cargo de comisario debía ser desempeñado por socios, mientras que la segunda permite que sean incluso extraños a la sociedad (artículo 164) (Mantilla, 1982, p. 114).

II. Concepto

Una de las figuras jurídicas más importantes de las sociedades mercantiles lo es el comisario, ya que en él recae la vigilancia de la legalidad de los actos de la sociedad. Del latín *commissarius,* y este del latín *commissus*, participio pasado de *committere*, cometer (*Enciclopedia*, 1957, p. 123).

De conformidad con el *Diccionario razonado de legislación civil, penal, comercial y forense* de Joaquín Escriche (diccionario.leyderecho.org), comisario es el que tiene poder y facultad de otro para ejecutar alguna orden o entender en algún negocio.

En materia mercantil, es la persona u órgano social encargado de realizar funciones de vigilancia permanente a las actividades desarrolladas en ciertas clases de sociedades, con independencia de quién ejerce la administración, en beneficio de la propia sociedad (diccionario.leyderecho.org).

Es la institución de mayor relevancia y jerarquía, después de la asamblea de socios o accionistas, dentro de una organización empresarial, cuyo nombramiento es obligatorio, por mandato del Código de Comercio y a quien éste le otorga, en el cumplimiento de sus funciones, un derecho ilimitado de inspección y vigilancia (Ruiz, 2008, p. 19).

A esta figura se la ha llamado el ojo de la asamblea, que vigila de una manera continua la actividad de los administradores, para que se encauce dentro de las normas legales y estatutarias, y siguiendo lineamientos fijados por la asamblea general y los principios de una gestión diligente y honrada (Brunetti, 2004, p. 401).

De acuerdo con los anteriores conceptos, concluimos que es el órgano societario encargado de fiscalizar, vigilar, inspeccionar y examinar la gestión social administrativa de la sociedad y la actividad de los administradores, en interés exclusivo de la propia sociedad.

Así, podemos afirmar que el comisario es el fiscal de las sociedades mercantiles encargado de vigilar la legalidad de los actos jurídicos y administrativos de dichas sociedades, para salvaguardar los intereses de los socios, y es la persona física que, por medio de su cargo, asegura el patrimonio de los accionistas de la sociedad mercantil, como el buen funcionamiento de la persona moral.

III. Funciones

El comisario es parte de la administración de la sociedad, ya que es uno de los órganos sociales empresariales y sobre él recae la buena gestión de la misma sociedad, y es él quien vigila permanentemente, con absoluta independencia del órgano de administración y en beneficio de la sociedad, todos sus actos. El comisario, por mandato de ley, informa directamente a la asamblea general de socios o de accionistas de cualquier irregularidad legal que se pueda dar dentro de la administración de la sociedad, so pena de incurrir, a su vez, en

responsabilidades; por ello debe ser una persona completamente responsable; de preferencia, debería ser un abogado o licenciado en derecho, aunque la propia Ley General de Sociedades Mercantiles en México no lo establezca, pero dada la trascendencia del cargo debiera ser una persona con conocimientos jurídicos, pues prácticamente es el vigilante de la sociedad que debe salvaguardar la legalidad del funcionamiento de la sociedad, lo que se traduce en que debería ser, por la trascendencia del cargo, el representante legal de la sociedad.

En materia de sociedades mercantiles la figura del comisario, la asamblea de socios o accionistas y el administrador general único constituyen los órganos fundamentales de toda clase de sociedades; por tanto resulta relevante que el cargo recaiga en una persona que verdaderamente tienda a vigilar el buen desempeño de la sociedad en su aspecto jurídico y vigile la legalidad de sus actos.

El comisario de la sociedad es el garante de la legalidad de los actos que la sociedad realice; esto es, constituye ante todo la vigilancia bajo el principio de legalidad.

Se debe precisar que los comisarios desempeñan su actividad exclusivamente en el ámbito o en las relaciones internas de la sociedad; sus fines están muy lejos de ser administrativos, y mucho menos tiene facultades para representar a la sociedad en aquellos actos en que ésta se exterioriza frente a terceros. Debe desplegar su actividad dentro de lo que la ley y los estatutos de la sociedad marquen y sus facultades son indelegables, independientemente de que se apoye en otras personas y se auxilie de ellas, sobre todo en las grandes empresas.

Su función se centra en vigilar si los administradores se conducen con apego a la ley y los estatutos de las empresas, sobre todo si desarrollan su actividad con apego a la libertad de administración que la sociedad le otorgó en su mandato. Sobre la base de estas consideraciones, se puede afirmar que la vigilancia se extiende y con-

cluye con el dictamen del balance del ejercicio social anual, pero ahí no debe limitarse el actuar del comisario, pues sus facultades y funciones deben ir más allá de la simple vigilancia, o de dar a conocer aspectos legales de la sociedad; su función debería ser ilimitada en cuanto a tener representación en los actos jurídicos de la sociedad, pues a fin de cuentas es vigilante de ella.

La opinión del comisario dentro de las sociedades mercantiles es de suma importancia para establecer el rumbo de la sociedad, pues a través de sus dictámenes se pueden instaurar políticas a seguir tanto comerciales como fiscales; esto es, tomar medidas económicas que beneficien a la sociedad.

De conformidad con el principio de legalidad, la figura del comisario resulta una necesidad en las sociedades mercantiles, puesto que es quien se encarga de fiscalizar tanto el funcionamiento de la sociedad como la actuación del órgano de administración.

En consecuencia, el comisario es un revisor y garante de que se cumpla con el objeto social de la propia sociedad mercantil, y su razón de existir es cuidar la legalidad de los actos de la sociedad, pues recordemos que existen accionistas que no tienen el conocimiento legal para velar por la legalidad y la validez de los actos de la sociedad en su funcionamiento interno, pero bien debería otorgársele facultades al comisario de vigilar la actuación de la sociedad frente a terceros en sus actos, ya que en el desarrollo y el crecimiento económico de la propia sociedad su actuación siempre es con terceros, lo que implica otorgarle una mayor amplitud de facultades al comisario.

Entre sus facultades y obligaciones están: cerciorarse de la constitución y subsistencia de la garantía que debe otorgar el administrador; exigir de los administradores la entrega de un informe mensual de comprobación del estado financiero y de resultados; examinar las operaciones, la documentación, los registros y demás evidencias comprobatorias; rendir anualmente a la asamblea un dictamen fundado respecto de la información que el consejo de administración o

el administrador rinden a los accionistas, apegándose a los criterios establecidos en la ley; hacer que se inserten en la orden del día de las sesiones del consejo de administración y de las asambleas los puntos que considere pertinentes; convocar a asambleas ordinarias o extraordinarias para el caso de omisión de los administradores o cuando lo juzgue pertinente; asistir a las sesiones del consejo de administración o de las asambleas, con voz, pero sin voto y, en general, vigilar ilimitadamente y en cualquier tiempo las operaciones de la sociedad.

Además de las anteriores, el comisario tiene la obligación de señalar en sus informes a la asamblea general las denuncias sobre hechos que se estimen irregulares y que reciba de cualquier accionista, formulando sus consideraciones y las respectivas propuestas.

Por tanto, el objeto del comisario es garantizar los derechos de los accionistas en cuanto a la administración de la propia sociedad, en la autenticidad de los actos jurídicos que realicen, pues, aun cuando existan actos administrativos, éstos no dejan de ser actos jurídicos, dado que deben apegarse a lo establecido en la Ley General de Sociedades Mercantiles o en los estatutos de la propia sociedad, sirviendo de protección legal a la misma sociedad, no únicamente a los socios, y ocuparse también de contrapeso entre la asamblea y el órgano de administración.

Cabe señalar que el artículo 155,[2] fracción II, de la Ley General de Sociedades Mercantiles le otorga al comisario otra facultad adicional, que es designar con carácter de provisional al administrador único o a los faltantes del consejo, cuando se revoque su nombramiento y los restantes no reúnan *quorum* legal o estatutario. De ahí

2. En los casos de revocación del nombramiento de los administradores se observarán las siguientes reglas: II. Cuando se revoque el nombramiento del administrador único, o cuando, habiendo varios administradores, se revoque el nombramiento de todos o de un número tal que los restantes no reúnan el *quorum* estatutario, los comisarios designarán con carácter provisional a los administradores faltantes.

que resaltemos la importancia de la figura jurídica del comisario dentro de las sociedades mercantiles, puesto que en él recae un cúmulo no sólo de facultades y obligaciones, sino también de responsabilidades que, por tanto, bien cabría otorgarle representación de la sociedad.

En la legislación argentina no existe la figura jurídica del comisario, sino un órgano de fiscalización, sindicatura o consejo de vigilancia, puesto que en el artículo 158 de la Ley de Sociedades Mercantiles se establece:

Fiscalización optativa. Artículo 158. — Puede establecerse un órgano de fiscalización, sindicatura o consejo de vigilancia, que se regirá por las disposiciones del contrato.

Fiscalización obligatoria. La sindicatura o el consejo de vigilancia son obligatorios en la sociedad cuyo capital alcance el importe fijado por el artículo 299, inciso 2).

Normas supletorias. Tanto a la fiscalización optativa como a la obligatoria se aplican supletoriamente las reglas de la sociedad anónima. Las atribuciones y deberes de estos órganos no podrán ser menores que los establecidos para tal sociedad, cuando es obligatoria.

En México en las sociedades en nombre colectivo la vigilancia de dichas sociedades se nombra, por parte de los socios no administradores, un interventor que vigile la actuación de los administradores, además de tener el derecho de revisar la contabilidad y el resto de los documentos de la empresa, para un informe que se rendirá semestralmente, según lo dispone el artículo 47[3] de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

En la sociedad en comandita simple, el socio comanditario no podrá ser administrador ni ejercer actos de administración como

3. Los socios no administradores podrán nombrar un interventor que vigile los actos de los administradores, y tendrán el derecho de examinar el estado de la administración y la contabilidad y papeles de la compañía, haciendo las reclamaciones que estimen convenientes.

apoderado; sin embargo, podrá ejercer la facultad de vigilancia que originalmente le correspondería a un comisario.

En la sociedad de responsabilidad limitada la vigilancia interna la lleva a cabo el órgano de vigilancia, el cual es potestativo. La asamblea lo designará si el contrato social así lo establece. La Ley General de Sociedades Mercantiles, en sus artículo 78,[4] fracción IV, 81[5] y 84,[6] se refiere a un consejo de vigilancia, formado por socios o por personas extrañas a la sociedad, a quien le señala como función convocar a la asamblea para el caso que no lo hagan el gerente o los gerentes. En este tipo de sociedad el consejo de vigilancia es obligatorio y colegiado.

En las sociedades cooperativas, el consejo de vigilancia ejercerá la supervisión de todas las actividades de la sociedad y tendrá el derecho de veto sólo para el efecto de que el consejo de administración reconsidere sus resoluciones.

Cabe destacar que la función del comisario no debe ser limitativa o limitada por la legislación, puesto que su función debe ser abierta, dadas las características de su desempeño, puesto que la razón de ser del comisario es la propia sociedad mercantil.

IV. Naturaleza jurídica

En cuanto a su naturaleza jurídica, el comisario viene a ser uno de los órganos sociales de las sociedades mercantiles sin funciones re-

4. Las asambleas tendrán las facultades siguientes: IV. Designar, en su caso, el Consejo de Vigilancia.
5. Las asambleas serán convocadas por los gerentes; si no lo hicieren, por el consejo de vigilancia, y, a falta u omisión de este, por los socios que representen más de la tercera parte del capital social. Salvo pacto en contrario, las convocatorias se harán por medio de cartas certificadas con acuse de recibo, que deberán contener el orden del día y dirigirse a cada socio, por lo menos, con ocho días de anticipación a la celebración de la asamblea.
6. Si el contrato social así lo establece, se procederá a la constitución de un consejo de vigilancia, formado por socios o por personas extrañas a la sociedad.

presentativas; esto es, no tiene representación ante terceros, sólo es un vigilante del actuar de la sociedad, por lo que no puede comprometer ni obligar a la sociedad, su función es interna dentro de la misma sociedad y con los socios, su cargo es temporal, revocable y autónomo del órgano de administración, tiene por objeto vigilar e informar a la asamblea de socios y debe de ser remunerado; lo contrario sería si el comisario asumiera la representación de la sociedad, pues, si en sus manos está vigilar el buen funcionamiento de la sociedad en cuanto a su aspecto jurídico, sano sería otorgarle representación, puesto que inclusive podría presentar denuncias penales y estar presente en todos los actos jurídicos de la sociedad.

Debe, en tal caso, tener legitimación activa para actuar ante órganos jurisdiccionales en caso de ser necesario cuando existan anomalías en actos de la administración de la sociedad contrarios a los intereses de ésta y contrarios a los estipulados en los estatutos y en la Ley General de Sociedades Mercantiles.

Las funciones que la ley encomienda a los comisarios de las sociedades mercantiles son, en esencia, vigilar ilimitadamente y en cualquier tiempo las operaciones de la sociedad; esto es, proteger a los accionistas mediante la vigilancia de las operaciones de la sociedad, de los actos del consejo de administración y de los funcionarios de la sociedad en cuanto a la ilegalidad que puedan tener los funcionarios. Para lograr ese objetivo, es indispensable que los comisarios no dependan directa o indirectamente de los administradores, porque ello los privaría de la necesaria libertad de acción para el cumplimiento de sus tareas. De aquí que la Ley General de sociedades Mercantiles haya establecido que los comisarios no pueden ser dependientes de la negociación, ni parientes de los administradores en los grados señalados en la misma ley, puesto que la libertad de actuar resulta en esencia un factor determinante para el encargo y la función del comisario.

De igual manera, los apoderados de la sociedad son sus representantes y, con los límites de su representación establecidos en el mismo poder o en los acuerdos de la asamblea o del órgano de administración, tienen facultades para obligar a la persona moral que les otorgó tal representación, hasta los límites del mismo poder. Así, es evidente que la actuación de los apoderados de la sociedad es materia también de vigilancia por parte del comisario, ya que la ley lo faculta para vigilar todas las operaciones de la sociedad, y esto incluye también las realizadas por medio de los apoderados. Si los actos u operaciones del apoderado no fueran sujetos a la vigilancia del órgano creado en la legislación para ello (comisario), se podría caer en el supuesto de que los administradores recurrieran a apoderados para realizar actos contrarios a los intereses de la sociedad y en beneficio propio, en detrimento del patrimonio social y de los propios socios, ya que no estarían sujetos a la supervisión del comisario; por tanto, el comisario es también vigilante de los actos de los apoderados, mediante el principio no sólo de vigilancia sino también de legalidad, que debe sustentar todos los actos de la sociedad mercantil.

Por lo tanto, ante ese absurdo, el comisario siendo vigilante de la legalidad de los actos de la sociedad, bien podría ser también su representante, sin que tal cargo sea incompatible con su actuar, al contrario de lo que algunos tribunales en México han establecido, ya que sería ilógico que, siendo vigilante, atentara contra los intereses de la sociedad. Ello es así puesto que, utilizando el método exegético del análisis de la norma, no existe ninguna que lo prohíba, y si la norma no lo prohíbe, luego entonces, mediante un silogismo, es permitido.

Lo único que no puede el comisario es ir en contra de los acuerdos que sean tomados en la asamblea general de accionistas, pues es ésta quien lo nombra, y él no puede ir en contra de ella.

Ahora bien, hablando de procedimientos donde la sociedad sea parte, ésta tiene que comparecer por conducto de su representante o sus representantes, y qué mejor que el representante de la sociedad sea quien en todo tiempo tiene la facultad de vigilar y cuidar la legalidad de sus actos, como lo es el comisario, quien en tal caso sería la persona ideal para defender los intereses de la sociedad mercantil.

Esto nos lleva a formas representativas; así, la representación activa en la que el representante actúa y ejecuta en nombre del sujeto del interés, concluyendo el negocio o acto jurídico y emitiendo una declaración de voluntad (www.derecho.uba.ar/publicaciones). Y qué mejor representación activa se puede tener en una sociedad mercantil que su propio comisario.

La representación directa tiene lugar cuando el representante hace saber a su co-contratante que los efectos jurídicos de sus actos recaerán en el representado. En este caso el representado y el tercero tienen acciones directas y recíprocas para reclamarse el cumplimiento de lo pactado (www.derecho.uba.ar/publicaciones). Esta situación en la administración de la sociedad mercantil se da entre el administrador general único y la sociedad.

En este sentido, al no tener representación, el comisario resulta ser un simple espectador y delatador que ante un acto jurídico viciado o mal realizado, sea el comisario quien tenga que manifestar la ilegalidad de dicho acto, sin mayor actuación que exclusivamente informarlo, puesto que, al encargarse de la tutela y el control de los derechos de la sociedad, como de las obligaciones de los involucrados en ella, está impedido para actuar más allá de informarlo, situación incoherente, por lo que consideramos que sus funciones y atribuciones legales no deben restringirse, al estar facultado para examinar y enterarse de todo acto o negocio en que intervenga la sociedad.

Jorge Barrera Graf (2000) señala que en la sociedad mercantil se conjugan intereses privados y públicos, y que el comisario mantiene

los derechos de los accionistas individualmente como de los acreedores sociales, entre ellos los del fisco. Continúa diciendo que:

> *...la realidad de nuestro derecho es triste y desalentadora, porque ni el sistema de su nombramiento, ni su actuación dentro de la sociedad y frente a los socios, y sobre todo, frente a los administradores, les permite actuar con libertad e independencia, ni menos enfrentárseles cuando, en protección de la compañía, la asamblea o la administración violen los derechos de los socios, realicen operaciones inconvenientes, altamente riesgosas, o ajenas al fin social* (p. 598).

v. Teoría de la exclusión

En lo aquí señalado vemos que el comisario es un vigilante de la legalidad de los actos de la sociedad mercantil, y ello implica que en cierta manera vela por los derechos fundamentales de la persona moral;[7] ahora bien, al no ser representante de la sociedad mercantil, ello podría implicar una exclusión que atentaría contra los derechos fundamentales de la sociedad mercantil, considerada como ente jurídico, por no permitir la legislación que la persona física que cuida la legalidad de los actos en que la sociedad interviene pueda representarla ante terceros.

Ello excluye de la intervención en la actividad económica y actuación jurídica ante terceros a la persona física encargada de vigilar a la sociedad, y por tanto resulta una violación al principio de igual-

7. Recordemos que, de acuerdo con el artículo 1 de la Constitución mexicana, las personas morales también son sujeto de derechos humanos: "En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece" (Reformado mediante decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de junio de 2011).

dad ante la ley, puesto que el derecho fundamental a la igualdad, en su vertiente de igualdad formal o igualdad ante la ley, comporta un mandato dirigido al legislador que ordena el igual tratamiento a todas las personas en la distribución de los derechos y obligaciones.

Así, en el presente caso del comisario, puede existir una discriminación normativa, al momento de ser excluido de representar a la sociedad sin que exista una justificación razonable para otorgar ese trato diferenciado. Por lo tanto, el comisario debe quedar comprendido en el régimen jurídico del que es excluido en este caso en particular de la Ley General de Sociedades Mercantiles en cuanto a su derecho de representar a la sociedad mercantil y, en consecuencia, que no se le aplique el régimen jurídico creado expresamente para su situación. De acuerdo con lo anterior, desde la perspectiva del derecho a la igualdad, lo que se pretende en realidad es que se invalide el régimen jurídico creado para un tercero y, como resultado de esa invalidez, este último tenga que quedar comprendido en el régimen jurídico aplicable al caso.

VI. Características generales del comisario

Puede ser una o más personas, ser socios o personas extrañas a la sociedad mercantil.

Puede ser designado en el acta constitutiva de la sociedad o en cualquier otro momento en que sea necesario.

Tiene que ser persona física; por tanto, se excluye de esta actividad a una persona moral.

Es individualmente responsable de su actuar ante la sociedad en cuanto a las obligaciones que le imponen los estatutos y la Ley General de Sociedades Mercantiles, lo que significa que su actuar debe ser independiente.

Dada su importancia puede, para el desarrollo de su actividad, auxiliarse de personal que actúa bajo su dirección y dependencia

o en los servicios de técnicos o profesionales independientes que contrate directamente.

La duración del cargo es temporal y, por lo tanto, revocable, ya que la duración depende del buen desempeño de su función, y corresponde a la asamblea su designación y la duración del encargo; esto resulta entendible, dado que el órgano máximo de la sociedad mercantil es la asamblea de accionistas.

El cargo de comisario no es inscribible en el Registro Público de Comercio, lo que implica que su actuar no surte efectos contra terceros, puesto que, como se ha señalado, el ejercicio de su función es sólo dentro de la sociedad.

De igual manera se puede hacer el nombramiento del comisario o los comisarios por la minoría de socios que represente el 25% del capital social, siempre y cuando el número de administradores sea tres o más. Cuando sea la autoridad judicial del domicilio de la sociedad quien lo designe a petición de cualquier accionista, este nombramiento será temporal, hasta que la asamblea general designe uno.

Es causa de remoción del comisario, por acuerdo de la asamblea de accionistas, la falta de presentación del informe respecto de la veracidad, la suficiencia y la razonabilidad de la información anual que el consejo de administración rinde a la propia asamblea.

VII. Requisitos

Pueden ser comisarios todos aquellos que tengan la capacidad legal y que, conforme a la ley, no estén inhabilitados para ejercer el comercio. Pueden ser socios o no. La ley señala algunas prohibiciones expresas: no podrán serlo los empleados de la propia sociedad o de sociedades que sean accionistas en aquella por más de un 25% del capital social, ni los empleados de aquellas sociedades de las que la sociedad en cuestión sea accionista en más de 50%; los parientes consanguíneos de los administradores en línea recta sin limitación

de grado, los colaterales dentro del cuarto y a los afines dentro del segundo, tal como lo dispone el artículo 164 de la Ley General de Sociedades Mercantiles.

Cabe señalar que en el acta constitutiva y en los estatutos de la sociedad mercantil se pueden señalar algunos requisitos o impedimentos más para ser o no ser comisario; sin embargo, en la práctica, suelen observarse los que establece la ley.

Los comisarios tienen la obligación de prestar garantía para asegurar el buen desempeño de su encargo en las probables responsabilidades; dicha garantía puede consistir en depósito de dinero, de acciones de la sociedad o en fianza o cualquier otro equivalente, según lo establezcan los estatutos o la asamblea general; no obstante, en la práctica rara vez se pide una fianza o garantía al comisario.

Asimismo, cuando en alguna operación el comisario tuviera un interés opuesto al de la sociedad, deberá abstenerse de intervenir; de hacerlo será responsable de los daños y perjuicios que se causen a la sociedad. De igual manera, cuando la sociedad deje de cumplir con las obligaciones que la ley y los estatutos le imponen, los comisarios serán individualmente responsables para con aquella.

De conformidad con el artículo 26 de la Ley de Instituciones de Crédito, en las instituciones de banca múltiple, el órgano de vigilancia de las instituciones de banca múltiple estará integrado por lo menos por un comisario designado por los accionistas de la serie "O" y, en su caso, un comisario nombrado por los de la serie "L", así como sus respectivos suplentes. El nombramiento de comisarios deberá hacerse en asamblea especial por cada serie de acciones. A las asambleas que se reúnan con este fin les serán aplicables, en lo conducente, las disposiciones para las asambleas generales ordinarias previstas en la Ley General de Sociedades Mercantiles.

En las instituciones de banca de desarrollo, el artículo 44 de la Ley de Instituciones de Crédito señala que el órgano de vigilancia de las instituciones de banca de desarrollo estará integrado por dos

comisarios, de los cuales uno será nombrado por la Secretaría de la Función Pública y el otro por los titulares de los certificados de aportación patrimonial de la serie "B". Por cada comisario propietario se nombrará el respectivo suplente. Los comisarios tendrán las más amplias facultades para examinar los libros de contabilidad y el resto de la documentación de la sociedad nacional de crédito de que se trate, incluida la de su consejo, así como para llevar a cabo todos los demás actos que requiera el adecuado cumplimiento de sus funciones, y tendrá el derecho de asistir a las juntas del consejo directivo con voz.

La designación de comisarios que realicen los tenedores de los certificados de aportación patrimonial de la serie "B" corresponderá a quien o quienes en su conjunto mantengan la mayoría de dicha serie. En el supuesto de que el titular sea el Gobierno Federal, la designación correspondiente la realizará el Secretario de Hacienda y Crédito Público.

Conclusiones

Primera. Dada la importancia del comisario para los asuntos de legalidad de la sociedad mercantil, a esta figura jurídica se le debería otorgar representación y personalidad jurídica en el exterior de la misma sociedad, para tener la facultad de poder acudir a juicio para preservar la legalidad de los actos de la propia sociedad y poder inclusive demandar ante un juez la nulidad de uno o más actos jurídicos de la sociedad que no estén apegados a derecho.

Segunda. Se le debe otorgar una mayor facultad al comisario respecto de su actuación y funciones, no se debe limitarlo a ser vigilante de los actos internos de la sociedad, o un informante de la asamblea general de accionistas, sino de su actuar frente a terceros, en todos los actos jurídicos que la sociedad mercantil realice, puesto que, si es tal la responsabilidad del comisario en su actuar, justo

es otorgarle mayores facultades de actuación jurídica, para que sea, en su caso, accionante de derechos y dotarlo de capacidad de legitimación activa para ejercitar acciones legales; ante las facultades revisoras y de fiscalización, se debería otorgar a los comisarios la autorización de presentar denuncias penales cuando, de conformidad con su función, encuentren anomalías o algún delito que perseguir dentro del actuar de los administradores de la sociedad; por lo tanto, la personalidad de las sociedades mercantiles no sólo debe recaer en el administrador general único, en el presidente del consejo de administración, o en el apoderado general, sino también en el comisario.

Tercera. Excluir al comisario de las facultades de representación significa la violación de derechos humanos, puesto que se relega a una persona física de la función de figurar como representante de la sociedad, persona física que ha velado por los intereses de los socios y cuidado la legalidad de la sociedad mercantil.

Fuentes

Barrera Graf, Jorge. *Instituciones de Derecho mercantil.* Editorial Porrúa. México 2000.

Brunetti, Antonio. *Tratado del derecho de las sociedades.* Editorial Catapulta. Volumen II Buenos Aires 2004.

Cervantes Ahumada, Raúl. *Derecho Mercantil.* Editorial Herrero. México 1975.

Díaz de Vivar, Eliza. Apuntes sobre las nociones de mandato, poder y representación, p. 122. Disponible en: http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/34/apuntes-sobre-las-nociones-de-mandato-poder-y-representacion.pdf Consultado 9 de junio de 2017.

Enciclopedia Jurídica Mexicana. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. Editorial Porrúa. México 2006. t. II.

Mantilla Molina Roberto L. *Derecho Mercantil.* Editorial Porrúa. México 1982.

}Escriche, Joaquín http://diccionario.leyderecho.org/author/joaquinescriche/ Consultado: 25 de mayo de 2017.
Nueva Enciclopedia Sopena. Editorial Ramón Sopena. Barcelona 1957. t. II.
Ruiz Roa J. *La función del comisario mercantil.* Editorial Panapo de Venezuela, Caracas, Venezuela, 2008.
UNAM https://archivos.juridicas.UNAM.mx/www/bjv/libros/4/1747/7.pdf Consultado: 28 de mayo de 2017.

El imaginario social de la profesión de abogado: entre el estatus profesional y la corrupción de la práctica[1]

The Social Imaginary of the Legal Profession: Between Professional Status and Corruption of Practice

María Francisca de la Luz Bermejo Pajarito

Licenciada en Estudios Políticos y de Gobierno, maestra en Gestión y Políticas de la Educación Superior, doctora en Educación por la Universidad de Guadalajara.

RESUMEN: Este trabajo aborda la imagen social de la profesión de abogado como una categoría teórica que aporta elementos al imaginario social de la profesión de abogado. Partimos del supuesto de que alrededor del imaginario social sobre esta profesión se construyen expectativas que motivan a los jóvenes a elegirla como opción profesional. Encontramos que el imaginario social de la profesión se escinde entre imágenes opuestas; por una parte, aquellas que han contribuido a considerarla como una buena profesión, como el estatus profesional, y, por otra parte, las que le atribuyen prácticas profesionales corruptas.

ABSTRACT: This paper addresses with the social image of the lawyer profession as the theoretical category that contributes to the imaginary social elements of the legal-attorney profession. We start from the assumption that around the social imaginary about this profession the expectations are built that motivate the young people to choose it as a professional option. We find that the social imagery of the profession splits between opposing images, on the one hand, which have contributed to consideration as a good profession as the professional status and, on the other hand, those attributed by corrupt professional practices.

Recibido: 27 de noviembre de 2018. Aprobado: 2 de febrero de 2018.

1. Este trabajo es parte de una investigación sobre el imaginario social del derecho y la profesión de abogado y su relación con la elección de la carrera de derecho entre estudiantes del Centro Universitario de Ciencias Sociales de la Universidad de Guadalajara.

Palabras clave: abogado, imaginario social, imagen social, expectativas profesionales.

Keywords: lawyer, social imaginary, social image, professional expectations.

SUMARIO: Introducción • I. Enfoque teórico • II. Método • III. La imagen social de la profesión de abogado • IV. El deseo de un estado: las expectativas profesionales • Consideraciones finales • Fuentes

Introducción

De acuerdo con Cleaves (1985), en México, la profesión de abogado ha estado entre las profesiones que han gozado de mayor tradición desde la época colonial. El mismo autor dice que algunas de las razones que explicaban la preferencia por los estudio del derecho están en que el abogado era considerado socialmente como una vía privilegiada a la riqueza, el prestigio social y el poder político. Asimismo, las investigaciones realizadas por Roderic Ai Camp (1992, 1996) y Larissa Adler-Lomnitz y Jorge Gil-Mendieta (2002) muestran que la carrera de derecho ha sido más que una carrera orientada al ejercicio profesional, ya que, desde principios del siglo pasado, la Facultad de Derecho de la UNAM era el espacio donde se socializaba y se tejían las redes de la élite política y burocrática del país.

Por otra parte, también existe desprestigio respecto de la práctica profesional de los abogados, y desde los años ochenta del siglo pasado *el ejercicio del derecho ha tenido implicaciones de corrupción* (Cleaves, 1985, p. 30). Popularmente existen motes para denominar a los abogados, tales como "aboganster", "chueco", "trácala", "leguleyo", y "huizachero" que expresan una valoración negativa hacia este profesional. A este respecto, aunque Cleaves registra las imputaciones de corrupción hacia los abogados en los años arriba mencionados, por su parte, el cine mexicano ya comunicaba esta apreciación treinta años antes, a través de la película "Entre abogados te veas", dirigida por Adolfo Fernández Bustamante, en 1950.

I. Enfoque teórico

El prestigio social de una profesión es una jerarquía que cuantifica el valor social de las profesiones de acuerdo con atribuciones socialmente importantes. Las características más relevantes del prestigio profesional son la educación y los ingresos económicos, pero incluye otros elementos, como "el poder o capacidad de decisión, las condiciones de trabajo —si requiere trabajo físico o no, que se realice en el exterior o interior, que tenga aspectos desagradables o no—, y el talento requerido" (Montoro, López y Caparrós, 2006, p. 57). En sí, el prestigio profesional cuantifica "la bondad general de las ocupaciones y, por tanto, su deseabilidad general por parte de la población" (Gómez, 1996, p. 216).

Por su parte, Cornelius Castoriadis se refiere a los atributos, propiedades, cualidades y características intrínsecas de las "cosas" como *elaboraciones similares que utilizamos para representárnoslas imaginariamente* (2008, p. 90). Este re-presentarse "algo" es poner en su ser "atributos" suficientes, reconocibles y detallados que permiten distinguirlo como singular y único. De esta manera, los "atributos", sea que designen "cosas", "personas" o "sociedades", son el vehículo de las significaciones imaginarias sociales que permiten su re-presentación como "algo". Éstas, las significaciones imaginarias sociales, se encarnan en las instituciones, forman a los individuos sociales y se presentifican en el imaginario social,

> *...en el conjunto como un magma de significaciones imaginarias, produciendo significaciones que la psique no podría producir por sí sola.* [*El imaginario social*] *Instituye las significaciones que producen un determinado mundo llevando a la emergencia de representaciones, afectos y acciones propios del mismo* (Castoriadis, 2008, p. 130).

Para este autor la imaginación está asociada con la categoría teórica de "imagen": *Imaginación, Einbildung en alemán, significa puesta en imágenes que, indudablemente, de algún modo todos compartimos en tanto que pertenecientes al genus homo y, que a la vez, es siempre absolutamente singular en cada caso* (Castoriadis, 2008, p. 57).

La "puesta en imágenes" distingue que las imágenes son creadas; por lo tanto, pertenecen al imaginario radical. Las imágenes creadas actúan como significaciones, en tanto que a partir de ellas las cosas cobran sentido. Bajo esta concepción de imagen, con fines analíticos, construimos la categoría "imagen social de la profesión" como una categoría que aporta elementos al imaginario social de la profesión. Sin embargo, en tanto las imágenes son creación del imaginario radical, no pueden ser completamente fijas y estables. En sí, aunque la imagen social de la profesión puede entenderse como una imagen que la mayoría comparte, puede ser singular para cada cual. En este sentido podemos hablar de "imágenes", por la diversidad de significados que en algunos casos se complementan y en otros se oponen.

Consideramos que la imagen social de la profesión es una categoría teórica apropiada para acercarnos a la producción subjetiva de los jóvenes que eligen estudiar derecho, quienes, a partir de esta imagen, proyectan la profesión como la materialización del deseo de verse en determinada situación. Las expectativas que se tienen de la profesión las abordamos como el "deseo de un estado", el cual se origina en la "fantasía" que, de acuerdo con Castoriadis, no es mera ilusión, sino una expresión originaria de creatividad inherente a la imaginación radical. La "fantasía" es una escena donde el sujeto se representa a sí mismo como partícipe en una secuencia de imágenes que remiten a un "estado" en el que él está en todas partes. Aquello a lo que el deseo apunta es un estado que *cuando se le puede aprehender no sólo implica un 'sujeto' y 'objetos' sino una cierta relación entre ellos. Precisamente, en esta relación es en donde se encuen-*

tra el sentido de la fantasía para el sujeto (Castoriadis, 2003, p. 213).[2] De la fórmula "deseo de un estado", que la escena fantástica trata de reproducir con los medios disponibles y en la que el objeto de deseo queda sometido al sujeto al punto de unirse a éste, se genera el estímulo a realizar lo deseado. Es entonces cuando las imágenes contenidas en las fantasías estimulan las acciones, en nuestro caso, las elecciones educativas que realizan los jóvenes para alcanzar lo deseado. En el siguiente cuadro presentamos la operacionalización de la concepción teórica:

Cuadro 1
Operacionalización

Dimensiones	**Observables**
Imaginario social de la profesión de abogado.	¿Qué conocen de los abogados? ¿Qué han escuchado hablar sobre los abogados? ¿Qué piensan de los abogados?
Las imágenes de la profesión.	¿Cómo debe de ser abogado ideal?
Las significaciones que la institución de la profesión de abogado encarna.	¿Cuáles son las características de personalidad de los abogados como formas de ser y de actuar?
La forma de interpretar y entender la realidad en torno a la profesión de abogado.	¿Dónde trabajan los abogados?
	¿Qué se espera de la profesión de abogado?
	¿Cómo puede incidir el abogado en la realidad social?

2. Aclaramos que la perspectiva de imaginario social da prioridad a lo social sobre lo individual. Aun así, un individuo puede producir "fantasmas privados", que son el origen de las fantasías, pero este imaginario individual encuentra una correspondencia con el imaginario social en tanto para que pueda producirse es necesario que antes se hayan labrado ciertas condiciones sociales favorables, es decir, *para que se dé una significación social imaginaria, son necesarios unos significantes colectivamente disponibles, unos significantes que no existen del modo en que existen los significados individuales como percibidos, pensados o imaginados por tal sujeto* (Castoriadis, 1983, p. 251).

Dimensiones	Observables
El deseo de un estado Motivos que orientan las conductas desde una perspectiva en la que el orden social toma una forma específica según sea el particular contexto que percibe un sujeto, a partir de un momento histórico, del grupo social al que pertenece, y del lugar que ocupa en la familia y en otros espacios sociales en los que se desenvuelve.	¿Por qué estudiar derecho? ¿Para qué estudiar derecho? ¿Cuáles son sus expectativas y aspiraciones ocupacionales? ¿Qué esperan de la profesión en términos personales? ¿En qué áreas piensan dedicarse, preferentemente, en su ejercicio profesional? ¿Por qué? ¿Cuándo pensaron por primera vez en estudiar derecho? ¿Hay algún hecho en su historia de vida que los haya impulsado a estudiar derecho? ¿Quiénes son sus modelos profesionales? ¿Quiénes influyeron en su elección de carrera?

Fuente: Construcción propia.

II. Método

Entrevistamos a veinte estudiantes de la carrera de abogado del Centro Universitario de Ciencias Sociales y Humanidades de la Universidad de Guadalajara siguiendo la opción de un muestreo intencional, con el objetivo de obtener las diversas perspectivas de acuerdo con las características generales de la población que estudiamos.[3] Según Schwartz y Jacobs (1979):

3. La población de esta carrera está compuesta casi en partes iguales por hombres y mujeres, con edades comprendidas entre los 18 y los 58 años, casados y solteros, trabajadores y no trabajadores, y la mayoría de los estudiantes radica en la Zona Metropolitana de Guadalajara, pero también hay estudiantes provenientes de diversas zonas geográficas, tanto del estado de Jalisco como de otros estados del país.

> *...la estrategia del muestreo teórico puede ser usada como una guía para seleccionar a las personas por entrevistar. En el muestreo teórico el número real de casos estudiados es relativamente poco importante. Lo que es relevante es el potencial de cada caso para ayudar al investigador a desarrollar ideas dentro del área de la vida social que está siendo estudiada* (p. 83).

A continuación presentamos información básica de los estudiantes entrevistados.

Cuadro 2
Datos generales de los estudiantes entrevistados

No. de entrevista	Sexo	Edad	Estado civil	Sistema	Semestre	Especialidad
E1	M	18	Soltero	Escolarizado	1	Fiscal o penal
E2	F	18	Soltera	Escolarizado	1	Penal
E3	F	18	Soltera	Escolarizado	1	Fiscal (administración pública)
E4	M	23	Soltero	Escolarizado	9	Civil
E5	F	48	Casada	Semi	9	Civil
E6	M	44	Divorciado	Semi	7	Fiscal (administración pública)
E7	M	40	Casado	Semi	7	Corporativo
E8	M	20	Soltero	Escolarizado	6	Familiar
E9	M	19	Soltero	Escolarizado	2	Civil
E10	F	22	Soltera	Escolarizado	5	Administrativo
E11	M	20	Soltero	Escolarizado	5	Familiar
E12	F	23	Soltera	Escolarizado	4	Internacional
E13	F	26	Soltera	Semi	6	Laboral-penal
E14	M	35	Casado	Semi	3	Corporativo
E15	F	53	Casada	Semi	8	Administración pública
E16	M	56	Casado	Semi	9	Civil

No. de entrevista	Sexo	Edad	Estado civil	Sistema	Semestre	Especialidad
E17	F	21	Soltera	Semi	2	No ha decidido.
E18	M	25	Soltero	Escolarizado	8	Civil
E19	M	20	Soltero	Escolarizado	4	Administración de justicia
E20	M	21	Soltero	Escolarizado	3	Derecho Constitucional

Resultados

III. Imagen social de la profesión de abogado

La principal característica de la imagen social de la profesión de abogado es que se escinde entre atribuciones opuestas: por una parte, aquellas que han contribuido a crear la imagen de una buena profesión; por otra parte, las atribuciones que le han creado una mala imagen.

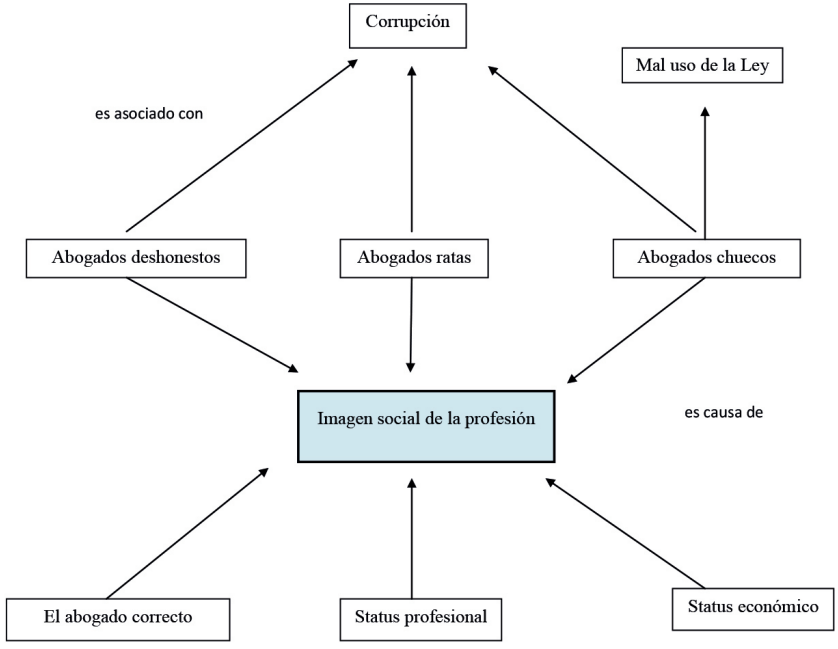
La mala imagen de los abogados. Las imágenes negativas de la profesión se han construido en torno a prácticas profesionales que contradicen principios básicos de la deontología profesional, como son la moral y la ética. En ocasiones los estudiantes envuelven estas prácticas con el término genérico de "corrupción", y describen al abogado corrupto como un abogado rata, chueco o deshonesto.

El abogado "rata". El abogado "rata" es una metáfora utilizada comúnmente para designar a un abogado que roba a sus clientes. Esta práctica se refiere a un abogado que hace un trabajo fácil o escaso y cobra mucho, que cobra sin resolver el asunto o que, gracias a su conocimiento, se aprovecha de las personas para beneficiarse económicamente.

La imagen del abogado "rata" es la más conocida por los estudiantes porque la han escuchado de amigos, familiares y profesionales de otras disciplinas. Por ejemplo, E6 es el primero de su familia

que estudia una carrera universitaria, y cuando él le comunicó a su madre que iba a estudiar derecho, ella le contestó: *pobre de mi hijo, no sabe robar ¿para qué se mete de abogado*? Por su parte E2, a quien sus maestros de la preparatoria trataron de convencerla de estudiar matemáticas o medicina, expresó que: *se tienen falsos criterios respecto al abogado, por ejemplo, muchas personas dicen* ¡*a un abogado nada más les enseñan a mentir y a robar*!

Figura 1
La imagen social de la profesión



En ambos casos los entrevistados no se cuestionan la imagen del abogado "rata", que proviene de figuras de autoridad como los padres y los maestros, sin embargo, estas connotaciones que los estudiantes evocan se cruzan con las propias expectativas de realización

individual cuando justifican su elección en la oportunidad de ser diferentes en su propio ejercicio profesional.

El abogado "chueco". Cuando los estudiantes hablan de abogados "chuecos" se refieren al abuso en la interpretación de las leyes que hacen para ganar los asuntos que litigan violentando el principio de justicia. También se refiere a recurrir a sus relaciones con los juzgadores para ganar un caso cuando no tienen la razón jurídica.

> *Ahí de broma gente me han dicho "los abogados son como los plátanos..., "bien chuecos". La mayoría de abogados me han dicho... "es que en sí, el ser abogado es que si algo está chueco lo quieres enderezar o viceversa"* (E1).

El abogado deshonesto. Un abogado es deshonesto cuando no procede con honradez en su práctica profesional y engaña a sus clientes con respecto a las posibilidades de ganar un juicio. Esta práctica, por lo general, repercute en un perjuicio económico para el cliente, debido a que de todas maneras debe pagarle honorarios al abogado.

Las imágenes negativas que los estudiantes conocen no las han formado como resultado del contacto personal con profesionales que se dedican a esta actividad, sino han sido transmitidas por otras personas. Esto nos indica que la imagen fue creada de manera colectiva en referencia a un valor que debe estar ligado a la práctica profesional, como es la honestidad. También es importante hacer notar que los estudiantes que hacen referencia a las imágenes negativas de la profesión, en su mayoría, son universitarios de primera generación o que no tienen antecedentes de abogados en la familia.

La buena imagen de los abogados

El abogado correcto. Una generalidad que podemos extraer de los discursos de los sujetos entrevistados es que todos conocen las imágenes negativas de la profesión; sin embargo, no todos están de acuerdo con ellas. Con frases como: *mucha gente tiene la idea errónea de los abogados de que son tranzas y de que roban. Pero no, porque se puede ganar dinero legalmente estudiando derecho* (E1) y "en sí es más el mito que se les cuelga a todos los abogados que lo que realmente es" (E16), los estudiantes manifiestan el rechazo a esta dimensión de la imagen social de la profesión. Principalmente aquellos que han tenido contacto con la profesión desde la niñez porque tienen familiares abogados han tenido la oportunidad de formarse diferentes juicios sobre la ella y, por lo mismo, consideran falsas las imágenes negativas de la profesión. Por ejemplo E3, quien tiene tres tíos abogados, en su vida previa a la universidad nunca había escuchado sobre el asunto:

> *La idea los abogados es por mis tíos. Me parecen unas personas muy rectas encaminadas a buenas causas. De ahí surgió mi criterio, de la figura del abogado, de cómo deben de ser, unas personas muy responsables, con mucha ética. ¿Qué yo escuchara algún comentario de los demás?..., jamás. Ya hasta que entré a la prepa que empezaron a preguntar entre amigos qué que iba a estudiar me enteré. Sí, está desvirtuada la imagen del abogado, pero de eso yo me di cuenta hasta que ya estaba grande* (E3).

Además de los atributos de ser personas rectas y responsables, otras características que se les atribuyen a las personas que ejercen esta profesión como resultado de las exigencias de la disciplina es que son muy cultos e inteligentes y persiguen la justicia.

El estatus económico. En diversas ocasiones aparece la imagen del abogado ligada con el éxito económico, sea como aspiración futura, como en el caso de E6, quien espera obtener con la carrera una mejor posición económica, sea como en el caso de E4, para quien el abogado debe ser un profesional culto y "rico". Esta imagen referente al éxito económico, que también es transmitida por otros miembros del grupo profesional, está a su vez relacionada con la característica de que es una profesión que puede contratar sus servicios libremente con sus clientes.

> *En general he escuchado que gana bien uno, que es sencillo, que es un trabajo interesante. Sinceramente, algo que yo pienso es que todo mundo quiere tener su estabilidad económica y es algo que yo he platicado con abogados, que es algo en lo que tú puedes ganar lo que quieras según lo que trabajes. Y así* (E1).

El status profesional. Los estudiantes hacen referencia al estatus profesional de los abogados para referirse a dos asuntos principales; por una parte, a los saberes propios de la disciplina, que les permiten emplearse en un amplio mercado laboral, y, por otra parte, a los puestos alcanzados en la estructura político-administrativa del Estado mexicano.

> *Algo que yo veo es que el derecho te permite estar casi en cualquier trabajo. Te da conocimientos generales que te pueden servir para cualquier caso. Yo me metí a derecho, también, porque a mí me gusta mucho la política y pienso estudiar después la maestría en ciencias políticas, pero no me metí a la carrera de ciencias políticas porque me llamó más la atención el plan de estudios de derecho. Pienso que te da más un conocimiento más cerca de la sociedad y lo mismo te permite laborar en diferentes ámbitos... administrativos..., políticos..., en varias ramas.*

Para mí es el estatus me lo podría dar la carrera de derecho porque nos metemos en cuestiones políticas y permite estar más reconocido por la sociedad y económicamente. Otras carreras pues no te lo permiten tanto (E1).

Uno de los principales elementos que evalué para estudiar derecho fue el mercado de trabajo, por todo mundo he sabido que hay bastantes abogados en nuestro país, en nuestro estado, pero pienso que la competencia se da solamente entre los mejores abogados y la finalidad, en particular la mía, es convertirme en uno de los mejores abogados y creo que para los mejores siempre va a haber trabajo (E9).

Para E2 los abogados son los encargados de regular las conductas humanas y son los que pueden decir qué está correcto y qué no; en ellos recae regular las leyes y hacer las reformas. Pero también los cargos más altos del país recaen en ellos *como puede ver* ¡*el presidente es abogado*! *Entonces en ellos recae el futuro del país.* E2 alcanza a percibir que los abogados están en muchos puestos públicos y lo atribuye a que son: *las personas más capacitadas para ocupar tales cargos.*

Específicamente, los estudiantes que piensan que la carrera de derecho es idónea para desarrollarse en espacios políticos le otorgan posibilidades que exceden la capacidad profesional real que el programa educativo otorga. En especial, el programa educativo de derecho no tiene el objetivo de capacitar para la función pública, pero tradicionalmente sus egresados han pasado a formar los cuadros de la administración pública en los diferentes niveles de gobierno, lo que origina que el imaginario social de la profesión se relacione con la carrera política. Al parecer, en Jalisco se reproduce el fenómeno documentado por Camp (1992 y 1996) y Adler-Lomnitz y Gil-Mendieta (2002) en la Facultad de Derecho de la UNAM, como el espacio donde los estudiantes de derecho aprendían a desarrollar habilidades relacionadas con el quehacer político y se socializaban las redes de la élite política y burocrática del país. Un fenómeno

similar sucede en la Universidad de Guadalajara, debido a que los egresados de esta institución han mantenido hegemonía en la composición del poder ejecutivo estatal y municipal. Por ejemplo, después del general Marcelino García Barragán, quien fue gobernador de 1943 a 1947, de diecisiete gobernadores que ha tenido el estado de Jalisco, catorce fueron abogados, de los cuales doce egresaron de la Universidad de Guadalajara.

Cuadro 3

Gobernadores de Jalisco 1943-2013

Año	Nombre	Profesión	Universidad
2013- 2018	Aristóteles Sandoval	Abogado	Universidad de Guadalajara
2007-2013	Emilio González Márquez	Contador publico	Universidad de Guadalajara
2007	Gerardo Octavio Solís Gómez	Abogado	Universidad de Guadalajara
2001- 2007	Francisco Ramírez Acuña	Abogado	Universidad de Guadalajara
1995-2001	Alberto Cárdenas Jiménez	Ingeniero electricista	Instituto Tecnológico de Ciudad Guzmán
1992-1995	Carlos Rivera Aceves	Abogado	Universidad de Guadalajara
1989-1992	Guillermo Cosío Vidaurri	Abogado	Universidad de Guadalajara
1988-1989	Francisco Rodríguez Gómez	Abogado	Universidad de Guadalajara
1983-1988	Enrique Álvarez del Castillo	Abogado	UNAM
1977-1983	Flavio Romero de Velasco	Abogado	UNAM
1971-1977	Alberto Orozco Romero	Abogado	Universidad de Guadalajara
1965-1971	Francisco Medina Ascencio	Abogado	Universidad de Guadalajara
1964-1965	José de Jesús Muñoz Limón	Abogado	Universidad de Guadalajara
1959-1964	Juan Gil Preciado	Profesor	Sin Dato
1953-1959	Agustín Yáñez Delgadillo	Abogado	Escuela de Jurisprudencia de Guadalajara
1949-1953	Jesús González Gallo	Abogado	Escuela de Jurisprudencia de Guadalajara
1949	Carlos Guzmán	Abogado	Sin Dato
1947-1949	Jesús González Gallo	Abogado	Escuela de Jurisprudencia de Guadalajara

Año	Nombre	Profesión	Universidad
1947	Saturnino Coronado Organista	Abogado	Escuela de Jurisprudencia de Guadalajara
1943-1947	Marcelino García Barragán	Militar	Heroico Colegio Militar

Fuente: Construcción propia con información de: http://www.jalisco.mx/es/jalisco/gobernadores.

Por otra parte, debido a que en la sociedad moderna la disciplina del derecho tiene la función del ordenamiento social, no existe prácticamente ninguna actividad social que pueda sustraerse al orden jurídico, por ello el campo profesional de los abogados se presenta sumamente vasto, toda vez que en diversas áreas de la actividad humana se requiere generar, aplicar e interpretar normas jurídicas. De esta manera, los abogados realizan su práctica profesional en ámbitos tanto públicos como privados: como funcionarios públicos, participando en el poder legislativo en la elaboración del derecho mediante la creación de códigos jurídicos; en el poder judicial, desempeñando diversas actividades en la administración de justicia; en el poder ejecutivo, como funcionarios en los tres niveles de gobierno —federal, estatal y municipal—, o en el ámbito privado, ejerciendo libremente la profesión en despachos jurídicos colectivos o individuales y ocupándose de la representación, el asesoramiento y la defensoría en asuntos civiles, penales o mercantiles, etcétera.

El mercado laboral fue uno de los elementos que los estudiantes consideraron para elegir la carrera, no obstante que algunos son conscientes de su saturación. Además, para la mayoría de los estudiantes entrevistados por nosotros influyó la amplitud del mercado laboral relacionada con el campo propio de la disciplina. Este rasgo emerge cuando los estudiantes hablan de otras opciones profesionales:

> *Ya cuando estaba a punto de hacer mis trámites, dije, ok, voy a estudiar derecho, ya lo decidí... pero ¿en qué me gustaría?..., ¿en qué rama*

me gustaría laborar? Y ahí es cuando me llamó mucho la atención el derecho penal, pero también me gustaría irme por lo fiscal. También me di cuenta que en lo fiscal tienes mayor oportunidad, porque la competencia, por así decirlo, serían los contadores pero ellos no conocen el área jurídica, conocen más bien las finanzas. Entonces como abogado fiscal puedo tener las dos áreas, lo fiscal y lo jurídico (E1).

Me pasó por la mente estudiar economía, enfermería, sociología o medicina. Me gustaban todas, sin embargo, siempre he tenido así como un sentido más social y una afinidad mayor hacia las ciencias sociales, fue por eso que descarté la medicina y la enfermería. Ya investigando más me llamó mucho la atención toda la rama de oportunidades y todo el campo de acción que tiene el abogado (E8).

Me gustaba turismo, pero se me hizo una carrera muy "chafa". También antes de entrar a derecho yo estudié comercio internacional hasta el 4º semestre, pero no me gustó porque todo lo veía relacionado con derecho. Derecho es una carrera con la cual uno se puede especializar en diferentes ramas. Por ejemplo, yo cuando estaba en comercio internacional quería ramas. Pero con la misma carrera de derecho me puedo dedicar a lo mismo, tiene un campo de trabajo muy amplio, muy extenso. Por eso (E10).

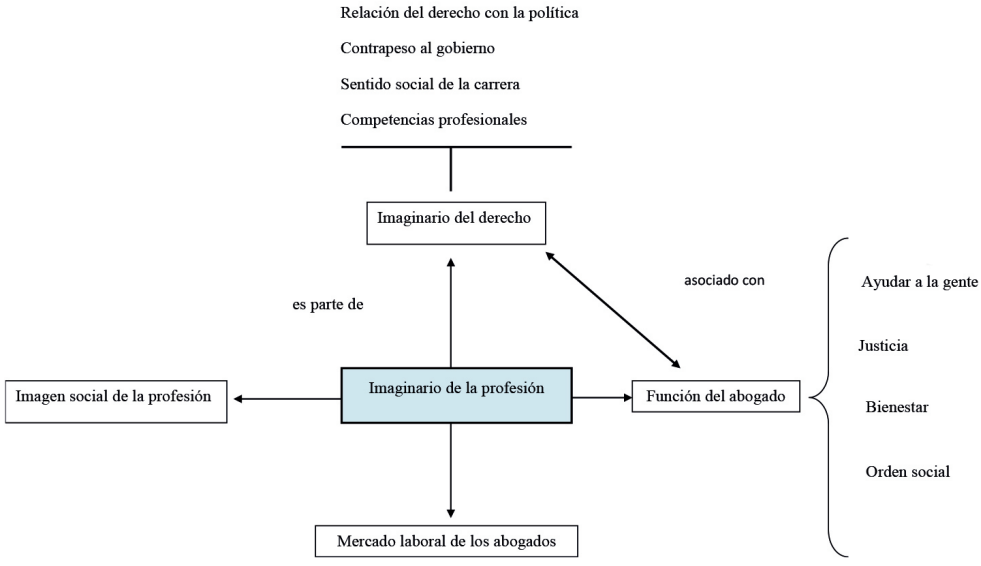
Elegí estudiar derecho por la desigualdad que existe en la sociedad..., entre la colectividad, entre quienes conformamos un completo conjunto, y porque existe una variedad en donde podemos desempeñar nuestras labores, donde podemos trabajar. También pensaba en otras carreras como economía o gastronomía, aunque gastronomía pues puede ser que no sea muy remunerado, es más difícil pues trabajar en esa área (E11).

Es así como los saberes propios de la disciplina aplicados en una actividad profesional se convierte en una condición por la que los estudiantes consideran que los abogados tienen un mejor estatus profesional en comparación con otras profesiones. Estos estudiantes

valoraron tanto los significados atribuidos a un conocimiento experto del cual carecen otros profesionales y que les daría mayor competitividad en el mundo ocupacional, como aquellos referentes a una mejor remuneración económica. Para ellos, la elección de la profesión implicó, además, valorar sus gustos e intereses con respecto a las actividades laborales que realizarán en el futuro, en contraste con los desempeños profesionales atribuidos a otras disciplinas.

En conclusión, el imaginario social de la profesión de abogado se constituye con diversos elementos representados en la figura 2:

Figura 2
El imaginario de la profesión de abogado



Fuente: Elaboración propia.

Éste es resultado del conocimiento que tienen sobre el campo laboral de la profesión, de la imagen social de la profesión y del imaginario que tienen sobre el derecho asociado a las funciones que

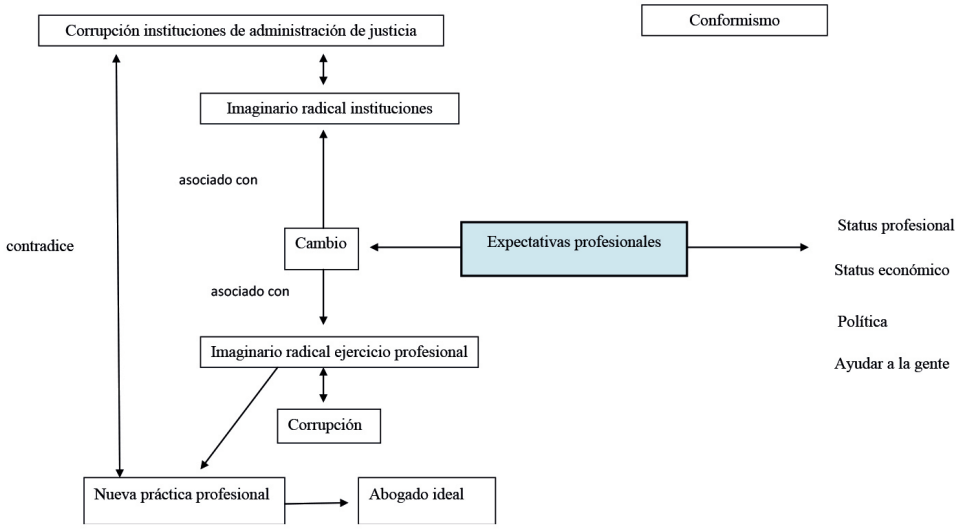
los abogados tienen en la sociedad. De acuerdo con los estudiantes, podríamos sintetizar el derecho como el conjunto de valores plasmado en reglas jurídicas que regulan la vida social; en cuanto a esto, la función que los estudiantes le otorgan a la profesión de abogado comprende principalmente la de ayudar a la sociedad a instrumentar el orden jurídico en la persecución del orden social, el bienestar y la justicia.

IV. El deseo de un estado: las expectativas profesionales

Las expectativas profesionales que tienen los estudiantes que entrevistamos nos hablan de diversos propósitos. Por un parte, están algunas propias del ejercicio profesional, como ejercer la abogacía de manera independiente o asociados en despachos jurídicos, o como funcionarios públicos. Otros propósitos hablan de incidir en un cambio con respecto a la imagen negativa que se tiene de la profesión y en las instituciones donde se ejerce la profesión. Estas expectativas profesionales están representadas en la figura siguiente:

Las expectativas profesionales, sobre todo de los estudiantes más jóvenes, se refieren a obtener posiciones laborales de poder y reconocimiento social en el sistema de administración de justicia. Observamos que en las proyecciones de estos estudiantes sobre su futuro sobresale el estereotipo de abogado exitoso como aquel que ha logrado las más altas posiciones laborales en la carrera judicial. Asimismo, la relación histórica que tiene la carrera de derecho con la administración pública del Estado mexicano surge en diversos momentos en los discursos que los jóvenes hacen acerca de su preferencia por la formación profesional en derecho: *Siempre me ha gustado la política, entonces el derecho por ser, por así decirlo, una carrera social, es algo que te permite entrar en ese ámbito. Yo me metí a derecho, también, porque a mí me gusta mucho la política* (E1).

Figura 3
Las expectativas profesionales



Fuente: Elaboración propia.

Encontramos que las expectativas profesionales se van creando de acuerdo con ciertas condiciones de la trayectoria ocupacional de los estudiantes. Como señalamos antes, los estudiantes más jóvenes y sin experiencias profesionales se muestran más soñadores y esperan alcanzar los más altos puestos en el sistema de administración de justicia. Por su parte, los estudiantes que pasan los 30 años de edad, que ya tienen otra profesión y trabajan en ella, pretenden continuar con las mismas actividades profesionales, aunque, eso sí, enriquecidas con los conocimientos del derecho.

El deseo de un estado, para la mayoría de nuestros entrevistados, está fundado principalmente en la búsqueda del interés personal individual. Sin embargo, otros estudiantes que también han tenido otras experiencias en la vida, como el convivir con mujeres que han sufrido violencia de género, se proponen incidir en la realidad social:

> *Soy instructora de aerobics y convivo con muchas mujeres que están muy sumisas en el matrimonio y quise encontrar las palabras adecuadas para poderlas orientar a que se superen, porque superándose el ama de casa se supera todo su entorno, se superan ellas, sus hijos y a la vez pueden sacar a sus maridos de esa situación de violencia que todavía tenemos en la sociedad. Porque los que estamos aquí sí, pero si tú te vas a las zonas marginadas y ves como todavía hay mucha ignorancia, el hombre es muy machista. Entonces por eso que yo elegí la carrera de derecho, más que nada para poder orientar a las mujeres* (E5).

Para esta mujer de 48 años, la profesión de abogado es la idónea para ayudar a otras mujeres, porque el conocimiento de sus derechos les dará la seguridad para enfrentar las situaciones que viven. El imaginario radical en cuanto al ejercicio profesional de E5 sobrepasa el mero interés individual, porque sus deseos se relacionan con contribuir al cambio social cuestionando las dinámicas de poder en las relaciones de género de nuestra sociedad. Para entender cómo el imaginario radical opera como instancia de cambio es necesario remitirnos a sus dos maneras de ser: como histórico-social y como psique-soma.

> *Como histórico-social, es un río abierto del colectivo anónimo; como psique/soma, es el flujo representativo/afectivo/intencional. A lo que es posición, creación, dar existencia en lo histórico-social lo llamamos imaginario social en el sentido primero del término, o sociedad instituyente. A lo que es posición, creación, dar existencia en la psique/soma para la psique/soma, le llamamos imaginación radical* (Castoriadis, 2008, p. 96).

Así, para el autor, hay dos preguntas fundamentales que hay que responder sobre el dominio histórico-social: ¿qué mantiene unida

a una sociedad? y ¿qué es lo que hace nacer formas de sociedades diferentes y nuevas? Sobre la primera pregunta la respuesta es el complejo total de sus instituciones, las cuales se imponen mediante la adhesión, el apoyo, el consenso, la legitimidad, la creencia y, en algunos casos, mediante la coerción. También lo hacen mediante la formación del individuo social en el que se incorporan las instituciones como mecanismos de perpetuación de las mismas. Pero lo histórico-social

> *...no crea, de una vez por todas, un nuevo tipo de orden ontológico, característico del género sociedad. Sino que, en cualquier momento, este tipo de orden se materializa a través de diversas formas, cada una de las cuales encarna en una creación, en un nuevo eidos de la sociedad* (Castoriadis, 2005, p. 73).

Esto entraña la respuesta a la segunda pregunta: las formas histórico-sociales nuevas emergen por creación.

Entonces nos vemos frente a la dimensión histórica interna que se expresa como alteración del orden social, dado con el surgimiento de una nueva significación imaginaria social, que se manifiesta como "desorden" en esa sociedad. Para Castoriadis, en este contexto, la creación de una nueva significación imaginaria social es *en realidad, algo interno de la institución que se manifiesta como algo significativo y negativamente evaluado* (2005, p. 73). De esta manera las sociedades cuestionan su propia institución, su representación del mundo, sus significaciones imaginarias sociales.

El imaginario radical. En nuestros entrevistados, el imaginario radical que se opone al orden instituido se presenta cuestionando y evaluando negativamente las actuales condiciones en que operan las instituciones de administración de justicia, y, por otro lado, las prácticas profesionales que han dado paso a la mala imagen del abo-

gado. En estos dos ámbitos es donde se manifiestan los propósitos de "cambio".

La institución heredada. El poder judicial se presenta para nuestros entrevistados como un sistema burocrático, obsoleto, mediocre, tardado y corrupto que no camina sino sobre la base de "propinas" que se da al personal de los juzgados para sacar adelante los juicios y operado, en algunos casos, por personas que no tienen conocimiento de la ley.

> *Es que, si no les das dinero, por ejemplo a los notificadores, no te pelan. Si no les dan dinero no notifican. Yo tengo que sacar dinero de mi bolsa porque en los asuntos que he llevado* [*dando el servicio social en un despacho jurídico gratuito de la Universidad de Guadalajara*]*, hay gente que en verdad no tiene dinero. ¿Entonces qué haces? Yo he tenido que sacar dinero de mi bolsa para darle al notificador. Si la señora no tiene 50 pesos para iniciar una demanda, ¿tú crees que va a tener 300 pesos para darle al notificador? También cuando tienen que emplazar es más dinero porque tienen que sacarle copia a todo el expediente. Pero si nada más vas y te paras como que hasta se burlan de ti. Una como abogada les dice..., mira, aquí en la libreta dice ¡ya tienes tal fecha! A veces hasta tienen el expediente adentro del escritorio, a mí me ha pasado, lo sacan y sí, ¡aquí está! Pretextos no faltan... Inventan cualquier cosa para no emplazar o notificar a las personas. Y tú vas con pena, oye, dices, ¡pobre señora tienen que ayudarla! Pero no.*
>
> *Los jueces también están bien corruptos. Uno como abogado "achichincle", ¿para dónde te haces? Si la autoridad está también bien corrupta. Hay términos de tiempo, pero a la hora que tú vas a decirles, "oye, ya ha transcurrido con demasía el plazo que tienes de ley, tuviste conocimiento del caso en tal fecha, al día de hoy no me has resuelto, ¿qué pasó?" Te van a contestar..., "es que la carga de trabajo..., es que no es nomás tu asunto". ¿Sabes qué me decían la*

semana pasada? *"Es que usted no tiene vida social". Y no, sí tengo.* ¿*Pero qué haces*? (E5).

La práctica de "dar propinas" es considerada como corrupción por los futuros abogados entrevistados por nosotros. En este sentido, entre nuestros entrevistados se presenta cierto grado de "autonomía", la cual implica "el cuestionamiento de la institución actual y abre la posibilidad de la alteridad, hacia la ruptura de la significación" (Castoriadis, 2008, p. 159).

Algunos entrevistados coinciden en que el abogado litigante puede hacer poco ante la corrupción y el retardo en la impartición de justicia, solamente actuar con ética y estar atentos en la observación de los plazos de ley para que un asunto se resuelva. Ellos conciben que en el futuro estas circunstancias puedan cambiar, ya que, como futuros abogados, de ellos depende no hacerse corruptos. Sin embargo, otro estudiante piensa que puede adoptar un papel más participativo. Cuando en E1 sale la idea del "cambio" preguntamos, ¿a qué te refieres con lograr un cambio?:

Si fuera yo, por ejemplo, subprocurador, a poder agilizar más, de ver cómo cambiar el sistema para que no fueran tan largos los juicios, que no fueran tan entretenidos. Es que pareciera que al que le pasan las cosas es al detenido... ¿A dónde va? ¿*Qué es esto*? ¡*No, están mal los papeles..., tráigase más juegos*! ¡*Que esto, que lo otro*! *A mí me gustaría cambiar todo eso, la atención que se les da las personas.*

Más que nada yo esperaría que el sistema que existe se pudiera mejorar, como reformar. Tú metes una demanda y que dentro de un mes va a salir apenas la orden y eso..., o sea..., que fuera más fluido. Por lo mismo es común ver que asaltaron a la gente y dicen..., ¿para qué? [*denuncian*]*...., la hacen muy larga, son muchos trámites, es muy largo el proceso... Yo pienso que si se resolviera de una manera más rápida la gente lo haría. Se iría por los medios correctos, adecuados,*

por los medios legales, pero siendo de una manera más rápida. Es lo que yo pienso, que sería cambiar el sistema que hay ahorita (E1).

En el caso de E1 su sentido de cambio se relaciona con la no aceptación de la burocracia y la dilación del poder judicial, y le gustaría "cambiar el sistema" de esta institución. Entre E1 y E5 opera un imaginario sobre el cambio institucional como resultado de sus propias acciones con diferentes grados de participación. Es decir, estos estudiantes ponen en cuestión el sentido preestablecido y liberan la creación de significaciones nuevas en las que, como individuos, son libres de crear para su vida profesional el sentido que quieren. Pero también reconocen que los cambios, específicamente en lo que se refiere a los órganos de impartición de justicia, pueden darse como consecuencia de acciones externas dirigidas hacia esta institución, como es el caso de la iniciativa del Gobierno Federal de aplicar pruebas de control de confianza entre los funcionarios del poder judicial.

Bueno, ahora tú vas a los juzgados y ahora sí se han puesto las pilas. Los actuarios, ministerios públicos, secretarios, son todos jóvenes, no pasan de la edad de 25 años o 26 años. ¿Entonces qué sucede? Que como son nuevos no están tan corruptos. Han estado depurando toda la gente vieja y hay pura gente nueva. Entonces es muy importante porque ellos no tienen la malicia de "dame dinero" o ellos no saben de eso nada. Yo conviví con dos "juezas" y tendrán a lo mucho 35 años. La gente que estamos estudiando el semiescolarizado, ya adulta, o ya tienen otras carreras o no nos queda otra más que litigar, y lo mismo la gente joven, de nosotros depende no hacernos corruptos (E5).

En este caso, el mencionado cambio se asocia a la actitud de funcionarios jóvenes, entre quienes aún no se han instituido las prácticas de corrupción. No obstante la afirmación *de nosotros depende no ha-*

cernos corruptos coloca la dimensión consciente de que somos los individuos quienes creamos la forma de ser de la institución. Para Castoriadis esto involucra la autonomía, la autoinstitución explícita que se conoce como tal, que se sabe tal, de no atribuir fundamentos extrasociales al origen de las instituciones:

> *Implica para la sociedad poner en tela de juicio las propias instituciones, destotemizarlas, quitarles el halo sagrado que tienen, y asumir que son los integrantes de la sociedad quienes les dan a esas instituciones el poder que tienen. Es una ruptura ontológica, hacer surgir del magma de significaciones sociales imaginarias nuevas significaciones, implicando, obviamente, la puesta en cuestionamiento de lo conjuntista-identitario* (Castoriadis, 2008, p. 205).

Como se puede ver, esta conceptualización de autonomía, además de reconocer el poder de autoinstitución, implica también el cuestionamiento de la lógica conjuntista-identitaria al no tomarla como algo "ya dado" y eterno, sino que se puede modificar y constituir otro tipo de institución. La autonomía también supone "querer ciertos tipos de instituciones de la sociedad y rechazar otros. Pero esto implica también querer un tipo de existencia histórica, de relación con el pasado y con el futuro" (Castoriadis 2008, p. 42).

Pero para otros estudiantes no podríamos hablar de propósitos de cambio propiamente, debido a que el cambio se presenta como algo externo a las prácticas profesionales de los litigantes, sino más bien de la influencia de lo imaginario instituido con respecto a esta institución con la aceptación de reglas heredadas:

> *el abogado se tiene que someter a las disposiciones de los organismos, el tiempo, tiene que estar cediendo el abogado* (E11); *yo pienso que es más bien cosa del poder judicial de erradicar esa situación y poner más efectividad en los trabajos para llevar bien su trabajo* (E18).

Con el conformismo que manifiestan estos estudiantes comenzamos a comprender que para ellos la corrupción es el destino al cual tendrán que someterse o adaptarse en su práctica profesional. Entonces se plantea el problema de su cometido profesional y de la competencia de cada uno para posibilitar o no posibilitar el cambio institucional, porque, en su concepción, la corrupción no les compete, ya que es generada solamente por los funcionarios judiciales. Ellos, al contrario de otros estudiantes, no imaginan que la alteración podría producirse con su participación mediante nuevas prácticas profesionales. Esto puede explicarse a través de un estado de la sociedad llamado "heteronomía", definida por Castoriadis (2008) *como el hecho de pensar y actuar como lo exigen la institución y el medio social* (p. 159). Más aún, la heteronomía encierra un estado donde la sociedad no reconoce que las instituciones son su propia creación y atribuye al otro, al heteros, su origen.

Como está presente en la conceptualización del imaginario social, las instituciones son creaciones de la colectividad, pero este hecho, la autoinstitución de las sociedades, es casi siempre disimulado por la misma institución, que aparece ante la colectividad como dada por instancias exteriores que, dependiendo de la institución de que se trate, pueden ser los ancestros, Dios, la razón, las leyes, etc. Así, en la heteronomía,

> *...los sujetos —atados a un mito desconocido por ellos como tal— atribuyen un origen extrasocial a las leyes que los gobiernan, como si no fuera obra de los humanos, como si todo fuera un instituido, perdiéndose la noción de la capacidad instituyente del colectivo* (Castoriadis, 2008, p. 205).

Lo que se consigue con esto es ocultar las fuentes del poder en el conjunto, y así el poder se hace más extraño a los individuos.

Pero también sucede que las instituciones quieren autoperpetuarse, y ellas mismas crean los instrumentos necesarios para tal fin, el principal de estos instrumentos es *fabricación de individuos conformistas* (Castoriadis, 2008, p. 172). Así, *la estructura rígida de la institución y el ocultamiento del imaginario radical instituyente corresponden a la rigidez del individuo fabricado socialmente, así como a la represión de la imaginación radical de la psychè* (Castoriadis, 2008, 172), de tal manera que la heteronomía puede entenderse también como el confinamiento de la imaginación radical en la repetición. Desde este punto de vista, las respuestas "el abogado se tiene que someter a las disposiciones de los organismos" y "es más bien cosa del poder judicial de erradicar esa situación" no es otra cosa que la manifestación de la heteronomía, donde queda excluida la reflexión sobre la autoinstitución.

La nueva práctica profesional. Una imagen desvirtuada del abogado se relaciona con un profesional con conocimiento experto de la ley, pero que no se apega a ella. Este conocimiento no lo usa para resolver los problemas de sus clientes, sino simplemente para aprovecharse de la ignorancia de ellos. En muchos impera el objetivo de hacerse ricos rápidamente por lo que son "dinereros" y roban a sus clientes. Éste es el estereotipo que los entrevistados han escuchado de la gente en general. Sin embargo, piensan que esta imagen con que se estigmatiza a estos profesionales no tiene que ver con la profesión de por sí, sino que es resultado de las malas prácticas de algunos. También tiene relación con la corrupción de los espacios donde el abogado ejerce profesionalmente.

En este sentido, los estudiantes hablan de "dignificar" la profesión con una nueva práctica. La imaginación radical se presenta con los deseos de introducir maneras diferentes del ser profesional: un profesional con ética que ayude a la gente con sus problemas legales, que ejerza el derecho porque le gusta y no por lucro, que realmente abogue por su cliente y lo aconseje sobre lo que más le

conviene, independientemente de si se arregla en los tribunales o por convenio, que practique el derecho con profesionalismo y vigile los términos legales de sus asuntos.

Me llama la atención el poder litigar..., pienso que serían cuestiones más bien mías de..., no sé..., de sentirme bien yo de resolver casos..., de, ¿cómo decirlo? De ayudarle a resolver los problemas a la gente. Un abogado que viera por el interés de las personas y no por el interés propio. Yo pienso que es como un político, porque de ti depende mucha gente, porque eres la conexión entre la persona y los órganos jurídicos. Entonces por eso yo creo el abogado debería ver por interés de la persona y no tanto decir, ¿cuánto le voy a cobrar? Porque hasta yo he visto, tengo conocidos, que hay casos que a lo mejor pueden resolverse en un mes, lo hacen muchas veces muy largo por lo mismo que lo quieren estar ahí..., mire que está muy pesado..., entonces yo pienso que un abogado ideal sería aquel que ve por la persona (E1).

Esta carrera está muy satanizada, se podría decir porque siempre han pintado al abogado como una persona corrupta, una persona que nada más roba, que se aprovecha de las personas para beneficiarse. Pero creo que en los últimos años se ha querido quitar esta idea en la población. Incluso varios maestros nos dicen que es trabajo de nosotros, las nuevas generaciones, el que se dignifique la visión negativa que se tiene del abogado (E9).

El defender. Aquí es donde yo no estoy muy de acuerdo, por eso es que no escogí el área penal, a pesar de que en mi trabajo el área penal es lo que llevamos, por lo que he visto no me gusta. Lo civil es lo que sí me interesa porque no es tan sucio, por así decirlo. Entonces, para mí ese es el papel del abogado, defender, pero siempre ser honesto y decir cuándo es una causa perdida. Por cuestión de mi trabajo, yo siempre doy el consejo de "más vale un mal arreglo que un buen pleito", porque al final van a pagar, se alarga el asunto, el abogado le están haciendo largas y al final pierde y de todos modos

van a pagar, entonces es preferible hacerlo más corto. Sobre todo eso, ser honestos, defender pero clarificar el panorama..., ¿saben qué? las consecuencias o lo que puede suceder es esto..., sí tenemos posibilidades, no tenemos posibilidades (E16).

Pero para otros estudiantes, el tema del deber ser del abogado ideal incluye aspectos que van más allá de la relación acostumbrada entre la profesión y sus clientes y de su injerencia en el campo profesional legal, porque se pretende incidir en otras áreas que tradicionalmente no corresponden a su ejercicio profesional. Por ejemplo, E2 dice que un abogado debería *querer un cambio verdadero en la sociedad*, sin precisar exactamente a qué se refiere con ello. Por su parte, E3 es más clara cuando dice que:

Creo que la función primordial del abogado tendría que ser educar a la sociedad. Si nosotros vamos a ser expertos en la materia, expertos en las leyes que rigen el país, no toda la sociedad las sabe, nada más un porcentaje muy pequeño, en la medida de nuestras oportunidades ir enseñando a las personas (E3).

Asimismo, para E5 el tema de la educación en la disciplina del derecho debe ser importante para la población en general y no solamente para los profesionales del derecho, ya que de esta manera dejaría de ser un medio de subsistencia de algunos y permitiría vivir realmente un Estado de Derecho:

Yo pienso que el derecho deberíamos de saberlo todos y desde el primer año de primaría debería la Secretaría de Educación Pública hacer que los niños conocieran la Constitución. Debería ser que todos conociéramos el derecho para poder transmitir esas ideas y viviéramos en mejor armonía entre todos y en igualdad (E5).

Independientemente del área de acción de los abogados, para E4 se requiere de un profesional de otro tipo, "un profesional culto que además del conocimiento de la materia legal tenga conocimiento de diversas áreas de conocimiento y de lo que está pasando en la sociedad".

La tensión entre la ley y la práctica. En estos momentos cabe preguntarnos, ¿cuándo es que el deseo de cambiar las prácticas que se critican deja paso a la reproducción de ellas mismas? Es decir, ya se ha evidenciado que existe un imaginario radical entre los estudiantes que rechaza la mala imagen de los abogados derivada de la práctica profesional y la corrupción que impera en las instituciones de administración de justicia. Se ha evidenciado también la tensión entre un estado de autonomía y un estado de heteronomía entre los estudiantes que piensan que sí pueden incidir en el cambio de las instituciones en las que habrán de operar y entre quienes piensan que no es un asunto que les compete. En este sentido, existe un imaginario radical que suscita un deseo de ruptura hacia el imaginario social instituido sobre la práctica profesional, pero, ¿cabe la posibilidad de repetir las mismas formas?

Es posible, si consideramos el conformismo de algunos estudiantes que ya hemos señalado en párrafos anteriores, pero también identificamos que en el transcurso del trayecto escolar opera un proceso tendiente a socializar a los estudiantes con la práctica profesional que puede derivar en la repetición institucional. Para Castoriadis, el imaginario radical, que es instancia incesante de representaciones, de deseos y de afectos puede resultar no adecuado para que el individuo "funcione" según las reglas de algunas instituciones. Entonces es necesario que:

> *...esta imaginación radical de los seres humanos sea dominada, canalizada, regulada y convertida en apta para la vida en sociedad y también para lo que llamamos realidad. Eso se lleva a cabo mediante*

> *su socialización, en el curso de la cual absorben la institución de la sociedad y sus significaciones, las interiorizan, aprenden el lenguaje, la categorización de las cosas, lo que es justo e injusto, lo que se puede hacer y lo que no se debe hacer, lo que hay que adorar y lo que hay que odiar. Cuando esta socialización opera, la imaginación radical, hasta cierto punto, se encuentra ahogada en sus manifestaciones más importantes y su expresión adquiere un carácter de conformidad y de repetición* (Castoriadis, 2008, p. 153).

Para los estudiantes de la carrera de derecho, la primera socialización con la profesión se inicia a través del aleccionamiento que los maestros hacen por medio del currículo oculto con el cual transmiten su particular forma de ver lo que es ser un buen abogado El currículo oculto, también denominado implícito, aparece cuando el currículo realizado no corresponde o va más allá del currículo oficial y explícito y puede terminar siendo una manera efectiva de transmitir conocimientos, comportamientos, actitudes y valores (Torres, 1991).

Este currículo se refiere a aspectos de la vida cotidiana que no están previstos en el currículo oficial, pero están presentes en cualquier tipo de intervención educativa y las relaciones continuas entre profesores y estudiantes puede constituir un medio efectivo de transmisión ideológica. Por ejemplo, a E1 le han dicho varios maestros que: *el derecho es, en sí, manejar tus conocimientos, con tus oportunidades hacer que las leyes se adecuen a tu problema*. En este sentido, si bien los maestros pretender socializar al estudiante y prepararlo para su incorporación al mundo profesional transmitiendo valores, como que lo importante no es la ley sino que el abogado gane el caso, la construcción de este *ethos* profesional entra en contradicción con el currículo explícito. A este respecto, E6 señala que en clases ha discutido con maestros, quienes le dicen que *la ley es una y en la actuación, en los juzgados, es otra*. Él pregunta, ¿por

qué si la ley es tan clara por qué tiene que ser de otra manera? Los maestros le contestan *es que estando allá lo van a ver y tienen que adaptarse*. Por lo menos en esta fase de formación profesional, los intentos de repetición institucional presentan resistencias:

> *Yo pienso que lo correcto debería ser que el problema se adecuara a las leyes, porque no pienso que las leyes estén mal. Más bien lo que está mal es el uso que se les da, porque una ley no puede ser imperfecta, porque la misma sociedad las creó, se supone que para resolver los problemas, pero más bien yo pienso que es el sistema el que no las sabe emplear* (E1).

Entonces, si queremos abogados diferentes capaces de una actividad reflexiva propia para no entrar en una repetición, los contenidos y los objetivos de la actividad educativa tendrían también que ser diferentes y permitir el desarrollo de la imaginación radical porque: *allí es donde se encuentra la fuente de la contribución del individuo a la creación social-histórica. Y es por ello que una educación no mutiladora, una verdadera paideia, posee una importancia capital* (Castoriadis, 2008, p. 173).

Consideraciones finales

El imaginario social de la profesión de abogado se constituye por diversas imágenes con atribuciones opuestas. Por una parte, aparece la imagen del abogado ligada con el éxito económico, con un mejor estatus profesional en relación con otras profesiones, idónea para desarrollarse en espacios políticos y para ocupar los más altos cargos en diferentes poderes y niveles de la estructura político-administrativa del Estado, como suelen ser jueces, magistrados, procuradores de justicia y hasta presidentes de la república. En este sentido, esta "élite jurídica", según la segmentación que hacen Fix-Fierro y

López-Ayllón (2006), suele constituir un aliciente poderoso para la formación de las expectativas profesionales de los estudiantes más jóvenes. También encontramos que las expectativas profesionales se van creando de acuerdo con condiciones de la trayectoria ocupacional previa de los estudiantes. Aquellos que pasan los 30 años de edad, que ya tienen otra profesión y trabajan en ellas, solamente pretenden continuar las actividades que hacen ahora, aunque eso sí, aplicando los conocimientos que les dará el derecho.

Por otra parte, las imágenes negativas se construyen con referencia a comportamientos ligados a la práctica profesional que contradicen principios básicos de la deontología profesional, como la moral y la ética, y valores como la honestidad. Los estudiantes envuelven estas prácticas con el término genérico de "corrupción", y describiendo al abogado corrupto como un abogado "dinerero", rata, chueco o deshonesto. La práctica profesional corrupta también se origina como resultado de la manera en que operan las instituciones que tienen la función de instrumentar la aplicación de la justicia. Las imágenes negativas son ignoradas en la elección de carrera bajo el argumento de que "no todos somos iguales".

En cuanto a las expectativas que se tienes de la profesión, emerge la búsqueda del interés personal individual con la obtención de éxito económico, reconocimiento social y posiciones de poder en el sistema de administración de justicia. Los menos se refieren simplemente a ejercer la profesión como abogados litigantes. Como expectativa futura también surge el propósito de cambio pensando incidir en campos propios del ejercicio profesional, como las malas prácticas que han dado paso a las imágenes negativas de los abogados, y en las actuales condiciones de corrupción y retardo en la impartición de justicia en las que operan las instituciones de administración de justicia.

Cuando reflexionamos sobre las relaciones entre la elección de la carrera de derecho con las dimensiones del imaginario social que

trabajamos en esta investigación, notamos su complejidad, ya que en diversos momentos la elección es significada con el imaginario social no sólo de la profesión y del derecho sino también con otras significaciones relacionadas con la familia o con resultados en espacios laborales concretos. Concretizando, el imaginario social del derecho se relaciona con la elección de la carrera en cuanto los estudiantes consideran que el derecho es una disciplina que plasma valores socialmente perseguidos en reglas jurídicas con la función de instrumentar el orden y la justicia. Además, no existe actividad social alguna que pueda sustraerse de la función ordenadora del derecho; en este sentido, consideran que el campo profesional de la disciplina es amplio. También sucede que los estudiantes aprecian más la disciplina del derecho cuando la comparan con otras disciplinas.

Por último, a lo largo de la exposición de los resultados de nuestra investigación, en diversos momentos estuvo rondando el tema de la corrupción en el sistema de administración de justicia. Algunas causas de la presencia de este fenómeno fueron asociadas con las excesivas cargas de trabajo y los bajos sueldos de los funcionarios judiciales, el tráfico de influencias entre abogados litigantes "de prestigio" y jueces, y a la necesidad de recurrir al soborno monetario hacia funcionarios menores para sacar adelante diversas etapas de los procesos judiciales. Sin embargo, pensamos que la complejidad del fenómeno no se suscribe solamente a estos elementos, por lo que sería necesario precisar en estudios futuros la profundidad del problema y sus expresiones concretas.

Fuentes

Adler-Lomnitz, Larissa y Jorge Gil-Mendieta (2002). "El neoliberalismo y los cambios en la elite de poder en México". *Revista hispánica para el análisis de las redes sociales*, vol. 1, Número 5, pp. 1-23.

Adler Lomnitz, Larissa y Rodrigo Salazar (2006). "Elementos culturales en el ejercicio profesional del derecho en México. Redes informales en un sistema formal". En: *Del gobierno de los abogados al imperio de las leyes. Estudios sociojurídicos sobre educación y profesión jurídicas en el México contemporáneo*, Héctor Fix-Fierro, editor, pp. 115-182. México: UNAM.

Camp, Roderic A. (1992). *Los líderes políticos de México. Su educación y reclutamiento*. México: FCE. [Publicado originalmente en 1984].

_____ (1996). *Reclutamiento político en México*. México: Siglo XXI Editores.

Castoriadis, Cornelius (2003). *La institución imaginaria de la sociedad*. vol. 2. Argentina: Tusquets Editores.

_____ (2005). *Los dominios del hombre: las encrucijadas del laberinto*. Barcelona: Gedisa.

_____ (2008). *El pensamiento de Cornelius Castoriadis*. vol. 2. S/C: Ediciones Proyecto Revolucionario.

Cleaves, Peter (1985). *Las profesiones y el Estado: El caso de México*. México: El Colegio de México.

Fix-Fierro, Héctor y Sergio López-Ayllón (2006). "¿Muchos abogados, pero poca profesión? Derecho y profesión jurídica en el México contemporáneo". En: *Del gobierno de los abogados al imperio de las leyes. Estudios sociojurídicos sobre educación y profesión jurídicas en el México contemporáneo*, Héctor Fix-Fierro, editor. Pp. 1-60. México: UNAM.

Gómez Bueno, Carmen (1996). "El género y el prestigio profesional". En: Reis, Revista española de investigaciones sociológicas, issn 0210-5233, Nº 75, pp. 215-234.

Montoro Gurich, Carolina, Dolores López Hernández y Neus Caparrós Civera (2006). *Familia y cambio social en la España del siglo XX*. Madrid: Ediciones Rialp.

Schwartz, Howard y Jerry Jacobs (1979). *Qualitative Sociology: A Method to the Madness*. California: Free Press.

Torres Santomé, Jurjo (1991). *El curriculum oculto*. España: Ediciones Morata.

Normas editoriales

revista
Jurídica
Jalisciense

Es claro que lo único permanente es el cambio. En un deseo de mejorar el manejo de esta revista, hemos tomado el Sistema APA, edición tercera en español y sexta en inglés, en especial sus apartados 6: *Citación de fuentes*, y 7: Ejemplos de referencias, para responder a los intereses de quienes escriben y leen esta publicación.

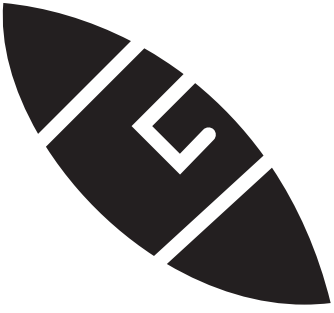
- Originales: Una vez presentados a la *Revista*, no se deben ofrecer a otras publicaciones en un plazo razonable, dentro del cual se informará al autor de su aceptación, de la necesidad de ajustes, o del rechazo de la colaboración recibida.
- Por el simple hecho de enviar colaboraciones se entiende que se cede el derecho de publicación en favor de la Universidad de Guadalajara.
- Extensión: Entre 5 500 y 10 000 palabras, incluidos figuras, gráficas, anexos y fuentes.
- Estructura: Título bilingüe, corto, de un máximo de diez palabras. (Se puede usar el primer párrafo para puntualizar el tema cuando sea complejo).
- Dividido en capítulos, que soporte el desarrollo lógico del tema y culmine con un capítulo final de "Conclusiones" o "Conclusiones y propuestas," que pueden ser independientes.

- Los ensayos deberán estar redactados en español, y acompañados de un resumen y con indicación de las palabras clave. Tanto el resumen como las palabras clave deben presentarse en español y en inglés.
- El resumen y el *abstract* se han de escribir en un párrafo con un mínimo de 50 palabras y un máximo de 90.
- Las palabras clave, en inglés y español, serán entre tres y cinco.
- Referencias dentro del texto han de ser mínimas, y aparecer entre paréntesis, versión APA.
- Las notas al pie han de ser de un máximo de 60 palabras y sólo para aclaraciones indispensables. De preferencia, no usarlas.
- Se pueden incluir anexos, en caso de ser necesario; se adjuntarán al final del ensayo y antes de 'Fuentes'. Eso permite una mayor libertad para las explicaciones adicionales.
- *Cursivas para títulos, transcripciones de doctrina y palabras en idioma distinto al español.*
- **Negritas para énfasis.**
- Fuentes, en orden alfabético de apellidos de autores, con sangría francesa. Las consultas a las páginas de internet deberán consignarse con fechas exacta y además expresar claramente a quién pertenece cada una de ellas.
- Los apellidos que comienzan con: *de*, *del*, *de la*, *von*..., se alfabetizan con la palabra plena que sigue: Cueva Mario de la, Trap Philliph, von.
- Los títulos de un mismo autor se colocan en orden cronológico ascendente (del más antiguo al más reciente), después se colocan aquellos donde es autor principal acompañado de otro u otros, también en orden ascendente.
- Las diversas instituciones que se conocen por siglas las conservarán, y dichas siglas se inscribirán en el interior del texto para su identificación, con los datos de año y página si la hubiere, como se ve en los ejemplos que siguen.

» CEPAL Comisión Económica para América Latina y el Caribe: *Panorama Social de América Latina.* Naciones Unidas, 2015.
» CIDH Comisión Interamericana de Derechos Humanos: *Informe Anual 2015.* Washington, 2016.
» CLEC Consejo Legislativo del Estado Carabobo: *Acuerdo de respaldo N° 0045-2015 de fecha 21/07/2015*, Gaceta Oficial del Estado Carabobo / Extraordinaria N°5372. Carabobo.

- Las direcciones de internet deben registrar en primer lugar su titular, con su nombre completo a la que antecederán siglas de identificación y año, con las cuales se registrará en el interior del texto; *V. gr.:*
  » IVAD: *Gestión de gobierno y coyuntura política. Estudio Nacional. Del 08 al 16 de agosto de 2015,* Venezuela, 2015. En: http://doctorpolitico.com/wp-content/uploads/2015/08/IVAD-Agosto-2015.pdf
- ORIGEB: Oficina Regional de Información de la Gobernación del Estado Barinas: Revolución en movimiento olp 22-09-15, Barinas, 28-ix-2015. En: https://www.youtube.com/watch?v=7vj2QsO6AqY
- Enviar los ensayos a la dirección electrónica personal de María Luisa Chumacero Alarcón: chumacero_alarcon@hotmail.com
- Proporcionar la manera de localizar al autor, tanto para enviar el resultado de dictamen como, en su caso, para señalar la necesidad de ajustes: Domicilio profesional, teléfonos fijos, celulares, direcciones electrónicas, asistentes personales.
- Ficha técnica y *curriculum* corto y extenso, del autor o los autores. justificados.
- El Comité Editorial, así como los árbitros internos y externos, operan como órgano colegiado y confidencial, su decisión será compartida e inapelable y se dará a conocer a través de la Dirección de la *Revista*.

- Las computadoras dan en automático varios sistemas de citación y registro de fuentes. Es un buen auxiliar. Vean la versión mencionada de APA. Si lo desean, la *Revista Jurídica Jalisciense* los apoyará por intermedio de sus directivos.
- Por último, en el latín no existen acentos, por tanto jamás se tildan, y se escriben con cursivas (bastardillas), como todos los extranjerismos que aparezcan en el texto. A veces el sistema cambia las palabras, pues quienes crearon las órdenes para las computadoras tienen, al igual que todo el mundo, sus propias fallas.



Revista Jurídica Jalisciense
AÑO XXVIII. 2018. Núm. 59.
Julio-diciembre 2018
Se terminó de imprimir en julio de 2018
en Ediciones de la Noche
Madero # 687, Centro
Guadalajara, Jalisco, México.

La edición consta de 200 ejemplares

Diseño:
Ediciones de la Noche

Corrección:
María Luisa Chumacero Alarcón

Traductor Honorífico:
Javier Alexandro González Rodríguez