



**ESTUDIOS EN TORNO  
A LA ADMINISTRACIÓN  
Y PROCURACIÓN DE JUSTICIA  
EN LAS ENTIDADES FEDERATIVAS**

Claudio Antonio Granados Macías  
*Coordinador*



**ESTUDIOS EN TORNO  
A LA ADMINISTRACIÓN  
Y PROCURACIÓN DE JUSTICIA  
EN LAS ENTIDADES FEDERATIVAS**



**ESTUDIOS EN TORNO  
A LA ADMINISTRACIÓN  
Y PROCURACIÓN DE JUSTICIA  
EN LAS ENTIDADES FEDERATIVAS**

Claudio Antonio Granados Macías

*Coordinador*



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA  
DE AGUASCALIENTES

**ESTUDIOS EN TORNO  
A LA ADMINISTRACIÓN Y PROCURACIÓN DE JUSTICIA  
EN LAS ENTIDADES FEDERATIVAS**

Primera edición 2022

Universidad Autónoma de Aguascalientes  
Av. Universidad 940,  
Ciudad Universitaria, C.P. 20100  
Aguascalientes, Ags., México  
editorial.uaa.mx  
libros.uaa.mx

*Coordinador*

Claudio Antonio Granados Macías

*Autores*

Claudio Antonio Granados Macías  
María Guadalupe Márquez Algara  
José Manuel López Libreros  
José Luis Eloy Morales Brand  
Miguel Ángel Veloz Romo  
Oscar Arnulfo de la Torre de Lara

ISBN 978-607-8909-06-3

Hecho en México / *Made in Mexico*

Este libro fue dictaminado por pares académicos en la modalidad doble ciego.  
Es producto de la investigación de los integrantes del Cuerpo Académico UAA-CA-32.

# ÍNDICE

Presentación	9
<i>Claudio Antonio Granados Macías</i>	
El servicio profesional de carrera del Ministerio Público	13
<i>Claudio Antonio Granados Macías</i>	
La violencia contra los niños en México. Una radiografía del terror	43
<i>María Guadalupe Márquez Algara</i>	
Normas de origen del TMEC. Notas desde una visión jurídica y local	73
<i>José Manuel López Libreros</i>	
Evidencias y protección jurisdiccional en el proceso penal acusatorio	97
<i>José Luis Eloy Morales Brand</i>	
Consecuencias jurídicas ante la falta de regulación de la responsabilidad patrimonial del Estado en el ámbito local	131
<i>Miguel Ángel Veloz Romo</i>	
La disputa por el maíz: esquizofrenia legal y políticas públicas	149
<i>Oscar Arnulfo de la Torre de Lara</i>	



# PRESENTACIÓN

El cuerpo académico de Administración de Justicia de la Universidad Autónoma de Aguascalientes, a través de la obra titulada *Estudios en torno a la administración y procuración de justicia en las entidades federativas*, expone un conjunto de trabajos de investigación que han desarrollado sus integrantes, permitiendo que investigadores, académicos y alumnos interesados en los estudios de la administración de justicia con un enfoque local y regional, encuentren en el texto que ponemos en sus manos la generación de conocimiento reciente y relevante en la materia.

La obra inicia con el trabajo titulado “El servicio profesional de carrera del Ministerio Público”, en el que el doctor Claudio Antonio Granados Macías hace un análisis de los retos, avances y retrocesos en torno al servicio profesional de carrera como medio indispensable para alcanzar la autonomía constitucional del Ministerio Público, tomando como parámetro de su

implementación el proceso de concreción de la carrera judicial, todo estudiado en el ámbito local a partir de los cambios constitucionales nacionales de 1994.

La doctora Ma. Guadalupe Márquez Algara presenta su aportación denominada “La violencia contra los niños en México. Una radiografía del terror”. En ella, la autora presenta el fenómeno de la violencia contra la infancia en México, observando su evolución, para demostrar cómo las instituciones establecidas para proteger a niños, niñas y adolescentes no ha cumplido con su propósito, negándoles el acceso a la justicia y la protección de sus derechos.

El doctor José Manuel López Libreros hace un estudio jurídico, con una óptica local, en torno a las formas en que se gestiona el comercio a través de los esquemas preferenciales comerciales pactados en los acuerdos internacionales y su impacto en las zonas geográficas que se benefician con la atracción de inversiones y procesos productivos. Su texto lo titula “Normas de origen del TMEC. Notas desde una visión jurídica local”. El Banco Mundial, en su trabajo *Doing Business in Mexico*, hace un análisis de la eficiencia de la judicatura local en el rubro del cumplimiento de los contratos que facilita a los inversionistas nacionales y extranjeros información pertinente para invertir en aquellas entidades federativas con mejores condiciones de cumplimiento del Estado de derecho, para iniciar un negocio, el registro de una propiedad, la obtención de créditos y, como lo mencionamos, el cumplimiento de los contratos.

El doctor José Luis Eloy Morales Brand presenta el trabajo “Evidencias y protección jurisdiccional en el proceso penal acusatorio”. Plantea que la finalidad de los sistemas de justicia penal acusatorio en Latinoamérica es reducir las violaciones a los derechos humanos en el sistema, particularmente en las fases de investigación y ejecución. Plantea que uno de los principales fines del sistema penal acusatorio es que los jueces se conviertan en tuteladores de derechos; es por ello que propone explicar las funciones de control de los jueces del proceso

penal acusatorio para proteger los derechos de los involucrados a través de las prohibiciones de evidencias que hayan sido obtenidas con violación a derechos, distinguiendo algunas actividades de los juzgadores, pero coincidiendo en que todos son jueces de control de constitucionalidad y convencionalidad, es decir, de protección de derechos y del logro de su efectividad.

En la aportación denominada “Consecuencias jurídicas ante la falta de regulación de la responsabilidad patrimonial del Estado en el ámbito local”, el doctor Miguel Ángel Veloz Romo estudia el decreto que reforma, desde el año 2002, al artículo 113 constitucional, en el que se incorporó la responsabilidad patrimonial del Estado, el cual, a más de 20 años de su expedición, aún hay entidades federativas que no han generado una normativa local en materia de responsabilidad patrimonial del Estado, violando un mandato constitucional. La carencia de normas a nivel local en la materia, ha generado criterios jurisprudenciales por parte de los tribunales federales, que, si bien han tratado de resolver la problemática existente, generan incertidumbre en cuanto al procedimiento para hacer válido el derecho a una indemnización por los daños causados a través de una actividad administrativa irregular.

Por su parte, el doctor Óscar Arnulfo de la Torre de Lara presenta el texto “La disputa por el maíz: esquizofrenia legal y políticas públicas”, donde analiza el impacto que tendrá el uso del maíz transgénico en México, ya que el orden jurídico vigente en México está constituido tanto por los derechos fundamentales reconocidos en nuestra Constitución federal y en los tratados y convenios de derechos humanos celebrados y ratificados por México (bloque de constitucionalidad), así como por tratados y acuerdos comerciales celebrados por el Estado mexicano, mediante los cuales acoge las exigencias y necesidades del fundamentalismo de mercado. De modo que las alternativas jurídicas dependen no sólo de la normatividad en sí, sino de la interpretación y el uso que realizan los pueblos y comunidades indígenas y campesinas —y sus aliados— en la defensa de los maí-

ces nativos y el resto su patrimonio biocultural, frente al despojo legalizado y los megaproyectos extractivos. Ahora, si bien es cierto que México se obligó a adherirse al Acta UPOV 1991 mediante la firma del T-MEC y el TPP, este punto en concreto no fue discutido ni se consultó en términos del Convenio 169 de la OIT, ya que no atiende al interés común ni al interés público; al contrario, tal adhesión atiende al intereses privados del oligopolio agroindustrial global y genera el incumplimiento de las obligaciones del Estado mexicano derivadas del derecho internacional de los derechos humanos, por lo que en aras conservar la soberanía nacional y alimentaria del país y con fundamento en los artículos 1 y 133 de la CPEUM debe rechazarse la adhesión de México al Acta UPOV 1991.

Finalmente, quienes formamos parte del cuerpo académico de Administración de Justicia queremos agradecer el apoyo brindado por el doctor en Ciencias Francisco Javier Avellar González, rector de la Universidad Autónoma de Aguascalientes; al doctor en Turismo Ismael Manuel Rodríguez Herrera, director general de Difusión y Vinculación, y al equipo editorial de la Universidad Autónoma de Aguascalientes.

Ciudad Universitaria, Aguascalientes, otoño de 2022

*Se lumen proferre*

EL COORDINADOR

# EL SERVICIO PROFESIONAL DE CARRERA DEL MINISTERIO PÚBLICO

*Claudio Antonio Granados Macías\**

## Introducción

En el índice de democracia que publica *The Economist*, se observa que la democratización sufrió más retrocesos en el ejercicio 2021, lo que ha provocado que menos de 50% de la población mundial viva en Estados democráticos, mientras que el resto vive en regímenes autoritarios que van ganando terreno en la gobernanza mundial.<sup>1</sup>

En el documento se hace patente cómo en 2021 la caída de la democracia en América Latina ha sido la más alta registrada en todo el orbe y la sexta de forma consecutiva, pasando

---

\* Profesor-investigador titular C del Departamento de Derecho de la Universidad Autónoma de Aguascalientes, Candidato del SNI, perfil PROMEP, doctor en Derecho por la Universidad de Guadalajara y doctor en Ciencias Sociales y Humanidades por la UAA. Correo: cagranados@correo.uaa.mx, ORCID: 0000-0003-4327-272X.

1 The Economist Intelillage, *Democracy Index 2021. The China challenge*, 2022, p. 3. Recuperado de <https://www.eiu.com/n/campaigns/democracy-index-2021/>.

de 6.09 en 2020 a 5.83 en 2021, debido a una fuerte disminución en el puntaje de cultura política, incluido el creciente escepticismo sobre la capacidad de los gobiernos democráticos para abordar los problemas de la región y aumentar la tolerancia a los gobiernos autoritarios.<sup>2</sup> México ocupa la posición 86 del índice mundial y el lugar 17 de 24 países en América Latina, dejando de ser considerado una democracia defectuosa para pasar a la categoría de régimen híbrido.<sup>3</sup> Una de las conclusiones a las que arriba el índice es que el compromiso ciudadano a políticas democráticas es cada vez más débil en América Latina, lo que ha dado lugar al crecimiento de populistas liberales como Jair Bolsonaro, en Brasil, y Andrés Manuel López Obrador, en México, que fomentan prácticas autoritarias.<sup>4</sup>

El retorno al autoritarismo en México es uno de los múltiples obstáculos para el funcionamiento del Estado de derecho,<sup>5</sup> ya que la concentración del poder corrompe el marco constitucional en detrimento de las libertades y derechos de los gobernados y del principio de legalidad, así como de los mecanismos constitucionales que distribuyen las competencias en los tres niveles de gobierno, lo que fomenta la corrupción y vulnera la autonomía e independencia de la Judicatura y del Ministerio Público.

Con el establecimiento de la democracia y la creación de legislación e instituciones relacionadas con el acceso a la información, se provocó un mayor escrutinio de los medios de comunicación, se expandieron las redes sociales y el uso de técnicas más refinadas de medición de la opinión pública y del compromiso

---

2 *Ibid.*, p. 47.

3 *Ibid.*, p. 49.

4 *Ibid.*, p. 9.

5 En la encuesta de Consulta Mitofsky “Aprobación Presidencial promedio” de agosto 2022, en el índice “Áreas de Gobierno” rubros: “Hacer que los demás respeten la ley” el gobierno apenas obtuvo una evaluación del 28.4% de aprobación, siendo el indicador más bajo de los que integran el rubro. En el de “disminuir la corrupción” obtuvo un 39.3% de aprobación, en <https://www.mitofsky.mx/post/aprobacion-amlo-agosto-2022>.

ciudadano permitieron tener una radiografía y comprensión más clara del fenómeno de la ilegalidad.<sup>6</sup>

Las causas de la corrupción son diversas, pero podemos inferir que las han propiciado los vacíos en los mecanismos de control institucional, creando incentivos para actuar en la ilegalidad tanto a ciudadanos como autoridades. También las regulaciones laberínticas imponen la necesidad de recurrir a prácticas corruptas para eludirlas en la relación gobernado-gobernante. Un problema estructural y endémico para la práctica rutinaria de la legalidad radica justamente en la debilidad de uno de los fundamentos esenciales de la democracia y del sistema de valores en que una sociedad cree: el respeto que la ciudadanía sienta, tenga y practique por la ley y las instituciones. Hace 22 años, Héctor Aguilar Camín señaló que “el compromiso de la ciudadanía con la legalidad es bajo. México no vive un Estado de derecho sino en un Estado de ilegalidad consentida”.<sup>7</sup>

El problema es complejo. Tiene que ver con un serio déficit en la manera como se trasmite e internaliza el concepto y la práctica de la legalidad en los procesos de socialización de niños y jóvenes, tanto en la familia como en las iglesias, la escuela y los medios, que son los formadores tempranos. Pero también se relaciona con la falta de incentivos para cumplir la ley y con una especie de colapso en el sistema que transfiere valores, dentro de una comunidad, mediante el efecto imitación.

La ilegalidad se vuelve sistemática, sistémica, crónica y consentida, disuelve los fundamentos éticos y culturales que deben cohesionar a una sociedad, estimula a los individuos y las organizaciones a actuar por fuera y no por dentro de las reglas del sistema, introduce distorsiones en los mercados económicos y les cuesta dinero a las personas, a las empresas, al gobierno y al país. Por ello, para disminuir el problema hay que comprender su complejidad, introducir innovaciones en sus ámbitos más

---

6 Granados Roldán, Otto, “La corrupción consentida”, *Nexos*, 1 de abril de 2015, en <https://www.nexos.com.mx/?p=24569>.

7 Aguilar Camín, Héctor, *La semilla y la ceniza*, México, Cal y Arena, 2000, p. 104.

recurrentes y contar con un mapa de navegación legal, institucional, tecnológico y educativo. Hay que desmontar los incentivos que lo motivan para reducir los beneficios que genera y edificar un ambiente colectivo que premie la honestidad.<sup>8</sup>

En el sentido anterior, la falta de confianza en las instituciones de administración y procuración de justicia es latente entre la población. Así, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, cabeza del Poder Judicial, aparece en la onceava posición del indicador de confianza en las instituciones, dentro del espectro de confianza media, muy por abajo del nivel de confianza que los mexicanos le dan a las redes sociales que están en la posición cinco de 19 instituciones medidas.<sup>9</sup> Por lo que hace al Ministerio Público, en 2021 el nivel de confianza que la ciudadanía le otorgó a la Fiscalía General de la República fue de 65.8% frente al 57.7% obtenido por las fiscalías estatales.<sup>10</sup>

Los indicadores e informes en materia de transparencia, imperio de la ley y corrupción, muestran a un México sumido en la ilegalidad y carencia de un Estado de derecho basado en la igualdad ante la ley. Así, por ejemplo, en el Corruption Perceptions Index 2021, de Transparencia Internacional, México ocupa el lugar 129 de 180 países evaluados, acompañado de Gabón y Níger.<sup>11</sup>

Los datos hacen patente el nivel del problema que venimos arrastrando por consolidar un Estado de derecho capaz de combatir la ilegalidad y corrupción. Con la creación del Sistema Nacional Anticorrupción se refrenda la necesidad de fortalecer como política pública la creación de un sistema de servicio civil de carrera, que dé incentivos al mérito en el desempeño de la

---

8 *Idem.*

9 Ranking Mitofsky, *Confianza en México: Instituciones*, México, 2020, p. 4, en <http://www.consulta.mx/index.php/encuestas-e-investigaciones/item/1407-confianza-2020>.

10 INEGI, *Estadísticas a propósito del día nacional del Ministerio Público*, México, INEGI, 2021, p. 5, en [https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/aproposito/2021/EAP\\_MINPUB2021.pdf](https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/aproposito/2021/EAP_MINPUB2021.pdf).

11 Transparency International, "Corruption perception 2021", *The Global Anti-Corruption Coalition*, en <https://www.transparency.org/en/cpi/2021>.

función pública. Es en el siguiente apartado que estudiemos un caso de éxito que fue la implementación de la carrera judicial con motivo de la reforma constitucional de 1994, la que consideramos un modelo útil para la consolidación del servicio profesional de carrera del Ministerio Público y sus órganos auxiliares.

## La carrera judicial

El diccionario de la lengua española define la carrera judicial como el “conjunto de los funcionarios que integran la magistratura”. Sin embargo, esta conceptualización, para los efectos de este trabajo, resulta limitado, ya que sólo hace referencia al grupo que conforma el personal jurisdiccional del Poder Judicial, lo que nos obliga recurrir a la doctrina para tener una mejor comprensión del término. En el diccionario jurídico mexicano se conceptualiza la carrera judicial como el conjunto o la escala de los grados del oficio judicial; o bien como la profesión que ejercen los funcionarios judiciales o la serie de grados desde el inferior hasta el superior, por los cuales van ascendiendo los funcionarios judiciales. Implica la carrera judicial también el tránsito de etapas o escalones progresivos que pueden recorrer los jueces profesionales (con título o licencia para ejercer las profesiones jurídicas o el especial para el desempeño en la judicatura), abarcando un periodo preliminar (cursos en la escuela judicial dada la condición propia de los conocimientos y experiencias de la función de juzgamiento), el ingreso (no por designación discrecional, sino por reconocimiento de los méritos del aspirante), las promociones (obtenidas por fiel cumplimiento de los quehaceres judiciales) y el retiro reglamentario.<sup>12</sup>

José Ramón Cossío Díaz considera que las notas predominantes de la carrera judicial se integran por “Un conjunto de normas por virtud de las cuales el desempeño de los cargos

12 Flores García, Fernando, “Carrera judicial”, *Diccionario jurídico mexicano*, 10a. ed., México, Porrúa/Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 1997, t. I, p. 420.

jurisdiccionales y las posibilidades de movilidad (horizontal o vertical) en la organización jurisdiccional (selección, ingreso, adscripción, readscripción, promoción y remuneración) dependen de los resultados obtenidos en concursos o de la acumulación de años de servicio y/o de méritos como juzgador.”<sup>13</sup>

Así, la carrera judicial incorpora una serie de elementos que no la limitan a ser un mero escalafón, sino que, “[...] implica un sistema basado en el establecimiento de parámetros y principios objetivos que rigen aspectos como la selección, permanencia, ascenso y remoción de los funcionarios jurisdiccionales, a fin de evitar la existencia de factores políticos o de otra índole en el desarrollo de la actividad judicial”.<sup>14</sup>

A partir de lo expuesto, se puede señalar que la carrera judicial lleva implícita “[...] la necesidad de cursar programas especiales de formación y preparación para la función judicial y, de manera más destacada, la aprobación de diversos exámenes teóricos o prácticos en el marco de un sistema de concursos de oposición tanto internos como libres”<sup>15</sup>. Por lo anterior, la carrera judicial implica una serie de condiciones para el ingreso, formación, promoción y permanencia de los funcionarios judiciales, basada en criterios objetivos que contribuyan al logro de la independencia judicial y a la excelencia en el servicio de administración de justicia.

El órgano garante de la carrera judicial es el denominado Consejo de la Magistratura o Judicatura, que analizaremos, no de forma exhaustiva, sino con el propósito de establecer cuál es su vinculación con la carrera judicial.

El Consejo de la Judicatura o Magistratura (de cualquier país) es, en su naturaleza, “[...] un órgano colegiado de compo-

---

13 Cossío Díaz, José Ramón, *Jurisdicción federal y carrera judicial en México*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 1996, pp. 88 y 89, y Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Las garantías jurisdiccionales*, México, SCJN/Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis, 2006, p. 109.

14 Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Las garantías jurisdiccionales*, p. 110.

15 *Idem*.

sición heterogénea en su origen, con las funciones de gobierno del tercer poder integrante del gobierno”.<sup>16</sup>

En el caso mexicano, la creación del Consejo de la Judicatura fue el resultado de la iniciativa presentada por el presidente Ernesto Zedillo ante el Senado de la República el 5 de diciembre de 1994, una iniciativa de reformas constitucionales enfocadas a reconocer la plena autonomía e independencia del Poder Judicial, rediseñando su estructura, facultades y organización. En el proyecto también contempló la modernización de la procuración de justicia.

El fin de la enmienda era transitar hacia el cumplimiento constitucional de dar acceso a los gobernados a un sistema judicial eficiente, eficaz, imparcial y autónomo como acontece en una nación de primer mundo, donde el principio de legalidad y el control constitucional garantice que las libertades y derechos sean la base de actuación del Estado. En la reforma, el presidente da el paso definitivo para transitar a la democracia. Establecer una judicatura respetada, capaz de constituirse como protectora de la Constitución, permitiría lograr el objetivo.

Es importante resaltar que la figura del Consejo de la Judicatura se introdujo al país por la vía de la reforma constitucional local en algunas entidades federativas (Coahuila y Sinaloa en 1988)<sup>17</sup> antes de la iniciativa de Zedillo. La reforma judicial fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 31 de diciembre de 1994.

En consecuencia, a la reforma federal, las entidades iniciaron las enmiendas constitucionales y legales para dar a la judicatura local plena autonomía e independencia, centrándose en el objetivo de establecer la carrera judicial como una de las metas en la construcción un verdadero Estado de derecho y combatir al autoritarismo local en el tránsito por establecer las democracias estatales.

---

16 Carranco Zúñiga, Joel, *Poder Judicial*, México, Porrúa, 2000, p. 212.

17 *Ibid.*, p. 220.

Al respecto, Matthew C. Ingram explica cómo los gobernadores de las entidades federativas durante el autoritarismo imperante en los gobiernos posrevolucionarios del Partido Revolucionario Institucional (PRI), en sus periodos, designaban a los integrantes de los tribunales superiores, lo que provocaba la inestabilidad del mandato judicial comprometiendo la independencia de sus funciones, colocando a los jueces en posiciones laborales inestables y mal pagadas, que los mantenían sumisos para asegurarse su lealtad política, de modo que pudieran seguir siendo elegibles para ocupar un futuro puesto en el sector público. Como los magistrados eran los administradores de facto de los tribunales en la judicatura local, ellos tenían el poder de contratar a otros jueces y al personal de los juzgados, además de controlar el presupuesto judicial. La manera arbitraria en la designación de los magistrados generó de modo similar, prácticas opacas y a modo en la contratación de jueces, escribanos, secretarios de acuerdo y proyectistas, auxiliares de proceso y demás personal judicial, creando una red de patronazgo y favores personales que se extendía en toda la administración pública hasta llegar al gobernador.<sup>18</sup>

El uso de recursos de los tribunales era similarmente arbitrario y opaco. Las oportunidades en el entorno unipartidista de empleo y recursos del sector público dependían de la lealtad al partido o a un personaje político en particular, de manera que la red de patronazgo, en gran medida, no era cuestionada y los tribunales nunca actuaban como un freno útil a los poderes políticos. En realidad, el partido era la personificación del Estado, de modo que el sistema judicial formaba parte, junto con los poderes Legislativo y Ejecutivo del partido-Estado. Por estas razones, el sistema judicial era considerado como carente

---

18 Ingram, Matthew C., *Creación de tribunales en las nuevas democracias. La política de la reforma judicial subnacional en Brasil y México*, México, Universidad Autónoma de Aguascalientes, 2021, p. 65.

de independencia de los actores políticos dominantes e indiferente a las necesidades de los ciudadanos comunes.<sup>19</sup>

Bajo estas condiciones, incluso los jueces que querían hacer su trabajo enfrentaban una tarea intimidante. Al padecer una combinación de presupuestos crónicamente pequeños, salarios bajos, interferencia política e incompetencia generalizada debido a una contratación opaca y arbitraria, los jueces tenían que superar la falta de infraestructura y suministros, la tentación de corrupción para complementar sus bajos ingresos, y el sinfín de presiones políticas y profesionales de un régimen autoritario. Por ello, los procesos seguidos ante los tribunales se concluían muy tardíamente, si no es que en el camino terminaban archivados, por lo que se generaban críticas a la ineficiencia e ineficacia fundamental de los juzgados. Lo anterior condujo a establecer una brecha cada vez mayor de falta de acceso a la justicia de los gobernados y confianza en la judicatura.

Los consejos de la judicatura con la reforma federal de 1994 fueron una opción política clave para lograr un cambio sustancial en la realidad judicial. Asumieron todas las responsabilidades administrativas de la judicatura: preparación y gestión del presupuesto, asuntos laborales (contratación, supervisión, imposición de sanciones disciplinarias, despidos), capacitación y educación, estadísticas y evaluación, y planeación estratégica. Anteriormente, los propios jueces se hacían cargo de todas estas actividades. Los consejos de la judicatura proporcionan beneficios a la eficiencia con la implementación de la carrera judicial, transparentando los procesos de selección a través de exámenes que hacen a los funcionarios judiciales más calificados y competentes e incentivados por el mérito. Aunado al aumento de recursos y salarios dignos, los tribunales se vuelven más atractivos para allegarse el mejor talento de las escuelas de derecho y de las profesiones jurídicas, contribuyendo aún más

---

19 *Ibid.*, p. 66.

a mejorar la competencia, la calidad de los servicios judiciales ofrecidos, la eficiencia y el acceso a la justicia.<sup>20</sup>

Por lo que hace a los antecedentes de los Consejos de la Judicatura, estos se encuentran en la tradición judicial europea, en la figura de los Consejos Superiores de la Magistratura (en las Constituciones francesa de 1946, italiana de 1948 y, posteriormente, en las Constituciones portuguesa y española),<sup>21</sup> aparecen como una fórmula para evitar lo que se consideraba la indebida influencia del Poder Ejecutivo en el Judicial: “el objetivo que perseguía su creación era salvaguardar la independencia de los tribunales, resguardando al Poder Judicial del influjo de otros poderes del Estado.”<sup>22</sup>

Dicha cuestión se plasmó en los textos constitucionales de Francia e Italia “[...] países en que la organización de la justicia se había configurado de acuerdo al modelo europeo tradicional; [...] el basado en el predominio organizativo del Poder Ejecutivo, plasmado en el protagonismo del ministerio de justicia en materias como la selección de los jueces y el régimen de ascensos, el control disciplinario y la provisión de medios materiales”. Se es claro que el descontento con dicho sistema atendía a su incompatibilidad con la independencia judicial.<sup>23</sup>

El sistema continental europeo, con su sistema parlamentario de gobierno, entendía la función jurisdiccional como una parte de la administración del Estado; de allí que surgiera el término de “administración de justicia”. Esa administración de justicia se conforma como una organización administrativa jerarquizada, como un orden judicial como lo dispone el artículo 104 de la Ley Fundamental italiana que dispone:

---

20 *Ibid.*, pp. 68 y 69.

21 Fix-Zamudio, Héctor y Cossío Díaz, José Ramón, *El Poder Judicial en el ordenamiento mexicano*, México, FCE, 1996, p.54.

22 López Guerra, Luis, *El Poder Judicial en el Estado constitucional*, Perú, Palestra Editores, 2001, p. 77.

23 *Ibid.*, pp. 141 y 142.

La Magistratura constituye un orden autónomo e independiente de cualquier otro poder.

El Presidente del Consejo Superior de la Magistratura es el Presidente de la República.

Formarán parte del Consejo, como miembros de derecho, el primer Presidente y el Fiscal General del Tribunal Supremo.

Los demás miembros se elegirán de la siguiente manera: dos tercios por todos los magistrados ordinarios entre los pertenecientes a las diversas categorías; un tercio por el Parlamento.

Los miembros electivos del Consejo permanecerán en el cargo durante cuatro años y no serán inmediatamente reelegibles.

Mientras permanezcan en el cargo, no podrán estar inscritos en Colegios Profesionales ni formar parte del Parlamento ni de ningún Consejo Regional.<sup>24</sup>

Conforme al texto constitucional vigente, el segundo párrafo del artículo 94 señala: “La administración, vigilancia y disciplina del Poder Judicial de la Federación, con excepción de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, estarán a cargo del Consejo de la Judicatura Federal [...]”.

En el artículo 100 de la norma fundamental,<sup>25</sup> el Consejo de la Judicatura Federal es un órgano con independencia técnica, de gestión y para emitir sus resoluciones, se integra por siete miembros, lo encabeza el presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, tres consejeros designados por el Pleno de la Corte de entre los Magistrados de Circuito y Jueces de Distrito, dos consejeros designados por el Senado y uno por el Presidente de la República.

De igual forma se dispone en el séptimo párrafo del citado precepto que la ley establecerá las bases para la formación y actualización de los funcionarios judiciales, así como para el desarrollo de la carrera judicial, que se regirá por los princi-

---

24 Constitución de Italia de 1947 con sus reformas hasta 2020, [https://www.constituteproject.org/constitution/Italy\\_2020.pdf?lang=es](https://www.constituteproject.org/constitution/Italy_2020.pdf?lang=es)

25 López Guerra, Luis, *El Poder Judicial en el Estado constitucional*, p. 142.

prios de excelencia, objetividad, imparcialidad, profesionalismo e independencia.

Gómez Lara señala que todo lo tocante a la selección y designación de los funcionarios judiciales, es decir, la carrera judicial y las escuelas judiciales, debe estar bajo la responsabilidad y dentro del ámbito de competencia del Consejo de la Judicatura.<sup>26</sup>

El servicio profesional de carrera de magistrados y jueces depende de la consolidación del Consejo de la Judicatura para que siga constituyéndose como el órgano garante de la independencia y autonomía de los poderes judiciales, como responsable del efectivo establecimiento de la carrera judicial y de los principios que deben regir a la misma.

Desde el año de 1921 se proponía por Sánchez Gavito la creación de la carrera judicial “[...] para que de ella salgan los funcionarios de la administración de justicia y ocupen los puestos vacantes, por derecho propio y sin intervención de ningún otro poder”.<sup>27</sup>

El artículo 17 constitucional, a partir de la reforma de 1987, dispone que: “Las leyes federales y locales establecerán los medios necesarios para que se garantice la independencia de los tribunales y la plena ejecución de sus resoluciones”, y a decir de Gómez Lara uno de los mecanismos para garantizar la independencia de los tribunales, es precisamente la carrera judicial.<sup>28</sup>

De igual forma, con la reforma de 1987 al artículo 116, fracción III, se sentaron las bases para la creación de dicha carrera judicial, al establecer que las entidades federativas debían contemplar normas que garantizaran la independencia

---

26 Gómez Lara, Cipriano, “Carrera Judicial, consejos de la judicatura y escuelas judiciales”, en David Cienfuegos Salgado y Miguel Alejandro López Olvera (coords.), *Estudios en Homenaje a Don Jorge Fernández Ruiz. Derecho procesal*, 1a. ed., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2005, p. 226.

27 Gómez Lara, Cipriano, Ramírez Said, Alberto y Pérez Maldonado, Valeriano, “*Los Consejos de la Judicatura y la carrera judicial*”, *XV Congreso Mexicano de Derecho Procesal*, México, Instituto Mexicano de Derecho Procesal, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 1998, pp. 191 y 192.

28 *Ibid.*, p. 216.

y las condiciones de ingreso, formación y permanencia de quienes sirvieran a sus poderes judiciales. Y no obstante no se haga mención expresa a los institutos o entidades de preparación y capacitación judicial; de los principios establecidos en la Constitución, así como de la necesidad del cumplimiento de los mismos se puede derivar su establecimiento.<sup>29</sup>

La carrera judicial tiene un doble propósito: el primero es dar continuidad y eficiencia en la administración de justicia en manos probadamente competentes, y el segundo es dar seguridad a la impartición de justicia frente a caprichos administrativos y políticos, que la asedian y que pueden ejercer graves presiones sobre ella, sobre y contra su independencia.<sup>30</sup>

El principio fundamental de la carrera judicial es el de la independencia judicial; Del Río Fernández hace hincapié en la importancia de una judicatura que sea fuerte e independiente, ya que “la independencia es la característica esencial del Poder Judicial, absoluta, incondicional e irrenunciable. Sin independencia no cabe hablar de juez. Esta condición tiene carácter absoluto y universal. Su alcance resulta universal porque se predica frente a todos, incluso frente al propio juez. Es un valor absoluto porque hay independencia o no la hay: no se puede ser un poco o un tanto, un mucho o un casi independiente.”<sup>31</sup>

Ernst entiende por independencia de los jueces “[...] la condición en que estos se encuentran cuando pueden repeler o rechazar cualquier intromisión o presión externa de los otros poderes del Estado con relación a que las causas judiciales sean resueltas (o no resueltas) en un determinado sentido”.<sup>32</sup> Una de

---

29 *Ibid.*, pp. 216-218.

30 García Ramírez, Sergio, *Poder Judicial y Ministerio Público*, 2a. ed., México, Porrúa, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 1997, p. 93.

31 Grande Yáñez, Miguel, *Independencia judicial: problemática ética*, Madrid, Dykinson/Universidad Panamericana, 2009, p. 107.

32 Ernst, Carlos, “Independencia judicial y democracia”, en Jorge Malem, J. Jesús Orozco Henríquez *et al.* (comps.), *La función judicial, ética y democracia*, España, Gedisa, Instituto Tecnológico Autónomo de México y Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2003, p. 235.

las garantías de la independencia judicial a que hace referencia, es la relativa al modo y forma de nombramiento, es decir, mecanismos desvinculados de los demás poderes del Estado para ingresar a la función, para evitar por ejemplo deber favores políticos.<sup>33</sup>

Es así que se insiste en que “un aspecto crucial para garantizar la independencia judicial está determinado sin duda alguna por la fórmula empleada para acceder a la judicatura [...]”.<sup>34</sup>

Ante el mandato constitucional de una justicia imparcial e independiente, enfrentamos la preocupación de fortalecer la independencia de las y los juzgadores “[...] a través de mecanismos de designación institucionales que garanticen que los mismos no supediten su función a compromisos ajenos a la misma, producto de los sistemas de designación y ascenso actuales, se ha reflejado en la demanda de la sociedad civil, que, manifiesta que tal cuestión debe ser integrada al programa de gobierno”.<sup>35</sup>

Para Alcalá-Zamora y Castillo, la carrera judicial está condicionada a dos requisitos: el primero relativo a la existencia de un sistema institucional de selección, designación y ascenso de los funcionarios judiciales; y el otro vinculado con las garantías del juzgador, las cuáles clasifica en tres tipos: económicas, a través de salarios y prestaciones decorosas; sociales, recibiendo servicio médico, préstamos de vivienda, jubilación y otras de prestaciones de seguridad social, y de autonomía e independencia en el cargo, principio que está implícito en los principios de carrera judicial.<sup>36</sup>

Laborde Vega coincide en que los sistemas institucionales de designación y ascenso deben ser objetivos, preferentemente a través de concursos de oposición “abiertos” y que el cuerpo calificador se integre por miembros del Poder Judicial,

---

33 *Ibid.*, p. 236.

34 Flores García, Fernando, “Sistemas de acceso a la judicatura en México. Primera parte”, en *Justicia y Sociedad*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 1994, p. 236.

35 Carranco Zúñiga, Joel, *Poder Judicial*, p. 49.

36 Gómez Lara, Cipriano *et al.*, “Los Consejos de la Judicatura y la carrera judicial”, p. 59.

e instituciones públicas o privadas relacionadas con la actividad jurídica.<sup>37</sup>

Para hacer efectiva la carrera judicial, y cumplir con el establecimiento de las condiciones ingreso, formación, promoción y permanencia de los funcionarios judiciales, se requiere la participación eficiente de los institutos, centros y escuelas judiciales, órganos que son el medio idóneo para dar cumplimiento a una de las garantías jurisdiccionales: la carrera judicial, a través de dichos organismos resulta factible legitimar los procesos de selección y ascenso de los funcionarios judiciales, a través de mecanismos que garanticen la transparencia y la legalidad.

La existencia del Consejo de la Judicatura dentro de la estructura judicial no es azarosa, con su creación, se buscaba garantizar la independencia y adecuada administración del Poder Judicial, a través de un órgano creado expresamente para ello, que pudiera ser responsable del manejo de los recursos, así como de la carrera judicial, que es precisamente una razón detonante para el establecimiento en nuestro país de órganos encargados de la formación y actualización de los funcionarios judiciales.

La profesionalización del servicio público tiene entre sus objetivos:

[...]contar con servidores públicos honestos, eficientes e imparciales; establecer un sistema de reclutamiento que permita atraer a candidatos que cumplan con los requisitos del puesto; desarrollar un esquema de selección mediante un proceso objetivo e imparcial; mantener en constante capacitación y actualización al servidor público; y aplicar un sistema de compensación relacionado con el

---

37 Laborde Vega, Luis Alberto, "Carrera judicial. Complemento de la enseñanza del derecho. Reflexiones, análisis y propuestas", *XV Congreso Mexicano de Derecho Procesal*, México, Instituto Mexicano de Derecho Procesal/Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 1998, p.115.

desempeño del servidor público y procurar la permanencia de los servidores públicos en función de la evaluación del desempeño.<sup>38</sup>

La profesionalización se sitúa como una etapa posterior a la de los estudios universitarios, la cual tiene carácter general, siendo a menudo abstracta y aislada de la realidad que afrontarán los servidores públicos.<sup>39</sup>

El establecimiento de la carrera judicial permitió abandonar en gran medida el sistema de despojo que aún priva en la mayor parte de la burocracia mexicana en los tres niveles de gobierno.

Sobre el sistema de despojo encontramos en el derecho comparado que después de la guerra civil en Estados Unidos de América, se instituyeron diversos criterios para afianzar un servicio civil del Estado, donde los servidores públicos fueron designados en función de sus capacidades profesionales, impulsando una carrera pública protegida por inamovibilidades consagradas para el desempeño de sus funciones. Lo anterior acabó con el *spoils system* norteamericano, en donde era una práctica de los gobiernos de la primera mitad del siglo XIX, ver a la administración pública como un botín, donde cada nueva administración ocupaba la totalidad de los cargos públicos –hasta los más modestos– con sus partidarios. Esto originaba un masivo desalojo de los anteriores funcionarios al producirse una alternancia en el ejercicio del poder. El caso más representativo del sistema de despojo aconteció en el gobierno de Andrew Jackson (1828-1836). En el siglo XX se consolida el servicio civil de la administración pública lo que estableció el fenómeno conocido como “gobierno permanente”, el cual permite el equilibrio

---

38 Romero Gudiño, Alejandro, *Innovación judicial. Profesionalización, rendición de cuentas y ética*, México, Porrúa, Universidad Panamericana, 2007, pp. 67-68.

39 Guerrero, Omar, *El funcionario, el diplomático y el juez*, México, Instituto Nacional de Administración Pública/Universidad de Guanajuato, 1998, p. 53.

en las decisiones gubernamentales y la permanencia de las políticas públicas de largo plazo en la Unión Americana.<sup>40</sup>

## El servicio profesional de carrera del ministerio público

Las reformas constitucionales emprendidas entre 2013 y 2014 tuvieron, entre otros objetivos, establecer instituciones que combatieran efectivamente la delincuencia, la corrupción y disfuncionalidad del Estado para contener la impunidad. Entre las instituciones rediseñadas y conceptualizadas para lograr estos objetivos se encuentra el Ministerio Público, al que se le dotó de autonomía constitucional, para evitar que siguiera siendo un órgano disfuncional en servicio de los intereses del titular del Poder Ejecutivo, para enfocarse en la investigación eficaz del delito. Con el nuevo *status* emerge la Fiscalía General de la República como un órgano que, desde la formalidad constitucional se suma a una nueva clase de instituciones que estructuran un círculo virtuoso que emerge para consolidar el Estado constitucional de derecho.

Las reformas constitucionales tenían el propósito de crear instituciones inclusivas que ampliaran las libertades y derechos de los ciudadanos, creando más frenos y contrapesos al ejercicio del poder. De esta forma, el conjunto de nuevos órganos constitucionales autónomos, procuran entre otros fines, una mejor gobernanza, lo que confiere poder a un segmento más amplio de la sociedad y hace que las reglas del juego político sean más equitativas. Esta situación limita lo que se puede lograr usurpando poder político y reduce los incentivos para

---

40 Maira, Luis y Vega, Gustavo, *El segundo mandato de Obama. Una mirada a la dinámica interna de la sociedad estadounidense*, México, CIDE, 2012, p. 53.

recrear instituciones políticas extractivas que generan impunidad y desigualdad.<sup>41</sup>

El 10 de febrero de 2014 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* la reforma al artículo 102 apartado A de la Constitución General de la República donde se le otorga autonomía constitucional a la Fiscalía General de la República. En el artículo décimo sexto transitorio del decreto se puntualizaron los parámetros para la puesta en marcha de la Institución como órgano constitucional autónomo.

El artículo transitorio señala:

**DÉCIMO SEXTO.** - Las adiciones, reformas y derogaciones que se hacen [...] 102, Apartado A; [...] de esta Constitución, entrarán en vigor en la misma fecha en que lo hagan las normas secundarias que expida el Congreso de la Unión necesarias por virtud de las adiciones, reformas y derogaciones a que se refiere el presente Transitorio, siempre que se haga por el propio Congreso la declaratoria expresa de entrada en vigor de la autonomía constitucional de la Fiscalía General de la República.

El Procurador General de la República que se encuentre en funciones al momento de expedirse la declaratoria a que se refiere el párrafo anterior, quedará designado por virtud de este Decreto Fiscal General de la República por el tiempo que establece el artículo 102, Apartado A, de esta Constitución, sin perjuicio del procedimiento de remoción previsto en la fracción IV de dicho artículo.<sup>42</sup>

La articulación de la reforma se estructuró de acuerdo con las enmiendas constitucionales de 2008 que introdujeron el nuevo sistema de justicia penal, del cual se desarrolló una extensa legislación que puso en marcha el sistema, entre ellas

---

41 Acemoglu, Daron y Robinson, James A., *Los orígenes del poder, la prosperidad y la pobreza. Por qué fracasan los países*, México, Crítica, 2013, p. 203.

42 *Diario Oficial de la Federación*, 10 de febrero de 2014, en [http://www.dof.gob.mx/nota\\_detalle.php?codigo=5332025&fecha=10/02/2014](http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5332025&fecha=10/02/2014).

nos interesa particularmente la que introduce las regulaciones para la consolidación del servicio profesional de carrera del Ministerio Público y sus órganos auxiliares, que al igual que las reformas de 1994 crearon la carrera judicial; me refiero a la Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública expedida en 2009.

Con la autonomía constitucional, la implementación del servicio profesional de carrera del Ministerio Público y sus órganos auxiliares parece ser una realidad alcanzable para consolidar los fines de la institución; sin embargo, a diferencia de lo que aconteció en el proceso de reforma judicial en el caso de la procuración de justicia no se contempló la creación de un órgano de gobierno y administración que consolidara el proceso de transición de las fiscalías, de ahí que consideramos necesario incorporar a la institución del Ministerio Público, un consejo con atribuciones similares a las que ejerce el Consejo de la Judicatura Federal para lograr el objetivo de contar con fiscales y órganos auxiliares profesionales.

En este sentido, en un comunicado publicado el 28 de agosto de 2017 por la organización Mexicanos contra la Corrupción bajo el título de “Vamos por una #Fiscalía que sirva”, la organización hacia del conocimiento público la necesidad de contar con una fiscalía autónoma, capaz e independiente, señalando que la autonomía constitucional aprobada en el año 2014 corría el riesgo de ubicarse en un simple estatus jurídico, en virtud de que la enmienda constitucional, desde su punto de vista, no había sido acompañada de un mejor sistema de rendición de cuentas, una supervisión efectiva de su gestión y una completa profesionalización de su personal. Para alcanzar el objetivo de tener una fiscalía verdaderamente autónoma e independiente, sujeta a los controles democráticos, proponía crear un Consejo del Ministerio Público de la Federación.<sup>43</sup> Esto lo externó, además, mediante la presentación del Proyecto Ciudadano de

---

43 Mexicanos contra la Corrupción, en <https://contralacorruption.mx/vamos-por-una-fiscaliaquesirva/>.

Dictamen para crear una Fiscalía General Autónoma, Capaz e Independiente, que reformara el artículo 102 apartado A de la Constitución.

En el proyecto de reforma que presentó la organización se propone entre otras cosas lo siguiente:

[...]

El modelo constitucional que proponemos cuenta con un mecanismo de designación de su titular basado en la evaluación profesional mediante un procedimiento público en el que participan el Ejecutivo Federal y el Senado de la República, acompañados por la observación y la opinión de una comisión ciudadana.

La credibilidad de la nueva Fiscalía dependerá de que la designación de su titular sea legítima ante los ojos de la ciudadanía. Por eso el “pase automático” es, a todas luces, inaceptable.

En nuestra propuesta no hay pronunciamiento en favor o en contra de persona alguna que aspire a encabezar esa institución. No tenemos candidatos. El dictamen ciudadano sólo se pronuncia por un proceso abierto, competitivo y meritocrático.

Queremos una Fiscalía fuerte, pero con mecanismos de control interno y de rendición de cuentas.

La propuesta ciudadana contiene también las bases para la profesionalización de la institución.

[...].<sup>44</sup>

La reforma constitucional no está completa sin atender la exigencia por reconducir el procedimiento de nominación y ratificación del fiscal general, falta también la inclusión del Consejo de la Fiscalía para concluir la separación definitiva de los intereses políticos en la persecución e investigación del delito.

En el estado de Aguascalientes, el 26 de julio de 2010, se publicaría en el *Periódico Oficial del Estado* la reforma constitucional a los artículos 59, 60 y 61. En ella se concede la autonomía

---

44 *Idem.*

constitucional a la entonces Procuraduría General de Justicia y se crea el Consejo del Ministerio. Con las enmiendas, la entidad federativa se puso a la vanguardia nacional al dotar de plena autonomía e independencia a la procuración de justicia y visualizó el establecimiento del Consejo del Ministerio como institución garante del nuevo estatus institucional, estableciendo las bases de un servicio profesional de carrera del Ministerio Público y sus órganos auxiliares. El texto reformado señalaba:

[...]

ARTÍCULO 59.- El Ministerio Público será un organismo público, autónomo e independiente, con personalidad jurídica y patrimonio propio, que estará presidido por un Procurador General de Justicia del Estado, propuesto de una terna que presente el Ejecutivo del Estado, y designado por más de la mitad de los miembros del Congreso del Estado.

El Procurador General de Justicia durará en su cargo cinco años, y podrá ser reelecto una sola vez, y deberá reunir los mismos requisitos que se requieren para ser Magistrado del Supremo Tribunal de Justicia de acuerdo con el Artículo 53 de esta Constitución.

La Ley organizará el Ministerio Público del Estado, el cual ejercerá las funciones previstas en el Artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, cuyos servidores públicos serán nombrados y removidos por el Consejo del Ministerio.

ARTÍCULO 60.- El Ministerio Público y el Sistema de Seguridad Pública se regirán por las siguientes disposiciones:

A. DEL MINISTERIO PÚBLICO

I. La investigación de los delitos corresponde al Ministerio Público y a las policías, las cuales actuarán bajo la conducción y mando de aquél en el ejercicio de esta función;

II. El ejercicio de la acción penal ante los tribunales corresponde al Ministerio Público. La Ley determinará los casos en que los particulares podrán ejercer la acción penal ante la autoridad judicial;

III. El Ministerio Público podrá considerar criterios de oportunidad para el ejercicio de la acción penal, en los supuestos y condiciones que fije la Ley;

IV. El Ministerio Público deberá garantizar la protección de víctimas, ofendidos, testigos y en general todos los sujetos que intervengan en el proceso. Los jueces deberán vigilar el buen cumplimiento de esta obligación; y

V. La Ley establecerá los casos en que proceda la impugnación de las resoluciones del Ministerio Público del Estado sobre el no ejercicio de la acción penal, así como las sanciones aplicables a aquellas personas que los interpongan de manera dolosa.

El Consejo del Ministerio tendrá a su cargo la Carrera Ministerial. Las condiciones para el ingreso, formación y permanencia, en los diversos órganos que conforman el Ministerio Público, así como las facultades y obligaciones de éstos y de los servidores públicos que los integran, se regirán por lo dispuesto en esta Constitución y en su Ley Orgánica.

El Consejo del Ministerio se integrará por cinco miembros: el Procurador General de Justicia, que será su Presidente; dos agentes del Ministerio Público, un representante del Poder Judicial y un representante del Poder Legislativo, el cual no podrá recaer en un Diputado.

Los Consejeros deberán reunir los requisitos que la Ley determine y durarán en el cargo cuatro años, y serán sustituidos en forma escalonada por cuartas partes; el Presidente durará el mismo tiempo que dure en su encargo como Procurador General de Justicia. Los Agentes del Ministerio Público, deberán ser nombrados mediante un concurso de oposición aplicado por el Consejo del Ministerio, en la forma en que disponga en su Ley Orgánica, y durarán en su cargo diez años, con la posibilidad de que previa evaluación, puedan ser ratificados por el Consejo.

[...]

TRANSITORIOS

ARTÍCULO PRIMERO. - Túrnese el presente Decreto para su publicación en el *Periódico Oficial del Estado*, el cual iniciará su vigencia el día 1º de enero del año 2011.

[...].<sup>45</sup>

Como puede observarse, la reforma tuvo una visión anticipada de la autonomía constitucional de la procuración de justicia, atendiendo las observaciones que en diversos foros se fueron planteando sobre el tema desde 1995.<sup>46</sup> Con la autonomía se pretendía que el Ministerio Público no fuera un instrumento de quién detenta el poder político, sino ejerciendo sus atribuciones con apego a la legalidad constitucional, es decir, la autonomía significó una respuesta para consolidar el Estado de derecho y romper el sometimiento directo al Ejecutivo Estatal, la impunidad y corrupción.

De la lectura del texto reformado se observa que el Consejo del Ministerio era un órgano facultado para nombrar y remover a los servidores públicos de la institución (artículo 59). Tiene a su cargo el servicio profesional de carrera denominado *carrera ministerial*, se encargará del ingreso, formación y permanencia de los servidores de la Procuraduría (artículo 60). Lo anterior implicaba la *preparación*, lo que significa la creación de un *Instituto de Formación* o capacitación con el objeto esencial de preparar a los candidatos para ingresar en la carrera ministerial. Instituto que debía también encargarse de la investigación, formación, capacitación y actualización de los integrantes de la entonces Procuraduría General del Estado y a quienes aspiraban a pertenecer a ésta.

La *selección y nombramiento* comprendía el establecimiento de criterios para determinar los requisitos que debían cubrir los

---

45 *Periódico Oficial del Estado*, primera sección, núm. 30, 26 de julio de 2010, t. LXXIII, pp. 4-5.

46 Cárdenas García, Jaime, "La reforma al Ministerio Público en México y el mundo", *La justicia mexicana hacia el siglo XXI*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM/Senado de la República, 1997, p. 276.

candidatos idóneos para ingresar a la carrera ministerial, con el objeto de que el Consejo del Ministerio pudiera decidir acerca de la designación. Los criterios deberían incluir temas variables y complejos que iban desde establecer las simples exigencias de edad, título universitario y práctica profesional, hasta los instrumentos complicados en los cuales intervienen diferentes factores como exámenes oficiales<sup>47</sup> y concursos de oposición.

A pesar de que la reforma local de 2010 instituyó el Consejo del Ministerio, ese mismo año la legislatura local introdujo una contrarreforma para reintegrar al Ministerio Público al espectro de las facultades y atribuciones del Poder Ejecutivo, con lo cual la visión de dar plena autonomía a la institución quedó para el análisis y reflexión académicos, esperando la que sería la reforma definitiva que llegó en 2014, en alcance a la federal, pero sin el avance y expectativas establecidas en 2010.

Los cambios de 2014 le dan autonomía constitucional al Ministerio Público, pero no contemplan un órgano de gobierno y resguardo del servicio profesional de carrera en la procuración de justicia, además de seguir ligando la institución de forma indirecta al espectro del Poder Ejecutivo al otorgarle la facultad de destituir al fiscal general, motivando y fundando las razones de su destitución, la que deberá ser aprobada por el legislativo, que atendiendo al retorno del autoritarismo de los gobiernos populistas que están siendo votados en el país y el resto de América Latina, el control sobre las instituciones ponen en riesgo su autonomía e independencia.

---

47 Como acontece con los relativos a control y confianza (médica, toxicológica, entorno socioeconómico, psicológica y poligráfica) que deben realizar los funcionarios de las instituciones de seguridad pública en el país para el ingreso o permanencia en la función desempeñada o las certificaciones (Certificado Único de Identificación Policial –art. 56 LGSNSP– o certificación de facilitadores, por ejemplo) para la especialización en ciertas disciplinas o aptitudes para ejercer el cargo.

## Reflexiones finales

El sistema de despojo arraigado en el conjunto de las instituciones de los tres niveles de gobierno en México, no puede ser combatido y reducido en la cruzada contra la corrupción, si no contamos con un servicio civil de carrera en todas las áreas de la administración pública que dé incentivos contundentes a los funcionarios para hacer del mérito y la calidad en la prestación de los servicios públicos la base para su desarrollo profesional.

Desafortunadamente, la práctica burocrática que incluyó y sigue prevaleciendo aún en la mayoría de las instituciones de los tres poderes y órganos constitucionales autónomos, como apunta Mauricio Merino,<sup>48</sup> es que el acceso a los puestos públicos está basado en credenciales políticas de los aspirantes, en la lealtad a un amigo o un equipo o, como menciona Matthew C. Ingram,<sup>49</sup> a un partido político, y no en sus capacidades, habilidades o méritos profesionales. Lo que se valora no es el cumplimiento de las obligaciones y desempeño, sino el grado de compromiso con el jefe y su agenda personal. Poco importan los conocimientos adquiridos o la experiencia acumulada en el cargo público, por lo que a la llegada de un nuevo jefe se cambia al personal, sin dar ninguna atención a su experiencia o desempeño. Se trata en realidad de una apropiación privada del empleo público. Se desplazan los fines del Estado por los del grupo en el poder que ha otorgado el nombramiento, a fin de garantizar más poder de decisión sobre los recursos y los cargos públicos de manera arbitraria. La lealtad es al líder o al grupo en el poder y no a la Constitución y a las leyes porque sólo los primeros logran garantizar el acceso a los cargos públicos y cierta estabilidad en el empleo.

Es por ello que, a pesar de los compromisos efectuados por el Estado mexicano para implementar un servicio civil

---

48 Fierro, Ana Elena, *Responsabilidades de los servidores públicos, Del castigo a la confianza*, México, FCE, 2017, pp. 65 y 66.

49 Ingram, Matthew C., *Creación de tribunales en las nuevas democracias*, p. 65.

de carrera (Convención de Mérida), los esfuerzos no se han materializado por falta de recursos que implementen políticas públicas para hacer cumplir lo mandado por tratados, leyes federales y locales en la mayoría de la administración pública de los tres niveles de gobierno.

Es importante señalar que se han desarrollado estudios que analizan y elaboran reflexiones críticas sobre la carrera judicial y el servicio civil en la judicatura. Felipe Borrego,<sup>50</sup> en su calidad de Consejero de la Judicatura federal, menciona que los jueces, tanto locales o federales, son desvalorados en México, con niveles similares a la de los partidos políticos, las policías y las agencias del Ministerio Público. La inadecuada designación del personal administrativo y jurisdiccional, la generación de redes clientelares, el nepotismo, los enroques injustificados y la falta de respeto al escalafón judicial contribuyeron a tener esa baja valoración y reconocimiento al Poder Judicial. La designación no objetiva ni transparente de funcionarios, provoca redes de nepotismo y clientelares, que construyen obstáculos para la carrera judicial. Los nombramientos de funcionarios en los órganos jurisdiccionales federales son facultad exclusiva de los magistrados y jueces, así lo determina el artículo 97. La norma fundamental quiso dotar de un grado de autonomía de gestión a los titulares de los órganos jurisdiccionales; sin embargo, esa facultad generó externalidades que deben corregirse. En algunos de los circuitos judiciales hay hasta 66% de parientes de los altos funcionarios judiciales.

La carrera judicial es un caso de éxito ante un panorama tan desolador como el vivido en México, donde la administración pública ha sido un instrumento de poder en manos del gobernante en turno, que arraiga el sistema de botín en el que los cargos públicos son prebendas a repartir, donde el impulso

---

50 Borrego Estrada, Felipe, “Estudios sobre redes familiares y clientelares en el Consejo de la Judicatura Federal”, *Reforma judicial*, núms. 29-30, enero-diciembre de 2017, pp. 159-162.

de la carrera judicial ha contado con más aciertos que infortunios en su aplicación en beneficio de la justicia federal y local.

Es importante señalar que se han desarrollado estudios que analizan y elaboran reflexiones críticas particularmente sobre la carrera judicial y el servicio civil en la judicatura. Felipe Borrego, en su calidad de consejero de la Judicatura federal menciona que los jueces, tanto locales o federales son desvalorados en México, con niveles similares a la de los partidos políticos, las policías y las agencias del Ministerio Público. La inadecuada designación del personal administrativo y jurisdiccional, la generación de redes clientelares, el nepotismo, los enroques injustificados y la falta de respeto al escalafón judicial contribuyeron a tener esa baja valoración y reconocimiento al Poder Judicial. La designación no objetiva ni transparente de funcionarios, provoca redes de nepotismo y clientelares, que construyen obstáculos para la carrera judicial. Los nombramientos de funcionarios en los órganos jurisdiccionales federales son facultad exclusiva de los magistrados y jueces, así lo determina el artículo 97. La norma fundamental quiso dotar de un grado de autonomía de gestión a los titulares de los órganos jurisdiccionales, sin embargo, esa facultad generó externalidades que deben corregirse. En algunos de los circuitos judiciales hay hasta un 66% de parientes de los altos funcionarios judiciales.<sup>51</sup>

El Consejo de la Judicatura Federal es un órgano garante de la autonomía e independencia del Poder Judicial gracias a la implementación y cuidado de la carrera judicial, a través de sus procesos de selección, nombramiento, capacitación y disciplina de los servidores públicos que lo integran.

El servicio profesional de carrera del Ministerio Público es el motor de la autonomía constitucional de la institución en esta nueva etapa, que requiere aún reformas importantes, como la inclusión de un Consejo del Ministerio Público que efectúe atribuciones similares a las que ya ejerce la judicatura federal

---

51 *Ibid.*, pp. 159-163.

para replicar el caso de éxito en la adecuada selección, nombramiento, capacitación y disciplina de sus funcionarios.

## Bibliografía

- Acemoglu, Daron y Robinson, James A., *Los orígenes del poder, la prosperidad y la pobreza. Por qué fracasan los países*, México, Crítica, 2013.
- Aguilar Camín, Héctor, *La semilla y la ceniza*, México, Cal y Arena, 2000.
- Borrego Estrada, Felipe, “Estudios sobre redes familiares y clientelares en el Consejo de la Judicatura Federal”, *Reforma Judicial*, núms. 29-30, enero-diciembre de 2017
- Cárdenas García, Jaime, “La reforma al Ministerio Público en México y el mundo”, *La justicia mexicana hacia el siglo XXI*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM/Senado de la República, 1997.
- Carranco Zúñiga, Joel, *Poder Judicial*, México, Porrúa, 2000.
- Constitución de Italia de 1947 con sus reformas hasta 2020. Recuperado de [https://www.constituteproject.org/constitution/Italy\\_2020.pdf?lang=es](https://www.constituteproject.org/constitution/Italy_2020.pdf?lang=es).
- Cossío Díaz, José Ramón, *Jurisdicción federal y carrera judicial en México*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 1996.
- Ernst, Carlos, “Independencia judicial y democracia”, en Jorge Malem, J. Jesús Orozco Henríquez *et al.* (comps.), *La función judicial, ética y democracia*, Madrid, Gedisa/ITAM/Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2003.
- Fierro, Ana Elena, *Responsabilidades de los servidores públicos. Del castigo a la confianza*, México, FCE, 2017.
- Fix-Zamudio, Héctor y Cossío Díaz, José Ramón, *El Poder Judicial en el ordenamiento mexicano*, México, FCE, 1996.

- Flores García, Fernando, “Carrera judicial”, *Diccionario jurídico mexicano*, 10a. ed., México, Porrúa/Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 1997.
- Flores García, Fernando, “Sistemas de acceso a la judicatura en México. Primera parte”, *Justicia y Sociedad*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 1994.
- García Ramírez, Sergio, *Poder Judicial y Ministerio Público*, 2a. ed., México, Porrúa/Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 1997.
- Gómez Lara, Cipriano, “Carrera judicial, consejos de la judicatura y escuelas judiciales”, en David Cienfuegos Salgado y Miguel Alejandro López Olvera (coords.), *Estudios en Homenaje a Don Jorge Fernández Ruiz. Derecho Procesal*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2005.
- Gómez Lara, Cipriano, Ramírez Said, Alberto y Pérez Maldonado, Valeriano “Los Consejos de la Judicatura y la carrera judicial”, *XV Congreso Mexicano de Derecho Procesal*, México, Instituto Mexicano de Derecho Procesal/Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 1998.
- Granados Roldán, Otto, “La corrupción consentida”, *Nexos*, 1 de abril de 2015. Recuperado de <https://www.nexos.com.mx/?p=24569>.
- Grande Yáñez, Miguel, *Independencia judicial: Problemática ética*, Madrid, Dykinson/ Universidad Panamericana, 2009.
- Guerrero, Omar, *El funcionario, el diplomático y el juez*, México, Instituto Nacional de Administración Pública/Universidad de Guanajuato, 1998.
- INEGI, *Estadísticas a propósito del día nacional del Ministerio Público*, México, INEGI, 2021. Recuperado de [https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/aproposito/2021/EAP\\_MINPUB2021.pdf](https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/aproposito/2021/EAP_MINPUB2021.pdf).
- Ingram, Matthew C., *Creación de tribunales en las nuevas democracias. La política de la reforma judicial subnacional en Brasil y México*, México, Universidad Autónoma de Aguascalientes, 2021.

- Laborde Vega, Luis Alberto, “Carrera judicial. Complemento de la enseñanza del derecho. Reflexiones, análisis y propuestas”, *XV Congreso Mexicano de Derecho Procesal*, México, Instituto Mexicano de Derecho Procesal/Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 1998.
- López Guerra, Luis, *El Poder Judicial en el Estado constitucional*, Perú, Palestra Editores, 2001.
- Maira, Luis y Vega, Gustavo, *El segundo mandato de Obama. Una mirada a la dinámica interna de la sociedad estadounidense*, México, CIDE, 2012.
- Ranking Mitofsky, *Confianza en México: Instituciones*, México, 2020. Recuperado de <http://www.consulta.mx/index.php/encuestas-e-investigaciones/item/1407-confianza-2020>.
- Romero Gudiño, Alejandro, *Innovación judicial. Profesionalización, rendición de cuentas y ética*, México, Porrúa/Universidad Panamericana, 2007.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Las garantías jurisdiccionales*, México, SCJN/Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis, 2006.
- The Economist Intelillenge, *Democracy Index 2021. The China challenge*, 2022. Recuperado de <https://www.eiu.com/n/campaigns/democracy-index-2021/>
- Transparency International, “Corruption perception 2021”, *The Global Anti-Corruption Coalition*. Recuperado de <https://www.transparency.org/en/cpi/2021>

# LA VIOLENCIA CONTRA LOS NIÑOS EN MÉXICO. UNA RADIOGRAFÍA DEL TERROR

*María Guadalupe Márquez Algara\**

## Introducción

**E**l maltrato a los menores, desafortunadamente, se ha incrementado debido a la pandemia que estamos viviendo; el objetivo del presente artículo es analizar la evolución del fenómeno del niño maltratado y realizar algunas propuestas para disminuir la violencia que los afecta. Este fenómeno se ha presentado durante mucho tiempo, sin poder disminuir la crueldad hacia ellos.

La violencia es un tema multidisciplinario que ha sido desarrollado por diversos autores. El *Oxford Dictionary*, la define como “el comportamiento que involucra fuerza física, con intención de lastimar, dañar o matar a alguien o algo”; esta primera definición deja de lado dos aspectos importantes de la violencia, misma que adquiere su sentido solamente a través de

---

\* Profesora investigadora de la Universidad Autónoma de México. Sistema Nacional de Investigadores Nivel II, [guada\\_marquez@yahoo.com](mailto:guada_marquez@yahoo.com)

cómo es entendida social y culturalmente y que se puede ejercer violencia simplemente con la amenaza de emplearla.<sup>1</sup>

John Keane nos invita a reflexionar sobre las causas, los efectos y las consecuencias ético-políticas de la violencia a la que define como “la agresión gratuita y, en una u otra medida, intencionada a la integridad física de una persona que hasta ese momento vivía ‘en paz’”.<sup>2</sup>

Jean Claude Chesnais señala que “La violencia en sentido estricto, la única violencia medible e incontestable es la violencia física. Es el ataque directo, corporal contra las personas. Ella reviste un triple carácter: brutal, exterior y doloroso. Lo que la define es el uso material de la fuerza, la rudeza voluntariamente cometida en detrimento de alguien.”<sup>3</sup>

Obtenemos una primera concepción de violencia, como aquel daño que busca hacer una persona a otra. Si bien puede ser verbal, física o psicológica, como lo dice el autor, la violencia *stricto sensu* es la violencia física con ese carácter brutal, exterior y doloroso, refiriéndose al daño que causa y a la forma en que actúa el agresor, buscando menoscabar algún aspecto de la otra persona. Como explica Elsa Blair Trujillo<sup>4</sup>, la característica principal de la violencia es la gravedad del riesgo que corre la víctima en su vida, salud, integridad corporal o libertad individual; incluso podríamos agregar que, también, en su desarrollo, ya sea social o laboral.

Para la Organización Mundial de la Salud, violencia es: “El uso intencional de la fuerza o el poder físico, o de hecho o como amenaza, contra uno mismo, otra persona o un grupo o comunidad, que cause o tenga muchas probabilidades de causar

---

1 *Oxford Dictionary*, 2010.

2 Keane, John, *Reflexiones sobre la violencia*, Madrid, Alianza Editorial, 1996, p. 14.

3 Chesnais, Jean Claude, citado por Blair Trujillo, Elsa; “Aproximación teórica al concepto de violencia: avatares de una definición”, *Revista Política y Cultura*, otoño de 2009, núm. 32, pp. 9-33, especialmente p. 13. [PDF]. Recuperado de <http://www.scielo.org.mx/pdf/polcul/n32/n32a2.pdf> [Consulta: 17 de febrero de 2016.]

4 *Idem*.

lesiones, muerte, daños psicológicos, trastornos del desarrollo o privaciones.”<sup>5</sup>

Para Sanmartín Esplugues, la violencia debe entenderse como “cualquier acción u omisión intencional que daña o puede dañar a un individuo y que, en último extremo, perturba o restringe su capacidad para diseñar la vida en libertad. Los derechos humanos tratan de garantizar el ejercicio de esta capacidad.”

De estas definiciones podemos obtener que las notas características en que coinciden estas son: 1) la intencionalidad de provocar un daño a otro u otros y, 2) la provocación de un daño (que puede tratarse de un detrimento en su salud, vida, integridad corporal, etc.) por al menos otro individuo.

Podemos percatarnos de cómo la violencia tiene diversas aristas, dejando ver su carácter complejo, pues además de los aspectos que la componen, tiene un triple carácter *brutal*, *exterior* y *doloroso* que la caracteriza para lograr su finalidad, la consecución de un daño en la esfera de otro.

En términos clásicos, la violencia estructural, entendida como la opresión y el sufrimiento social causados por la pobreza crónica, el hambre, la exclusión social y la humillación, se traducen en la violencia íntima que suele culparse de ella, como si fuera parte del orden natural de las cosas, “me pegó porque es mi padre” y la violencia política que tiende a dominar cuando se han debilitado pactos sociales más complejos por ejemplo el Estado, la comunidad o aquellos basados en la religión.

De la definición de José Sanmartín Esplugues retomemos que la violencia es un problema en el que intervienen diversos aspectos socioculturales. Por ello es un problema multifactorial; es decir, para la creación de la violencia influyen diversos aspectos del desarrollo y de la vida “cotidianos”, los cuales serán analizados a continuación.

---

5 Organización Mundial de la Salud, *Informe mundial sobre la violencia y la salud. Violencia y salud mental*, Washington, D. C., 2002 [PDF]. Recuperado de <http://www.uv.mx/psicologia/files/2014/11/Violencia-y-Salud-Mental-OMS.pdf>. [Consulta: 14 de febrero de 2015.]

La violencia admite diversas clasificaciones, cada una de la cuales es resultado de percibir la violencia desde diversos ámbitos, podemos analizar la violencia desde el punto de vista de la clase de sujeto agente de la violencia, y hablamos de violencia juvenil, violencia psicopática, o de violencia organizada. Pero también puede analizarse desde la perspectiva del sujeto pasivo o víctima y entonces hablaremos de violencia de género, maltrato hacia los niños o ancianos. Una tercera perspectiva es la que ofrece el contexto en donde se presenta la violencia, es decir si se hace presente en la familia, en la escuela, en el barrio, en los eventos deportivos, en las calles y finalmente podemos estudiarla por el tipo de daño que causa y entonces habremos de referirnos a la violencia física, emocional, sexual y económica.<sup>6</sup>

Johan Galtung ha dedicado gran parte de su vida a trabajar a favor de la paz; este importante sociólogo y matemático noruego ha escrito 136 libros traducidos en 60 idiomas y más de 1 500 artículos en revistas especializadas. Galtung refiere que la violencia tocó a su puerta a los trece años, cuando la ocupación nazi detuvo a su padre, el alcalde de Oslo, situación que lo marcó en el entendimiento de la violencia y el dolor. Es el fundador del Instituto Internacional de Investigación para la Paz. El triángulo de la violencia es el concepto de Galtung para representar cómo se presenta la violencia en los conflictos sociales. En el vértice del triángulo se presenta la violencia directa, aquella que es visible y que se traduce en homicidios, golpes, insultos, tortura, represión en donde existe un perpetrador y una víctima plenamente identificados.

En el otro vértice, aquel que permanece invisible, se encuentra la violencia estructural, aquella que deriva de la forma en que operan las instituciones —el sistema— que no permiten la satisfacción de las necesidades elementales, concretándose en la negación de estas; por ejemplo, los millones de niños que

---

6 Sanmartín Esplugues, José, ¿Hay violencia justa? Reflexiones sobre la violencia y la justicia basada en los derechos Humanos, *Revista de Filosofía*, núm. 43, 2008, pp. 7-14.



supuesto, la latinoamericana, con la finalidad de demostrar que los factores como la raza, los sistemas sociales, la situación económica, o la educación no influyen en la violencia contra los menores. En este artículo, advertiremos que efectivamente ha habido un cambio en la legislación en relación a los menores, reconociéndoles su calidad de seres humanos, y la dignidad que esto conlleva.

A continuación, se expone la radiografía de la violencia hacia los niños en México actualmente, que a pesar de los tratados internacionales y las leyes que supuestamente los protegen, aumenta día con día, dando cifras alarmantes que provocan una mayor incidencia de violencia hacia este sector poblacional.

## Concepto de maltrato infantil

El Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), ha definido el maltrato infantil señalando:

Es la violencia contra niños y niñas que incluye el abuso y maltrato físico y mental, el abandono o el tratamiento negligente, la explotación y el abuso sexual. La violencia puede ocurrir en el hogar, las escuelas, los orfanatos, los centros residenciales, en las calles, el lugar de trabajo, en las prisiones y establecimientos penitenciarios. Puede afectar la salud física y mental de los niños, perjudicar su habilidad para aprender y socializar, y más adelante socavar su desarrollo como adultos funcionales y buenos progenitores. En los casos más graves, la violencia contra los niños puede conducir hasta su muerte.<sup>9</sup>

---

9 UNICEF, *Hojas informativas sobre la protección de la infancia. La violencia contra los niños y las niñas*, Nueva York, mayo de 2006 [en línea]. Recuperado de [http://www.unicef.org/spanish/protection/files/la\\_violencia\\_contra\\_pdf](http://www.unicef.org/spanish/protection/files/la_violencia_contra_pdf). [Consulta: 28 de marzo de 2021.]

La definición de la Organización Mundial de la Salud (OMS), también hace referencia al maltrato infantil, indicando que este se traduce en los abusos y desatención de que son objeto los menores de 18 años, e incluye todos los tipos de maltrato físico o psicológico, abuso sexual, desatención, negligencia, explotación comercial o de otro tipo que causen o puedan causar un daño a la salud, desarrollo o dignidad del niño o poner en peligro su supervivencia en el contexto de una relación de responsabilidad, confianza o poder.<sup>10</sup> La exposición a la violencia de pareja también se incluye a veces entre las formas de maltrato infantil.

En 1961, el doctor Kempe propuso el término “síndrome del niño golpeado”, al cual definió como el uso de la fuerza física en forma intencional, no accidental, dirigido a herir o lesionar o destruir a un niño, ejercido por parte de un padre, o de otras personas responsables del cuidado del menor”.<sup>11</sup> Solomon Theo lo define como: “El castigo físico sobre el niño intencionado y consciente que le causa lesiones o la muerte.”<sup>12</sup>

## Breve reseña de la patria potestad

La patria potestad se ha definido, por algunos autores, de diversas formas. Bonnacase afirma que, en sentido amplio, la patria potestad es “el conjunto de prerrogativas y obligaciones legalmente reconocidas, en principio al padre y a la madre, parcialmente a los ascendientes y subsidiariamente a los terceros, respecto de los hijos menores considerados tanto en sus personas como en sus patrimonios”.<sup>13</sup>

10 Recuperado de [http://who.int/topics/child\\_abuse/es/](http://who.int/topics/child_abuse/es/). [Consulta: 12 de enero de 2021.]

11 Márquez, Algara Ma. Guadalupe, *El niño maltratado ante el derecho* [Tesis], México, 1978.

12 Solomon Theo, *History and Demography of Child Abuse*, vol. 51, núm. 4, abril de 1978.

13 Bonnacase, Julien, *Elementos de derecho civil*, México, Cajica, 1945, vol. XIII, p. 431.

La patria potestad encuentra su origen en la filiación, es una institución de derecho cuya finalidad principal es la protección de los menores no emancipados. Su ejercicio se confiere a los progenitores, pues se considera que son estos los que mejor podrán desempeñar esta función. Afirma el autor que, en la actualidad, esta institución no corresponde a la concepción antigua de “conjunto de prerrogativas a favor de los padres”;<sup>14</sup> es una obligación en el sentido verdadero del término, misma que se manifiesta a favor de los hijos.

También se define a la institución como aquella que otorga al padre el derecho y el deber de cuidar de la persona del hijo. Este derecho le faculta para elegir su nombre, educarlo, vigilarlo y determinar su residencia.<sup>15</sup>

Se afirma que la finalidad de la patria potestad está encaminada a la protección de los hijos y debe ser cumplida por sus progenitores, comprende, por tanto, “el conjunto de poderes-deberes impuestos a los ascendientes, que estos ejercen sobre la persona y sobre los bienes de los hijos menores, para cuidar de estos, dirigir su educación y procurar su asistencia, en la medida en que su menor edad lo requiere”.<sup>16</sup>

Colin y Capitant sostienen que la patria potestad es “el conjunto de derechos que la ley concede a los padres sobre la persona y los bienes de sus hijos, mientras son menores no emancipados para facilitar el cumplimiento de los deberes de sostenimiento, de alimentación y educación a que están obligados”.<sup>17</sup>

Como podemos observar, todas las definiciones son coincidentes en que esta institución, debe proteger y cuidar el buen desarrollo de los menores.

---

14 *Ibidem*, p. 432.

15 Borja F., Luis, *Estudios sobre el código civil chileno*, t. IV, p. 244.

16 Galindo Garfias, Ignacio, *Derecho civil*, Porrúa, 1996, p. 655.

17 Colin y Capitant, *Derecho civil*, t. II, p. 20.

### *El derecho de corrección en distintas épocas*

En el derecho romano encontramos el derecho de corrección, dentro de la patria potestad, y como una característica de esta al derecho de corrección. El derecho sobre la vida y muerte de los hijos correspondía al padre o al abuelo, como detentadores de un poder disciplinario casi ilimitado; sin embargo, en caso de que se llegare al extremo de matar al hijo se consideraba como un acto supremo de poder.<sup>18</sup> *Potestas vitae necisque*, se encuentra mencionada en la Ley de las Doce Tablas, y fue considerada por los juristas de la época como la médula de la patria potestad.

El poder que el *Pater Familias* ejercía dentro de su casa era completo y sin apelación, podría condenar a muerte a su mujer y a sus hijos. “El marido, dice Catón el viejo, es juez de su mujer; su poder no tiene límites; puede hacer lo que quiere, si ella ha cometido alguna falta, la castiga; si ha bebido vino, la condena; si ha tenido comercio con otro hombre, la mata.”<sup>19</sup>

El derecho de corrección se mantuvo durante todo el periodo clásico; sin embargo, fue limitándose durante el imperio. En el derecho posclásico, la familia romana pierde su antigua conformación por las influencias del cristianismo y como una consecuencia de la nueva organización política del Estado, que interviene más en la vida privada de la familia. En esta época los poderes que comprendía la patria potestad quedaron limitados a la corrección disciplinaria de los hijos; se elimina, por tanto, el ejercicio del *ius vitae et necesis*. Desde el emperador Alejandro Severo, el poder del padre se reduce a un derecho de corrección.<sup>20</sup>

La familia en Castilla estaba concebida como una verdadera sociedad doméstica de tipo patriarcal. El padre tenía pleno dominio y potestad sobre los hijos, solteros o casados, sobre los hermanos, tíos, primos, etc. Se proyectaba la familia como una comunicad económica y patrimonial.

18 Margadant, G., *Derecho romano*, México, Porrúa, 1994, pp. 200 y ss.

19 Foustel de Coulages, *La ciudad antigua*, México, Porrúa, 1974, p. 30.

20 Shultz Fritz, *Derecho romano clásico*, Barcelona, Bosch, pp. 142, 143 y 144.

Dentro del derecho familiar castellano encontramos, al igual que en Roma, el principio de sucesión forzosa que significaba que los bienes del fallecido pasaban obligatoriamente a sus parientes más cercanos. Cabe destacar la rudeza y tosquedad de una sociedad guerrera y campesina como la castellana. La vida se desarrollaba en el campo, en granjas aisladas o en pequeñas poblaciones al pie del castillo. Existía también una arraigada fe religiosa que gobernaba la vida de los hombres.

No podemos dejar de reconocer el papel tan importante que tenían los hijos en la vida familiar ya que conservamos interesantes testimonios que nos demuestran el interés en la crianza y pedagogía infantil y también, lo que es más raro, tentativas de interpretación de la sociología del niño. Vigilaban la crianza del niño, seleccionando con mucho cuidado a la persona o personas que habrían de cuidarlo.<sup>21</sup> “El derecho castellano medieval concibió la autoridad de los padres sobre los hijos con un pleno dominio y potestad, pero en modo alguno con el rigorismo romano y germánico, que los convertía en meros objetos a la libre disposición de aquellos.”<sup>22</sup>

Existían fueros que prohibían terminantemente a los padres matar a sus hijos, venderlos, darlos como rehenes; la relación paterno-filial no terminaba al llegar el hijo a una edad determinada, sólo el matrimonio y la adopción de otro culto producía la emancipación.

Encontramos que la iv partida, título xvii, Ley ii, se refiere al poder que tienen los padres sobre sus hijos, de cualquier naturaleza que estos sean. Se señala también que este poder descansa en una doble razón: según la naturaleza, porque los hijos nacen de sus padres y según el derecho, ya que heredarán lo suyo. Este poder lo tienen los padres sobre sus hijos, sus nietos y sobre todos los de su linaje en línea paterna

---

21 Vincens Vives, *Historia de España y America. Sociedad y Economía*, vol. i, reimpr. Editorial Jaime Vincens Vives., t. i, 1972, p. 385.

22 *Idem*.

En la Ley VIII se establecen las razones por las que el padre puede empeñar a su hijo si se encuentra en estado de gran pobreza y requiere el producto de la venta para comer, y también se señala que incluso puede comerse a su hijo con tal de no entregar el castillo si se encontrase cercado y no tuviera medios de subsistencia. Encontramos en las partidas cuatro causas principales de pérdida de la patria potestad, que deberían conocer y aplicar muchos padres. Una de ellas es cuando se castiga al hijo muy cruelmente, ya que las partidas señalan que debe castigársele con medida y piedad. Si las bestias, agregan, que carecen de razón aman y protegen a sus hijos, los padres deberán hacerlo aún más ya que tienen entendimiento.

La familia precortesiana descansaba en el matrimonio, era patriarcal; sin embargo, la mujer tenía influencia sobre todo en materia de educación, que era un factor decisivo en la sociedad azteca, esta era muy severa, llegando en ocasiones a castigos corporales, herir con espinas o con púas, cortar el cabello.<sup>23</sup>

La familia azteca descansaba sobre la base del gran respeto que por los padres se inculcaba a los hijos; si estos eran traviesos o irrespetuosos los castigaban con rigor, los amonestaban, o los golpeaban con látigos en todo el cuerpo.

Dentro de la patria potestad encontramos el derecho de vender a los hijos. Aquella terminaba con el matrimonio del hijo o hija para el cual era necesario el consentimiento de los padres. Como existía un profundo sentimiento de rechazo en contra de los hijos mayores de 22 años, o hijas mayores de 18, el consentimiento de los padres para el matrimonio no podía negarse sino por causas graves. Las faltas de respeto a los padres podían ser castigadas con la muerte.<sup>24</sup> Algunos autores afirman que el hombre educaba y castigaba a sus hijos, mientras la mujer tenía a su cargo a las hijas. Las mentiras eran graves y se les castigaban con pequeñas incisiones en los labios. “Para castigar a sus hijos, el padre podía usar la violencia, generalmente los herían con

23 Bialostosky, Sara, *Condición jurídica de la mujer*, México, UNAM, 1975, p. 4.

24 Margadant, *op. cit.*, p. 30.

espinas de maguey, le cortaban el cabello y cuando era tenido por incorregible, el padre, con permiso previo de las autoridades, podía venderlo como esclavo.”<sup>25</sup>

Los hijos de familias nobles, los ricos y los de clase media, vivían en la casa con sus padres hasta los 15 años, y en el hogar recibía la educación de sus progenitores. Cumplidos los 15 años los entregaban al Calmecac o Tepochcalli, instituciones educativas en las que permanecían cuatro o cinco años hasta que sus padres concertaban su matrimonio. Cuando terminaban su educación podían salir al mundo para casarse y para desarrollarse en la vida pública.

En el derecho francés encontramos la influencia tanto del derecho romano como del derecho consuetudinario germánico (*Coutumes*). Al referirse a la patria potestad, Planiol afirma que en el derecho francés la obligación de cuidar la educación del hijo otorga a estos un derecho de corrección bastante extenso. El padre dispone en el ejercicio de la patria potestad sobre la persona y bienes del hijo de muchos otros medios de corrección que no son los castigos corporales; no obstante, en el derecho francés el derecho de corrección comprende únicamente el hacer encarcelar al hijo, en una casa correccional.<sup>26</sup>

Fue hasta 1970 que la patria potestad fue modificada en forma integral, ya que los intentos anteriores por proteger a los niños, como la ley del 19 de abril de 1898 y sus reformas, habían fracasado. El primer cambio se reflejó en el cambio del vocablo de potestad por el de autoridad, debiendo ser ejercida por ambos progenitores, por lo cual recibe el nombre de *autoritéparentale*. También se modificó íntegramente el Libro I del Código Civil, el de Procedimientos Penales y el Código de la Familia; al mismo tiempo, quiso suavizar la rigidez de esta institución y para ello la idea de poder, o potestad de la anterior legislación, por la de función. Así, el artículo 371 señalaba la obligación ética y moral de respeto a los padres, dejando a los hijos bajo la

---

25 Mendieta y Núñez, Lucio, *El derecho precolonial*, México, UNAM, 3a. ed., 1971, p. 98.

26 Planiol y Ripert, *Tratado práctico de derecho civil francés*, pp. 356 y ss.

autoridad de aquellos hasta la mayoría de edad o su emancipación. También obligaba a los padres a proteger a sus hijos en su seguridad, salud y moralidad.

La Ley de Relaciones Familiares, en México, también contempla el derecho de corrección, señalando en su artículo 244 que “A los que tienen hijos bajo su patria potestad, incumbe la obligación de educarles convenientemente. Los que ejercen la patria potestad, tienen la facultad de corregir y castigar a sus hijos ‘templada y mesuradamente’.”

El Código Civil del Distrito Federal, hoy Ciudad de México –como la mayoría de los Códigos Civiles de los estados– señalaba, en su artículo 423, “los que ejercen la patria potestad tienen la facultad de corregir y castigar a sus hijos mesuradamente”.

Las autoridades, en caso necesario, auxiliarán a esas personas haciendo uso de amonestaciones y correctivos que presnten apoyo suficiente a la autoridad paterna.

Esta situación, afortunadamente, ha cambiado, eliminando el castigo y limitando la corrección. En el anexo realizamos un análisis de todos los códigos civiles de la república.

En el Estado de Aguascalientes, su código civil también contemplaba el derecho de corrección; en su artículo 446, mismo que fue reformado el 5 de noviembre del 2001, señala:

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José).

El día 22 de noviembre de 1969 se adoptó en la ciudad de San José de Costa Rica, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, también conocida como Pacto de San José.

“Reiterando –como lo habían señalado en el tratado anteriormente comentado–<sup>7</sup> que con arreglo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento del temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus

derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos”.

Dentro de la libertad de expresión (artículo 13), se establece que los Estados firmantes deberán prohibir toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.

El artículo 17 establece la protección a la familia, destacando que, siendo el elemento natural y fundamental de la sociedad, debe ser protegida por el Estado, reconociendo el principio de no discriminación y buscando en caso de disolución la protección a los menores, sobre la base única de interés y conveniencia de ellos. El artículo 19 contempla la protección de los niños, obligación que corresponde a la familia, a la sociedad y al Estado.

También se contempla la correlación entre los deberes y derechos de las personas para con la familia, la comunidad y la humanidad (artículo 32.1). El límite de los derechos de las personas se encuentra en los derechos de los demás por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática (artículo 32.2).

Esta convención pretende asegurar el desarrollo pleno e integral, lo que implica formación física, mental, emocional, social, moral y condiciones de igualdad y de respeto de nuestras niñas, niños y adolescentes.<sup>27</sup>

## **La Convención sobre los Derechos del Niño**

Para proteger los derechos de los menores, se firmó este tratado internacional el 20 de noviembre de 1989. La Convención sobre los Derechos del Niño, en sus 54 artículos, reconoce que

---

<sup>27</sup> Recuperado de <http://ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/D1BIS.pdf>.

los niños (seres humanos menores de 18 años), son individuos con derecho de pleno desarrollo físico, mental y social, y con derecho a expresar libremente sus opiniones. Además, la Convención es también un modelo para la salud, la supervivencia y el progreso de toda la sociedad humana.<sup>28</sup>

Esta Convención es muy importante por ser la primera ley internacional sobre los derechos de los niños y niñas, de carácter obligatorio para los Estados firmantes. Se establece la obligación de los Estados partes de informar al Comité de los Derechos del Niño sobre las medidas que han adoptado para aplicar lo establecido en la Convención, y de realizar las medidas necesarias para hacer efectivos los derechos.

La Convención es trascendente porque, aun cuando algunos países contaban con leyes que protegían a la infancia, los derechos de los niños no eran respetados, lo que se traducía en pobreza, acceso desigual a la educación, explotación y abandono. Esta situación se presentaba tanto en países ricos como en pobres; por tanto, la Convención es fundamental para garantizar su protección y desarrollo.

Desde su aprobación, se han producido avances considerables en el cumplimiento de los derechos de la infancia, en su salud, supervivencia, educación, en la defensa de la explotación, malos tratos y la violencia. A pesar de esto, la situación de los niños en el mundo está amenazada; todos y cada uno de nosotros podemos contribuir a mejorar las condiciones de violencia que enfrentan los niños. La misión de la UNICEF se traduce en velar por el cumplimiento de esta Convención; durante sus sesenta años de existencia ha luchado por alcanzar su objetivo: transformar el mundo en un lugar de paz e igualdad para la infancia.

La Convención dispone, entre otras cuestiones, que los Estados partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las activida-

---

28 Recuperado de <http://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>.

des, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares (artículo 2.2).<sup>29</sup>

Todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial que se atenderá será el interés superior del niño (artículo 3.1).

Los Estados partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar (artículo 3.2).

Los Estados partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual (artículo 19.1).

Los Estados partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social (artículo 27.1). También se establece que la educación del niño estará encaminada a: 1. Los Estados partes convienen en que la educación del niño deberá estar encaminada a: [...] *b*) Inculcar al niño el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales y de los principios consagrados en la Carta de las Naciones Unidas; y *d*) Preparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena (artículo 29).

La Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (LGDNNA), expedida por Decreto presidencial el pasado 3 de diciembre de 2014, garantiza a la niñez y adolescencia mexicana 20 derechos, que son:

---

29 Recuperado de [http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Programas/Provincia/1LEGISLACION/C3%93N/3InstrumentosInternacionales/F/convencion\\_derechos\\_nino.pdf](http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Programas/Provincia/1LEGISLACION/C3%93N/3InstrumentosInternacionales/F/convencion_derechos_nino.pdf).

I. Derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo. Todas las niñas, niños y adolescentes deben disfrutar de una vida plena en condiciones acordes a su dignidad; tampoco deberán ser utilizados en conflictos armados o violentos.

II. Derecho a la prioridad. Tienen derecho a que se les asegure prioridad en cuanto a protección y socorro ante cualquier eventualidad, así como ser atendidos antes que cualquier adulto en todos los servicios.

III. Derecho a la identidad. Tienen derecho a contar con un nombre y los apellidos que le correspondan, así como a ser inscritos inmediatamente al Registro Civil, contar con una nacionalidad y preservar su identidad.

IV. Derecho a vivir en familia. Tienen derecho a vivir con su familia y a no ser separados de las personas que ejerzan la patria potestad; en caso de que sus familias estén separadas, tienen derecho a mantener contacto con sus familiares de manera regular.

V. Derecho a la igualdad sustantiva. Tienen derecho al mismo trato y oportunidades para el goce de sus derechos; las autoridades deben establecer políticas orientadas a eliminar los obstáculos para la igualdad de acceso y oportunidades a la alimentación, educación y atención médica.

VI. Derecho a no ser discriminado. Niñas, niños y adolescentes tienen derecho a no ser sujetos de discriminación, limitación o restricción de sus derechos.

VII. Derecho a vivir en condiciones de bienestar y a un sano desarrollo integral. Tienen derecho a vivir en un medio ambiente sano y sustentable y en condiciones que permitan su desarrollo, bienestar, crecimiento saludable y armonioso.

VIII. Derecho de acceso a una vida libre de violencia y a la integridad personal. Tienen derecho a una vida libre de violencia y a que se resguarde su integridad personal; las autoridades tomarán las medidas para prevenir, atender y sancionar casos en que niñas, niños y adolescentes se vean afectados

por conductas como el descuido, la negligencia, la trata, trabajo infantil o coacción a participar en algún delito.

IX. Derecho a la protección de la salud y a la seguridad social. Todas las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a gozar del más alto nivel posible de salud y a recibir la prestación de servicios de atención médica de gratuita y de calidad.

X. Derecho a la inclusión de niñas, niños y adolescentes con discapacidad. Tienen derecho a disfrutar de los derechos contenidos en la ley, la Constitución y tratados internacionales, así como vivir incluidos en la comunidad y en igualdad de condiciones que las demás niñas, niños y adolescentes.

XI. Derecho a la educación. Tienen derecho a una educación de calidad que contribuya al conocimiento de sus propios derechos y basada en un enfoque de derechos humanos e igualdad sustantiva.

XII. Derecho al descanso y el esparcimiento. Tienen derecho al descanso, al esparcimiento, al juego,

XIII. Derecho de la libertad de convicciones éticas, pensamiento, conciencia, religión y cultura. Tienen derecho a disfrutar libremente de su lengua, usos y costumbres, prácticas culturales, religión, recursos y formas específicas de organización social.

XIV. Derecho a la libertad de expresión y acceso a la información. Conlleva a que se tome en cuenta su opinión respecto de los asuntos que les afecten directamente, a sus familias o comunidades.

XV. Derecho a la participación. Las autoridades están obligadas a disponer e implementar mecanismos que garanticen la participación permanente y activa de niñas, niños y adolescentes en ámbitos familiar, escolar, social o comunitario.

XVI. Derecho de asociación y reunión. Todas las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a asociarse y reunirse.

XVII. Derecho a la intimidad. Tienen derecho a la intimidad personal y la protección de sus datos personales.

XVIII. Derecho a la seguridad jurídica y al debido proceso. Todas las autoridades que sustancien procedimientos de carácter jurisdiccional o administrativo o que realicen cualquier acto de autoridad, garantizarán el interés superior de la niñez.

XIX. Derecho de niñas, niños y adolescentes migrantes. Las autoridades de todos los órdenes deberán proporcionar servicios y protección correspondientes a niñas, niños y adolescentes migrantes.

XX. Derecho de acceso a las tecnologías de la información y comunicación sin discriminación de ningún tipo o condición.

## Cifras y datos

Desafortunadamente, a pesar de que el marco jurídico de protección de los menores en nuestro país pretende protegerlos en forma integral, frecuentemente leemos noticias que reflejan todo lo contrario, como esta: “México, primer lugar en violencia infantil”.<sup>30</sup> En ella señalan que “Según la secretaria de la Comisión de Derechos de la Niñez, las agresiones a este sector aumentan cada año. UNICEF informa que al día de hoy hay 3 900 000, niños que están siendo maltratados en el mundo”.<sup>31</sup>

México ocupa el primer lugar a nivel mundial en violencia física y homicidio de menores de catorce años, en tanto que las violaciones sexuales en este grupo de población aumentan año con año, por lo que es urgente implementar acciones contra el problema. Así lo denunció la secretaria de la Comisión de Derechos de la Niñez y Adolescencia, Martha Robles Ortiz, quien

---

30 Recuperado de <https://www.eluniversal.com.mx/nacion/mexico-primer-lugar-en-violencia-infantil>. [Consulta: 8 de junio de 2020.]

31 Recuperado de [https://unicef.org.mx/?utm\\_source=google&utm\\_medium=cpc&utm\\_term=search\\_Adsmurai&utm\\_content=maltrato\\_infantil&utm\\_campaign=AON\\_aquisicion&gclid=EAIaIQobChMIr\\_OD-PvL7wIVg4JbCh0KnQs9EAAAYAiAAEgI6c\\_D\\_BwE](https://unicef.org.mx/?utm_source=google&utm_medium=cpc&utm_term=search_Adsmurai&utm_content=maltrato_infantil&utm_campaign=AON_aquisicion&gclid=EAIaIQobChMIr_OD-PvL7wIVg4JbCh0KnQs9EAAAYAiAAEgI6c_D_BwE).

sostuvo que en 2018 se denunciaron 30 000 casos de posibles delitos sexuales, y en 2015 hubo 27 000.

Señaló que la mayoría de los abusos se producen en el entorno familiar y siete de cada 100 adultos mexicanos encuestados revelaron haber sufrido esas agresiones. Alrededor de 4.5 millones de niños son víctimas de abuso sexual, lo que se agrava cuando se considera que sólo se da a conocer 2% de las cifras reales.

Según el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), México tiene de los presupuestos más bajos en la prevención de estos ilícitos y tan sólo 1% de los recursos para la infancia se destinan a protección contra violencia, abuso y explotación. México vive un contexto de violencia originado por altos niveles de desigualdad social, impunidad y presencia extendida del crimen organizado, lo que afecta a la niñez y a la adolescencia. Señala que, de acuerdo con la OCDE, de los 33 países que participan en ella, México ocupa el primer lugar en violencia física, abuso sexual y homicidios cometidos en contra de menores de 14 años.

El senador José María Martínez Martínez, presidente de la Comisión de la Familia y Desarrollo Humano, presentó una iniciativa de reformas y adiciones a la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes y al Código Penal Federal en materia de violencia y maltrato infantil, con la cual busca eliminar cualquier forma de maltrato a este sector, toda vez que estudios recientes señalan que actualmente alrededor de cuatro millones de infantes se encuentran en situación de alta vulnerabilidad y riesgo.

La iniciativa establece que es urgente declarar al maltrato infantil como problema de salud pública, ya que, de acuerdo a la exposición de motivos del documento, estudios recientes elaborados por diversas instituciones no gubernamentales e instituciones del Estado, demuestran que el maltrato infantil tiene una tendencia creciente en nuestro país, como hemos señalado.

Señala que, en el proyecto de reforma a la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes vigente, a pesar de que fue expedida en mayo del año 2000, hasta la fecha no se han establecido directrices que permitan tutelar adecuadamente el interés superior de la niñez.

La iniciativa de reforma propuesta hace énfasis en la preservación y fortalecimiento de la familia, por lo que el objetivo principal es eliminar todo tipo de maltrato infantil: el familiar, el institucional, el de la calle, el *bullying*, el *mobbing*, la negligencia parental, el incumplimiento al deber de cuidado y cualquier otra modalidad análoga.

También las cifras presentadas en la iniciativa sobre el maltrato son escalofrantes. Por ejemplo, el Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia reporta que en los últimos trece años se cuadruplicaron los casos de denuncias de maltrato infantil, además de triplicarse los casos demostrados de abuso y maltrato de infantes.

Finalmente, en el articulado de la iniciativa se propone la siguiente definición sobre maltrato a menores:

Cualquier acto u omisión intencional o por negligencia o incumplimiento al deber de cuidado, destinado a dañar a niñas, niños y adolescentes, y que genere riesgo o daño a su salud; quedan incluidos: toda forma de ofensa, injuria, insulto, agravio, humillación, ultraje, mortificación, vilipendio, golpes, lesiones físicas y emocionales; abandono; trata de personas, abuso sexual, maltrato institucional; *bullying*; *mobbing*; negligencia parental y cualquier otra forma análoga, que ponga al menor en situación de riesgo o desamparo.<sup>32</sup>

“No más chanclazos, no más cinturonzos”, así fue como el Senado de la República anunció la aprobación de las

---

32 Recuperado de <http://comunicacion.senado.gob.mx/index.php/periodo-ordinario/boletines/15298-mexico-primer-lugar-de-la-ocde-en-maltrato-infantil-senador-martinez-martinez.HTML>

reformas que prohíben explícitamente el uso de violencia física como método correctivo para niñas, niños y adolescentes.

Por unanimidad, con 92 votos a favor, los legisladores reformaron y agregaron diversas disposiciones a la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, así como al Código Civil Federal. La reforma argumenta que existían vacíos en la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, por lo que modifica los artículos 47, fracción VII, así como la fracción IV del artículo 105, para quedar así: “Queda prohibido que quienes tengan trato con niñas, niños y adolescentes ejerzan cualquier tipo de violencia en su contra, en particular el castigo corporal y humillante”.<sup>33</sup>

El maltrato a los niños es otro de los indicadores que tenemos para comprender como la violencia atenta contra la vida y el futuro de lo máspreciado que tenemos como sociedad, pues daña seriamente su desarrollo y acarrea repercusiones a largo plazo.

A través del tiempo se han hecho investigaciones acerca del maltrato infantil —mi tesis de licenciatura analiza el fenómeno del niño maltratado ante el derecho, como he señalado— y con gran desánimo observamos que este fenómeno continúa, incluso ha aumentado, demostrando con ello nuestra incapacidad como sociedad para terminarlo o al menos disminuirlo.<sup>34</sup>

El maltrato infantil, sigue siendo un fenómeno común en casi todas las sociedades, se presenta en todas las culturas y clases sociales, ha sido justificado de diversas formas, ya que los padres consideran que los menores son de su propiedad, y pueden hacer con ellos lo que les plazca, como internarlo en un

---

33 No más chancelazos, no más cinturonzos, no más violencia física como método correctivo para niñas, niños y adolescentes. #HoyEnElSenado *el Pleno aprobó prohibir el castigo corporal y humillante con una reforma a dos instrumentos legales*. Recuperado de <https://t.co/O6nFpI95TE> pic.twitter.com/oCbjLW1Inn. Senado de México (@senadomexicano) [Consulta: 23 de septiembre de 2020.]

34 Tesis profesional para obtener el grado de licenciatura en Derecho, UNAM, 1978.

hospicio o vincularlo como aprendiz —esclavo— con sus maestros de profesión.

Este fenómeno, generalmente permanece oculto: los niños y niñas se sienten incapaces de denunciar los actos de violencia, por miedo a las represalias de sus agresores. Puede ser también que el niño maltratado se sienta avergonzado o culpable, pensando que se trata de un castigo merecido. Esto es a menudo la causa de que el niño o niña se muestren reticentes a hablar sobre lo que están viviendo.

El maltrato infantil se define como “los abusos y la desatención de que son objeto los menores de 18 años, e incluye todos los tipos de maltrato físico o psicológico, abuso sexual, desatención, negligencia y explotación comercial o de otro tipo que causen o puedan causar daño a la salud, desarrollo o dignidad del niño, o poner en peligro su supervivencia, en el contexto de una relación de responsabilidad, confianza o poder. La exposición a la violencia de pareja también se incluye a veces entre las formas de maltrato infantil.”<sup>35</sup>

Podemos distinguir diversos tipos de abuso infantil como los abusos físicos, los psicológicos, la negligencia infantil y los abusos sexuales, todos constituyen graves violaciones a los derechos superiores de los niños.

Miles de niños, niñas y adolescentes en México crecen en un contexto de violencia cotidiana —crónica— que deja secuelas profundas, e incluso termina cada año con la vida de centenares de ellos.

En el presente año, se presentó en México el “Estudio del Secretariado General de las Naciones Unidas sobre la Violencia contra los Niños” y el “Informe Nacional sobre Violencia y Salud”. Según este último, dos niños menores de 14 años mueren cada día a causa de la violencia en México. Ambos estudios tienen como propósito principal el de formular recomendaciones encaminadas a la prevención y eliminación de todas

---

35 OMS, *Violencia. Maltrato infantil*. Recuperado de <http://www.who.int/topics/violence/es>. [Consulta: 25 de noviembre de 2016.]

las formas de violencia contra los niños, niñas y adolescentes, constituyendo un fuerte llamado a las instituciones gubernamentales y a la sociedad en su conjunto a atender este problema con urgencia. En este contexto, la Secretaría de Educación Pública, la de Salud y la Presidencia del Sistema Nacional del DIF, han firmado un Acta de Compromiso para dar seguimiento a las recomendaciones de ambos estudios.<sup>36</sup>

A continuación, presentamos algunos de los datos y cifras escalofriantes.

- Una cuarta parte de todos los adultos manifiestan haber sufrido maltratos físicos de niños.

- Una de cada cinco mujeres y uno de cada trece hombres declaran haber sufrido abusos sexuales en la infancia.

- Durante los últimos 25 años murieron asesinados regularmente dos menores de catorce años de edad cada día en México.

- “El ambiente de violencia en México, tiene un impacto fuerte entre los niños y niñas y queda reflejado en tasas de homicidios muy elevadas también con respecto a ellos. Este escenario no podría explicarse sin que existiera un alto nivel de tolerancia para la violencia que se ejerce en contra de los niños y las niñas en nuestro país. La imposición de castigos físicos o el maltrato verbal, por ejemplo, siguen siendo prácticas cotidianas que gozan de niveles altos de aceptación... Por detrás de los casos más extremos que ocasionan la muerte, siempre existen muchos más que, aunque resulten menos visibles y menos dramáticos, implican dosis cotidianas de dolor que causan severos daños y disminuyen de manera drástica las posibilidades de una vida sana y plena.”

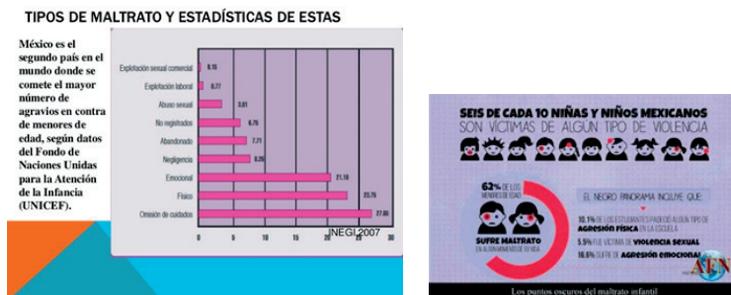
- Según datos del Ministerio del Interior alrededor de 4 000 menores fueron víctimas de malos tratos en el ámbito familiar en el año 2015. Además, entre el año 2013 y octubre

---

36 UNICEF, *La violencia contra niños, niñas y adolescentes en México*. Recuperado de <http://www.unicef.org/mexico/spanish>. Véase también, Secretaría de Salud, *Informe nacional sobre violencia y salud*, México, D. F., SSA, 2006, p. 5.

de 2017 han muerto 22 niños víctimas de la violencia de género en España.<sup>37</sup>

Para finalizar este apartado, nos parece importante conocer la opinión de los propios niños víctimas de la violencia. Esta encuesta se realizó en el año 2000, y en ella participaron cuatro millones de niños y niñas entre 4 y 17 años. El informe concluye que la violencia se presenta en 28% de los niños y niñas de 6 a 9 años dijeron que son tratados con violencia en su familia y 32% dijo que esta era su realidad en la escuela. Esto significa que alrededor de tres millones de niños y niñas entre 6 y 9 años en México sufren violencia en su familia y en sus escuelas.



Recuperado de <https://twitter.com/maltratoinfant9>

## Conclusiones

PRIMERA. El análisis y comprensión del fenómeno de la violencia debe incluir los tres elementos que la conforman: la *violencia directa*, es decir, la visible que se traduce en homicidios, golpes, represión, tortura, feminicidios, abusos de todo tipo contra niños, niñas y adolescentes, y en donde existe un perpetrador y una víctima plenamente identificados, pero también la *violencia estructural*, es decir, la forma deficiente cómo operan las insti-

37 Recuperado de <https://enfamilia.aeped.es/noticias/violencia-contra-ninos-en-familia>. [Consulta: 9 de marzo de 2021.]

tuciones, lo que da lugar a la insatisfacción de las necesidades elementales, más de nueve millones de compatriotas, seres humanos que no saben cada día si será posible su supervivencia, la falta de educación de calidad, que cancela todas las oportunidades de bienestar de millones de niños, la falta de empleos bien remunerados, el alto índice de impunidad, la influencia negativa del narcotráfico, el Estado visto como enemigo y la justicia por propia mano, entre otros, y, por último, la *violencia cultural* que se traduce en aspectos de nuestra cultura que se utilizan para justificar o legitimar la violencia directa o estructural, como el machismo. Estamos convencidos de que el avance en la promoción de la educación para la paz en nuestro país puede convertirse en una realidad, a pesar de los enormes retos que presenta.

SEGUNDA.- En relación con el comportamiento de los niños que viven en un ambiente de violencia, podemos señalar que esta provoca que la éstos se comporten mal, que pierdan los límites entre lo bueno y lo malo, lo correcto y lo incorrecto, incluso los papeles de agresor y víctima, se afirma que las personas que viven en violencia crónica pierden su carácter de seres humanos, desdibujándose en ellos los límites entre el bien y el mal, distorsionando sus valores.<sup>38</sup>

TERCERA. La respuesta del Estado ante este fenómeno no ha sido satisfactoria. Se han elaborado políticas públicas para disminuir la violencia en el país, se han invertido cuantiosos recursos para ello; sin embargo, el fenómeno va en aumento, sin que vislumbremos un futuro positivo. Contamos con un marco jurídico nacional y hemos suscrito importantes tratados para el combate a los diversos aspectos de la violencia, pero esta no disminuye. Se han producido importantes modificaciones al marco legal como el tránsito del limitado concepto de seguridad pública al de seguridad humana, el concepto de derechos humanos, de interés superior del niño; sin embargo, y como

---

38 Sobre el particular se puede consultarse la escalera de la violencia, sobre todo el último mensaje. Recuperado de [https://www.youtube.com/watch?v=ziIU2V\\_2C2A](https://www.youtube.com/watch?v=ziIU2V_2C2A).

hemos comprobado a través de las cifras, en México existe un Estado cada vez más débil, que se visualiza como carente de legitimidad, que empieza a ser sustituido en sus tareas fundamentales por los ciudadanos y grupos sociales.

CUARTA. El marco jurídico con que contamos sustenta este desarrollo, aun cuando estamos conscientes de que los resultados los observaremos a mediano y largo plazos. Esta circunstancia no debe desanimarnos, el reto es enorme: promover la paz en un ambiente de violencia crónica como el que estamos viviendo; sin embargo, estamos convencidos de que es en la escuela en donde podemos iniciar la transformación.

QUINTA. La mediación asociativa es el camino. Tendremos que enseñar a nuestros niños que asociarse obedece a una fuerza interior del ser humano, que como persona lo lleva a buscar la relación con otros seres. No podemos vivir aislados, existe la individualidad de cada uno, que debe complementarse con la de los demás. Así, la búsqueda de apoyo en los demás se sustenta en atender la necesidad individual, pero sin sacrificar la necesidad social y viceversa.

SEXTA.- Estamos convencidos, porque hemos trabajado con cientos de niños que estos poseen cualidades que, a pesar del entorno, les permiten alcanzar la paz, pero debemos trabajar en desarrollarlas, en lograr en ellos el estado de ánimo que les permita actuar con serenidad, sin violencia.

SÉPTIMA.- No podemos dejar de reconocer, sin embargo, que la violencia crónica en que vivimos tendrá consecuencias muy negativas en ellos al convertirlos en seres insensibles, por ello debemos procurar que priven estas cualidades positivas sobre las destructivas. El reto está planteado, cada uno de nosotros debemos contribuir a la promoción de la cultura de la paz, y el respeto a la dignidad del otro, la participación es el camino.

## Bibliografía

- Bialostosky, Sara, *Condición jurídica de la mujer*, México, UNAM, 1975.
- Bonnecase, Julien, *Elementos de derecho civil*, México, Cajica, 1945, vol XIII.
- Borja F., Luis. *Estudios sobre el Código Civil Chileno*. t. IV, Santiago de Chile, 1845.
- Colin y Capitant, *Derecho civil*, vol. II, Jurídica Universitaria, 2002 (Colección Grandes Maestros del Derecho Civil, Serie Regímenes Matrimoniales, Sucesiones Testamentos y Liberalidades).
- Foustel de Coulages, *La ciudad antigua*, México, Porrúa, 1974.
- Galindo Garfías, Ignacio, *Derecho civil*, México, Porrúa, 1996.
- Informe Nacional sobre Violencia y Salud*, México, D. F., Secretaría de Salud, 2006.
- Keane, John, *Reflexiones sobre la violencia*, Madrid, Alianza Editorial, 1996.
- Margadant, G., *Derecho romano*, México, Porrúa, 1994.
- Márquez Algara, Ma. Guadalupe, *El niño maltratado ante el derecho* [Tesis], México, 1978.
- Márquez Algara, Ma. Guadalupe, *Mediación comunitaria y prevención del delito*, México, Porrúa, 2016.
- Márquez Algara, Ma. Guadalupe, *Mediación escolar. Un camino contra la violencia*, México, Porrúa, 2016.
- Mendieta y Núñez, Lucio, *El derecho precolonial*, México, UNAM, 3a. ed., 1971
- Planiol y Ripert, *Tratado práctico de derecho civil francés*, vol. IV, *Divorcio, Filiación, Incapacidades*, Puebla, Editorial Cajica, 1981.
- Sanmartín, Esplugues, José. “¿Hay violencia justa? Reflexiones sobre la violencia y la justicia basada en los derechos humanos”, *Revista de Filosofía*, núm. 43, 2008.
- Solomon Theo, *History and demography of child abuse*, Symposium on Child Abuse. Pediatrics, vol. 51, núm. 4, parte II, abril de 1973.

Shultz, Fritz, *Derecho romano clásico*, Barcelona, España, Bosch, 1960.

Vincens Vives, *Historia de España y América. Sociedad y Economía*, vol. 1, reimp. Editorial Jaime Vincens Vives.

## Fuentes electrónicas

Chesnais, Jean Claude, citado por Blair Trujillo, Elsa, “Aproximación teórica al concepto de violencia: avatares de una definición”, *Revista Política y Cultura*, otoño de 2009, núm. 32, pp. 9-33, especialmente p. 13 [PDF]. Recuperado de <http://www.scielo.org.mx/pdf/polcul/n32/n32a2.pdf>. [Consulta: 17 de febrero de 2016.]

<http://comunicacion.senado.gob.mx/index.php/periodo-ordinario/boletines/15298-mexico-primer-lugar-de-la-ocde-en-maltrato-infantil-senador-martinez-martinez.HTML>.

[https://unicef.org.mx/?utm\\_source=google&utm\\_medium=cpc&utm\\_term=search\\_Adsmurai&utm\\_content=maltrato\\_infantil&utm\\_campaign=AON\\_aquisicion&gclid=EAIAIQobChMIr\\_OD-PvL7wIVg4JbCh0KnQs9EAAAYAiAAEgI6c\\_D\\_BwE](https://unicef.org.mx/?utm_source=google&utm_medium=cpc&utm_term=search_Adsmurai&utm_content=maltrato_infantil&utm_campaign=AON_aquisicion&gclid=EAIAIQobChMIr_OD-PvL7wIVg4JbCh0KnQs9EAAAYAiAAEgI6c_D_BwE).<http://ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/D1BIS.pdf>.

[http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Programas/Provicima/1LEGISLACION%3%93N/3InstrumentosInternacionales/F/convencion\\_derechos\\_nino.pdf](http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Programas/Provicima/1LEGISLACION%3%93N/3InstrumentosInternacionales/F/convencion_derechos_nino.pdf).

<http://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>.

<https://www.eluniversal.com.mx/nacion/mexico-primer-lugar-en-violencia-infantil> [Consulta: 8 de junio de 2020.]

<https://twitter.com/maltratoinfant9>

La violencia contra niños, niñas y adolescentes en México, UNICEF. Recuperado de <http://www.unicef.org/mexico/spanish>.

No más chanclazos, no más cinturonzos, no más violencia física como método correctivo para niñas, niños y adolescentes. #HoyEnElSenado *el Pleno aprobó prohibir el castigo corporal y humillante con una reforma a dos instrumentos legales*. Recuperado de <https://t.co/O6nFpI95TE> pic.twitter.com/oCbjLW1Inn. Senado de México (@senadomexicano). [Consulta: 23 de septiembre de 2020.]

Organización Mundial de la Salud, *Informe mundial sobre la violencia y la salud. Violencia y salud mental*, Washington, D. C., 2002 [PDF]. Recuperado de <http://www.uv.mx/psicologia/files/2014/11/Violencia-y-Salud-Mental-OMS.pdf>. [Consulta: 14 de febrero de 2015.]

*Violencia contra niños en la familia*. Recuperado de <https://enfamilia.aeped.es/noticias/violencia-contra-ninos-en-familia>. [Consulta: 9 de marzo de 2021.]

# NORMAS DE ORIGEN DEL TMEC: NOTAS DESDE UNA VISIÓN JURÍDICA Y LOCAL

*José Manuel López Libreros\**

## Introducción

La integración comercial norteamericana está ligada a la institucionalidad creada a través de los tratados de libre comercio.<sup>1</sup> La forma en cómo se gestiona el comercio a través de los esquemas comerciales preferenciales pactados en los acuerdos internacionales impacta de manera directa en las zonas geográficas que se benefician con la atracción de inversiones y procesos productivos. En este sentido, el régimen jurídico del ori-

---

\* Profesor-investigador titular “C”, Departamento de Derecho, Centro de Ciencias Sociales y Humanidades, Universidad Autónoma de Aguascalientes, México. Doctor en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid, España. Reconocimiento SNI I de CONACYT, Perfil PRODEP de la SEP. Contacto: manuel.lopezl@edu.uaa.mx. ORCID: 0000000151106794.

1 Oscar F. Contreras, Gustavo Vega Cánovas y Clemente Ruiz Durán, *La reestructuración de Norteamérica a través del libre comercio: del TLCAN al TMEC*, México, El Colegio de México/ El Colegio de la Frontera Norte, 2020. Recuperado de <http://search.ebs-cohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsebk&AN=2568351&site=eds-live>.

gen de las mercancías resulta relevante, no sólo para identificar las mercancías “nacionales” candidatas a las preferencias, sino por los efectos económicos que de ahí se derivan en la atracción de inversiones y flujos comerciales. La renegociación del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) que derivó en el Tratado México, Estados Unidos, Canadá (TMEC) es un ejemplo de institucionalización de las relaciones comerciales, para encauzar el comercio en función a principios y, de cierta manera, aislar los instrumentos jurídicos de los vaivenes políticos.

Tomando en consideración que el TMEC conforma parte de la constitución económica del país, reconocer el régimen jurídico que conforma en conjunción con las demás disposiciones nacionales deviene como una obligación para los operadores jurídicos y económicos del sector. Dentro de este contexto, el objetivo central del presente trabajo es analizar el régimen jurídico del origen de las mercancías en el TMEC; para ello, se realiza una reseña de las características jurídico-administrativas, el impacto económico, la evolución del régimen del origen dentro del contexto de integración norteamericano. De igual manera se atienden a los efectos en la armonización de políticas laborales, los potenciales escenarios de conflicto por la interpretación e impacto en la estructuración de comercio. Se parte de la idea que las normas de origen en general, y en particular las más restrictivas, influyen en la gestión del comercio, en el cumplimiento de los objetivos de liberalización, y que inciden en la manera en cómo se realizan las inversiones y la atracción de proceso productivos.

## Aspectos generales de las normas de origen para las mercancías

### *Las normas de origen como disposiciones jurídico-administrativas*

Las normas de origen para las mercancías, también llamadas reglas de origen (*rules of origin*), son disposiciones jurídico-administrativas que permiten la vinculación de una mercancía con un territorio del cual se estima ha sido obtenida o procesada. De manera análoga a lo que sucede con las personas y vínculo jurídico que se genera con la nacionalidad de un determinado Estado o territorio aduanero, podemos señalar que las normas de origen son la “nacionalidad económica” de un producto.<sup>2</sup>

El régimen jurídico del origen vincula entonces a una mercancía y, por ende, a un productor con un determinado sistema jurídico; con ello nacen derechos y obligaciones para el productor, el exportador /importador, así como para los Estados involucrados. Estas normas se aplican tanto en los ámbitos del comercio no preferente como el preferencial, así en términos de la Ley de Comercio Exterior,<sup>3</sup> el régimen del origen permite aplicar las principales disposiciones en materia de política comercial, como lo son las preferencias arancelarias, el mercado del país de origen, la aplicación de cuotas compensatorias, los cupos y cualquier otra medida que al efecto se establezca.

De esta forma, México cuenta con un régimen jurídico de normas de origen no preferenciales contenidas en leyes federales (la ya referida Ley de Comercio Exterior), reglamentos y disposiciones administrativas. Por lo que toca al ejercicio competencial

---

2 José Manuel López Libreros, “Las normas de origen para las mercancías en el sistema GATT-OMC”, *Revista Información Comercial Española. Información comercial española: 60 años del Sistema GATT-OMC*, núm. 843, 2008, p. 625.

3 Véase el art. 9 de la ley, Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, “Ley de Comercio Exterior”, *Diario Oficial de la Federación*, 27 de julio de 1993. Recuperado de <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/28.pdf>.

en la confirmación de las normas de origen no preferenciales, la Secretaría de Economía es la entidad facultada para proponer la elaboración de normas, previa consulta del órgano auxiliar administrativo conocido como Comisión de Comercio Exterior; a su vez, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público es la encargada de aplicar las normas, principalmente en lo que respecta a las obligaciones por la administración de procedimientos aduaneros y pago de impuestos. Además, México participa de manera activa en la celebración de acuerdos comerciales preferenciales, y a la fecha cuenta con diversos tratados de libre comercio, acuerdos de inversión, acuerdos de complementación económica; en sí, esquemas comerciales que cuentan con un régimen específico de origen negociado con los socios conforme a las finalidades y objetivos del instrumento internacional.<sup>4</sup>

De lo anterior se desprende que el régimen jurídico del origen de las mercancías varía dependiendo del tipo de relación comercial que se presenta, preferencial o no preferencial, así como del acuerdo comercial que le sustenta y que, por ello, en nuestro país coexistan diversos regímenes de origen, con elementos y criterios diferentes, que hacen más compleja la interacción de los agentes económicos con los canales comerciales preferenciales.

La determinación del origen es relativamente simple en productos que no implican manufactura, como los productos agrícolas obtenidos en un lugar determinado, y más complejos, como las computadoras o vehículos, en las que se compone de piezas, procesos y tecnología de diverso origen. Para el caso de las manufacturas, los criterios que prevalecen para ligar el origen de la mercancía a un proceso transformador son el cambio de clasificación arancelaria o “salto arancelario”, el contenido nacional o regional, así como los procesos técnicos, por sí solos o en combinación. Como se desprende de la propia ley, estos

---

4 SICE, OEA, *Información sobre México. Información por país*, 2020. Recuperado de [http://www.sice.oas.org/ctyindex/mex/mexagreements\\_s.asp](http://www.sice.oas.org/ctyindex/mex/mexagreements_s.asp).

critérios son los que predominan, pero la Secretaría de Economía cuenta con facultades para proponer criterios adicionales.<sup>5</sup>

Por lo que toca a cada criterio, *a*) el salto arancelario se sustenta en el cambio que surge de las manipulaciones a las que está siendo sometida la mercancía, tomando en cuenta las subpartidas o partidas de la nomenclatura del Sistema Armonizado de Clasificación Arancelaria; a su vez, *b*) el criterio de contenido de valor que requiere un determinado contenido nacional o regional, donde se fija un método para el cálculo y el porcentaje correspondiente y, finalmente, *c*) criterios de producción, fabricación o elaboración, donde se tiene que precisar el proceso productivo que confiere el origen. Los criterios antes referidos han sido seguidos por los diversos esquemas de armonización multilateral, en el entorno de la Organización Mundial de Aduanas (OMA) así como en la Organización Mundial del Comercio (OMC),<sup>6</sup> y son contemplados en la gran mayoría de regímenes no preferenciales. Cabe señalar que, por tratarse de tratados internacionales y por ende sujetos a negociación, las normas de origen preferenciales negociadas y aplicadas por los socios comerciales, adquieren una diversa dimensión e, incluso, se pueden combinar o añadir más criterios.

Cabe señalar que los regímenes del origen suelen contemplar algunos procedimientos o disciplinas que permiten la interacción con los suministros de terceros Estados, como son la acumulación del origen o los criterios *de minimis*; de igual manera, se encontrarán las formas en cómo se acredita el origen

---

5 Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, “Ley de Comercio Exterior”, pt. 10.

6 Joseph A. LaNasa, “Rules of Origin and the Uruguay Round’s Effectiveness in Harmonizing and Regulating Them”, *The American Journal of International Law*, 90, núm. 4, 1996, pp. 625-640; Philippe G. Nell, “wto Negotiations on the Harmonization of Rules of Origin: A First Critical Appraisal”, *Journal of World Trade*, 33, núm. 3, 1999, pp. 45-71; Bernard Hoekman y Stefano Inama, “Harmonization of Rules of Origin: An Agenda for Plurilateral Cooperation?”, *East Asian Economic Review*, 22, núm. 1, 31 de marzo de 2018, pp. 3-28. Recuperado de <https://doi.org/10.11644/kiep.eacr.2018.22.1.336>.

(certificados) y la manera en cómo las autoridades aduaneras verifican el origen y cooperan en el ámbito aduanero para lograr tales cometidos.

### *Más allá de lo jurídico, efectos económicos y políticos*

Las normas de origen tienen en su germen una potencialidad para afectar los flujos normales del comercio de las mercancías. Dependiendo entonces en su conformación e interpretación, pueden establecer apertura o restricción al cause comercial. Diversa literatura en materia económica y de política comercial se ha ocupado del estudio de los efectos restrictivos del régimen del origen,<sup>7</sup> así como los efectos de distorsión o desviación del comercio.<sup>8</sup> En consecuencia, dependiendo del grado de restricción que suponga el régimen del origen se generarán incentivos positivos o negativos para optar en los procesos productivos por la mayor eficiencia económica, o bien, sacrificar la eficiencia económica y optar por el consumo de productos de la zona o de los socios para poder cumplir con el origen. De igual manera, la rigidez del régimen para determinar el origen puede ser deter-

---

7 P. J. Lloyd, "A Tariff Substitute for Rules of Origin in Free Trade Areas", *World Economy*, 16, núm. 6, 1993, pp. 699-712. Recuperado de <https://doi.org/10.1111/j.1467-9701.1993.tb00191.x>; N David Palmeter, "Rules of origin or rules of restriction? A commentary on a new form of protectionism", *Fordham International Law Journal*, 11, núm. 1, 1987, p. 1; David Palmeter, "Rules of Origin in Customs Unions and Free Trade Areas", en *Regional integration and the global trading system*, 1993, pp. 326-343.

8 Anne O. Krueger, "Trade Creation and Trade Diversion Under NAFTA", s. l., National Bureau of Economic Research, 1999. Recuperado de <http://www.nber.org/papers/w7429>; Kyoji Fukao, Toshihiro Okubo y Robert M Stern, *An Economic Analysis of Trade Diversion under NAFTA*, Michigan, University of Michigan, Research Seminar in International Economics, Discussion Paper, 2002. Recuperado de <http://www.fordschool.umich.edu/rsie/workingpapers/Papers476-500/r491.pdf>; y Kala Krishna y Anne O. Krueger, *Implementing Free Trade Areas: Rules of Origin and Hidden Protection*, s. l., National Bureau of Economic Research, 1995.

minante en la centralización de las inversiones directas,<sup>9</sup> la generación de protección de determinados sectores,<sup>10</sup> el estímulo de la estructuración de las industrias e impactar en la manera en cómo se generan las cadenas de valor global.<sup>11</sup> Por las razones antes indicadas, el cumplimiento del origen puede convertirse en una carga administrativa tan pesada que implique ponderar el beneficio comercial frente al costo de cumplimiento.<sup>12</sup>

Por esa cualidad, las disciplinas comerciales relacionadas con las normas de origen suelen ser puntos medulares de los regímenes comerciales. Lo anterior es especialmente, cuando se habla de tratados de libre comercio que implican la asunción de compromisos en materia de liberalización y competencia frente al exterior, donde el régimen jurídico del origen deviene como un instrumento modula el proceso de apertura comercial. Así, aunque se pacten compromisos de liberalización calendarizada o apertura de flujos de mercancías, la letra del pacto se puede afectar en la medida en que así lo haga la exigencia del origen. En este sentido es que, tanto grupos de presión, agentes económicos, conglomerados empresariales,<sup>13</sup> incluso, organizaciones políticas

- 
- 9 Elisa Dávalos, “Protectionism, USMCA and its Possible Effects on Mexico’s Automotive Industry.”, *ERIS*, 7, núm. 1, enero de 2020, pp. 81-104. Recuperado de <http://10.0.4.139/21967415-bja10016>.
- 10 Palmeter, “Rules of origin or rules of restriction? A commentary on a new form of protectionism”; Joseph A LaNasa III, “Rules of origin under the North American Free Trade Agreement: a substantial transformation into objectively transparent protectionism”, *Harvard International Law Journal* 34, núm. 2, 1993, p. 381; Dávalos, “Protectionism, usmca and its Possible Effects on Mexico’s Automotive Industry.”
- 11 Luz María de la Mora, “Evolución de los acuerdos comerciales de México: de la integración comercial a la inserción en las cadenas globales de valor”, en María Celia Toro (ed.), *Los acuerdos comerciales regionales y el TLCAN*, El Colegio de México, 2020, pp. 101-130. Recuperado de <https://doi.org/10.2307/j.ctv19rs0dm.8>.
- 12 Tomomichi Mizuno y Kazuhiro Takauchi, “Rules of origin and uncertain compliance cost”, *Asia-Pacific Journal of Accounting & Economics*, 25, núm. 5, 18 de octubre de 2018, pp. 515-532. Recuperado de <https://doi.org/10.1080/16081625.2017.1346478>.
- 13 Roberto Zepeda y Jorge Virchez, “The role of subnational actors in North America during the NAFTA renegotiation”, *Geography Notebooks*, 2, núm. 2, 2019, pp. 87-102.

y gubernamentales tienen el interés en participar en las negociaciones que deriven en la adopción de las normas de origen, así como en la interpretación que se da a las mismas.<sup>14</sup> Es objeto de captura por los grupos que buscan consolidar sus posiciones en la escena internacional, pero también de la administración que pretende proteger o contactar con sus gobernados.

Como se señaló en líneas anteriores, las normas de origen para las mercancías cumplen con funciones jurídicas básicas como es el nexo que hay entre una mercancía y un determinado régimen jurídico-comercial. En función al origen que se asigne será el tratamiento arancelario y aduanero. De esta forma, dentro del complejo escenario de las negociaciones de un tratado comercial, las normas de origen se convierten no sólo en una válvula de escape para determinados intereses comerciales, sino parte de un *quid pro quo*, en “fichas de cambio” para lograr pactos en otros ámbitos del esquema comercial<sup>15</sup>. De esta forma, las normas son utilizadas tanto como “fichas de cambio” y como mecanismos para generar apoyo al acuerdo comercial negociado, ya que con ellas se garantiza cierto nivel de protección a las industrias afectadas con la apertura. De hecho, en algunos estudios se ha señalado que en ausencia de normas de origen la negociación de los acuerdos comerciales sería poco fructífera.

Precisamente en este ámbito de los efectos económicos que generan los regímenes del origen es que se puede evidenciar cómo en conjunción de políticas industriales y comerciales se generan polos de atracción de inversiones donde se ubican *clusters* y se desarrollan corredores industriales. En el caso mexicano, este fenómeno se puede observar en la zona Centro-Bajío, como se refiere más adelante en el presente texto.

---

14 Frederick W. Mayer, “interpreting NAFTA: The science and art of political analysis, Nueva York, Columbia University Press, 1998, pp. xiv, 374.

15 José Manuel López Libreros, “Las normas de origen para las mercancías: conceptos básicos y armonización en omc”, *Derecho de las Negocios*, 2008, 3. Recuperado de [http://revistas.laley.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAEAO29B2AcSZYJji9tynt\\_SvVK1-B0oQiAYBmk2JBAEOzBiM3mkuwdaUcjKasqgc...1/14](http://revistas.laley.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAEAO29B2AcSZYJji9tynt_SvVK1-B0oQiAYBmk2JBAEOzBiM3mkuwdaUcjKasqgc...1/14).

## Las normas de origen en el contexto norteamericano: del TLCAN al TMEC

### *El régimen del origen de las mercancías en el proceso de integración norteamericano*

La zona económica que conforman los países norteamericanos es una de las más integradas del orbe. Aun con sus sombras, la firma de acuerdos comerciales con Estados Unidos y Canadá ha permitido que los sectores industriales mexicanos se inserten en las cadenas globales de valor, flujos comerciales de inversión y ganancias agregadas netas para los tres países<sup>16</sup>. El TMEC, tratado vigente a partir del 2020, surge como la necesidad de adecuar el TLCAN a las nuevas modalidades del intercambio comercial como es la regulación del comercio electrónico, así como nuevas disciplinas como las compras públicas o el sector energético. Pero también, el TMEC es la consecuencia de un nuevo orden mundial geoeconómico,<sup>17</sup> en la que predomina un entorno político local proclive a tendencias proteccionistas, con visiones mercantilistas en contra de la integración, guerras comerciales entre Estados Unidos y China, y la paralización de la liberalización a través de tratados multilaterales y la OMC<sup>18</sup>.

---

16 Mora, “Evolución de los acuerdos comerciales de México: de la integración comercial a la inserción en las cadenas globales de valor”; Contreras, Vega Cánovas y Ruiz Durán, *La reestructuración de Norteamérica a través del libre comercio: del TLCAN al TMEC*; David A. Gantz, “North America’s Shifting Supply Chains: The USMCA, COVID-19, and the U.S.-China Trade War”, *Center for the United States and Mexico, Rice University’s Baker Institute for Public Policy*, noviembre de 2020. Recuperado de <https://www.bakerinstitute.org/media/files/files/6ed66d98/usmx-pub-supplychains-111120.pdf>.

17 Sergio Puig, “The United States-Mexico-Canada Agreement: A Glimpse into The Geoeconomic World Order”, *AJIL Unbound*, 113, 2019, pp. 56-60. Recuperado de <https://doi.org/DOI: 10.1017/aju.2019.6>.

18 Patrick Low, “The WTO in Crisis: Closing the Gap between Conversation and Action or Shutting Down the Conversation?”, *World Trade Review*, 21, núm. 3, 2022, pp. 274-290. Recuperado de <https://doi.org/DOI: 10.1017/S1474745622000064>.

A decir de la administración estadounidense, el TLCAN era el peor tratado comercial jamás firmado y, por ello, debía desaparecer o bien modificarse radicalmente. Las negociaciones fueron álgidas<sup>19</sup>, y finalmente, con el TMEC se creó un andamiaje institucional orientado en reglas, pero más flexible y laxo que su predecesor TLCAN, por lo que la diplomacia y el poder económico irradian su confección, pero donde dejó su impronta las demandas proteccionistas estadounidenses.

Ya desde el TLCAN, las normas de origen fueron criticadas por ser ampliamente restrictivas y con efectos proteccionistas frente al comercio de terceros países.<sup>20</sup> Cabe señalar que el régimen del origen del TLCAN fue posteriormente un referente para la adopción de las normas de origen de otros tratados celebrados por los socios comerciales con terceros Estados. La renegociación del TLCAN tuvo como antecedente el texto del Tratado Trans Pacífico (TPP),<sup>21</sup> un megatratado regional impulsado por Estados Unidos,<sup>22</sup> que finalmente no fue adoptado por dicha nación pero que sí ratificaron tanto México como Canadá. Sin lugar a duda, en la negociación del TMEC prosperó la agresiva política estadounidense *America first* enunciada por su ejecutivo,<sup>23</sup> y esta visión se impregnó en las normas de origen.

19 Contreras, Vega Cánovas y Ruiz Durán, *La reestructuración de Norteamérica a través del libre comercio: del TLCAN AL TMEC*.

20 Sabrena A Silver, "NAFTA's rules of origin for automobiles: a need for reform", *Fordham Law Review*, 62, núm. 7, 1994, p. 2245; R Kunimoto, G Sawchuk y Policy Research Initiative (Canada), *NAFTA Rules of Origin: Discussion Paper*, Policy Research Initiative, 2005. Recuperado de <https://books.google.com.mx/books?id=jHiLDAEACAAJ>; Jorge Alberto Ramírez, "Rules of origin: NAFTA's heart, but FTAA's heartburn", *Brooklyn Journal of International Law*, 29, núm. 2, 2004, p. 617; Fukao, Okubo, y Stern, *An Economic Analysis of Trade Diversion under NAFTA*.

21 María Celia Toro (ed.), *Los acuerdos comerciales regionales y el TLCAN*, México: El Colegio de México, 2020. Recuperado de <https://doi.org/10.2307/j.ctv19rs0dm>.

22 Pablo Zapatero Miguel, *Markets in the making: state of play*, Dykinson, 2014, p. 36. Recuperado de <https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/19904>.

23 Juan Carlos Blecker, Róbert A. Moreno-Brid e Isabel Salat, *Trumping the NAFTA renegotiation: An alternative policy framework for Mexican-United States cooperation and economic convergence*, México, ECLAC, 2017, y USTR, *Summary of Objectives for the NAFTA Renegotiation*, Washington, USTR, 2017.

De ahí que el endurecimiento del régimen del origen se debió a la búsqueda de la relocalización productiva de sectores de la industria automotriz, la joya de la corona del proceso de integración norteamericano. De igual manera, como resultado de la negociación se pactó una propuesta canadiense para elevar los sueldos a los operarios mexicanos del sector automotriz, para así evitar el *dumping* social que se pudiese generar por las condiciones laborales menos exigentes en suelo mexicano; y a la vez, como respuesta a las guerras comerciales y aranceles al acero y al aluminio impulsadas por los socios estadounidenses, en las normas de origen se elevó el requisito del insumo norteamericano.<sup>24</sup>

### *Notas sobre el régimen del origen de las mercancías en TMEC*

Dentro del TMEC, el régimen del origen de los productos se basa en principios, disciplinas y procedimientos que permiten determinar, verificar y controlar el origen de las mercancías. El resultado de las negociaciones y presiones fue un prolijo y técnico capitulado, donde prevalecen normas específicas para sectores sensibles, como lo son el textil y del vestido y el automotriz. Para lo anterior, basta revisar el capítulo 4 y su anexo B del tratado, para identificar que si bien en la determinación del origen se las mismas técnicas que en el TLCAN (del cambio de posición arancelaria, el valor de contenido regional, requisitos técnicos de producción),<sup>25</sup> las normas se han vuelto más exigentes, bien por mayor rigor o requisito de contenido o por requerir cuestio-

24 Wolfgang Alschner, Rama Panford-Walsh y J. D. Candidate, *How much of the Trans-Pacific Partnership is in the United States-Mexico-Canada Agreement?*, 2019. Recuperado de <https://www.politico.com/story/2016/06/full-transcript-trump-job-plan-speech-224891> Electroniccopyavailableat:<https://ssrn.com/abstract=3410658>.

25 William J. Jr. Kovatch, "The NAFTA's Rules of Origin, Certificate of Origin and RecordKeeping Requirements: The Disvantage to Small Business", *Global Business & Development Law Journal*, 1, núm. 1, 1999, pp. 403-425; Ramírez, "Rules of origin: NAFTA's heart, but FTAA's heartburn", y Jimmie V. Reyna, *Passport to North American Trade: rules of customs procedures under NAFTA*, New York: McGraw-Hill, 1995.

nes adicionales como el valor del contenido laboral aplicable a vehículos de pasajeros o el uso del acero y aluminio norteamericano en la producción de vehículos.

Se trata entonces de un régimen jurídico-administrativo del origen que por un lado es claro, preciso, y que está llamado a facilitar la interacción entre las administraciones aduaneras, pero que, por otra parte, endurece la gestión del origen, eleva la carga del cumplimiento administrativos para su otorgamiento, y puede estar sujeto a interpretaciones restrictivas. Por ello, no obstante los beneficios potenciales de la liberalización comercial y el trato preferente el régimen del origen también supone un incentivo negativo para que los productores finalmente opten por no usar los canales comerciales del tratado debido a su costo y difícil gestión, o bien, que se opte por usar insumos norteamericanos en detrimento de los de terceros países, lo que a la postre genera un efecto potencialmente proteccionista, especialmente en lo que se refiere a sectores sensibles como lo es el automotriz.<sup>26</sup> En general, existe evidencia de que las normas de origen restrictivas afectan a aquellos productores con menor capacidad de adaptación en la relocalización de suministros y poder económico; por ende, serían las empresas con menor escala, como los pequeños productores los que se verían privados del beneficio de la liberalización comercial, no tanto así las grandes multinacionales con capacidad de gestión.

---

26 Dávalos, "Protectionism, USMCA and its Possible Effects on Mexico's Automotive Industry".

## Efectos colaterales en lo jurídico social y la integración

### *En materia laboral: más derechos y política salarial norteamericana*

Las negociaciones y posterior ratificación del TMEC resultó un avance en la consolidación de una política laboral norteamericana, especialmente por los compromisos que aceptó México en la recepción de estándares internacionales derivados de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), normas y principios que finalmente se fijaron dentro del tratado y no mediante acuerdos anejos.<sup>27</sup> Parte de esa estrategia implica que los estándares bajos laborales y los bajos sueldos no se constituyan en un *dumping* social que en sí afecte la atracción de inversiones hacia México en detrimento de los socios comerciales.<sup>28</sup>

Desde hace años, la capacidad adquisitiva del salario en México se ha visto reducida, y debido a las políticas neoliberales, se estimó que el aumento del salario generaría efectos económicos como el aumento del consumo, pero también la inflación. En este tema, el programa político de la presidencia mexicana implicaba cumplir una reivindicación social al aumentar el poder adquisitivo de los trabajadores, situación que encajó de manera perfecta con las demandas de los socios comerciales del TMEC. Por ende, a través de las exigencias laborales establecidas en el propio tratado a cargo de México y con las normas

27 José Manuel López Libreros, “El T-MEC: Un análisis desde el derecho de los tratados”, *De Jure*, núm. 13, 2020, pp. 31-62; David A. Gantz y James E. Rogers, “Arizona Legal Studies The United States-Mexico-Canada Agreement: Labor Rights and Environmental Protection”, Houston, 2019. Recuperado de <https://doi.org/10.25613/S0NZ-WY81>.

28 Alicia Puyana, “Del Tratado de Libre Comercio de América del Norte al Acuerdo México-Estados Unidos-Canadá. ¿Nuevo capítulo de la integración México-Estados Unidos?”, *Form the North American Free Trade Agreement to the United States-Mexico-Canada Agreement. A new chapter of the Mexico-United States integration?*, 87, núm. 347, julio de 2020, p. 656. Recuperado de <http://10.0.79.206/ete.v87i347.1086>.

específicas sobre el origen de vehículos de pasajeros donde se requiere un contenido de valor laboral se apuntaló la política que permitió el aumento del salario. En concreto, en las normas de origen se exige un contenido de valor regional con aporte de trabajadores con salarios de al menos 16 dólares estadounidenses la hora (anexo 4-B, art. 7), lo que impacta en los obreros, ingenieros y en la administración de las plantas productoras.<sup>29</sup>

Derivado de lo anterior, en el sistema jurídico mexicano se ha generado un impacto importante en la regulación de las relaciones laborales privadas y colectivas; no sólo por lo que toca al proceso constitucional de la recepción de tratados internacionales, sino también a la armonización de la legislación laboral interna a efecto de cumplir con las obligaciones pactadas en la materia, incluyendo una importante reforma en la administración de justicia laboral, en la que los asuntos laborales se siguen por procedimientos en los que predomina la oralidad, son más expeditos, y son resueltos por jueces y no por juntas tripartitas.

### *Los medios de solución de controversias a prueba por la interpretación de las normas de origen*

Como cualquier esquema institucional basado en tratados es de esperarse que existan criterios divergentes en la interpretación y ejecución, por lo que la recepción de los compromisos internacionales a nivel interno supone todo un reto. El éxito de los objetivos del TMEC no sólo depende de la literalidad del texto sino de que en efecto lo pactado se ejecute conforme fue aceptado por los estados parte. En general, el régimen jurídico comercial establecido por el TMEC supone un avance en la gestión del comercio por vías institucionales; no obstante, en materia de solución de controversias comerciales y de inversiones ha habido una involución respecto del TLCAN, que era más completo. En

---

29 Roberto Morales, "Detallan contenido laboral automotriz del T-MEC, *El Economista*, 2020. Recuperado de <https://www.economista.com.mx/empresas/Detallan-contenido-laboral-automotriz-del-T-MEC-20200702-0050.html>.

el nuevo tratado se previó un esquema de solución de controversias<sup>30</sup> que en sí se diferenció del previamente existente en el TLCAN,<sup>31</sup> pero que, en todo caso, permite contar con mecanismos orientados en principios jurídicos que evitan la autotutela en la solución pacífica del conflicto.

En esencia, el mecanismo de solución de controversias del TMEC (capítulo 31) se inicia con una etapa no contenciosa que refiere una serie de consultas bilaterales antes de solicitar la integración de un panel de especialistas, que en sí es ya un contencioso; que, de no encontrar un acuerdo, puede derivar en una comisión que hará un informe previo y uno final, sin posibilidad de apelación. Si bien el endurecimiento del régimen del origen para algunas mercancías fungió como una válvula de escape a las presiones internas que a su vez permitió el cierre de la negociación del tratado, era de esperarse que afloraran las inconformidades y que éstas sean resueltas conforme a las reglas pactadas por los socios. El sistema de solución de controversias del tratado se inauguró con las consultas formales sobre la interpretación y aplicación de las normas de origen para productores de vehículos solicitado por México<sup>32</sup>, al cual se unió también Canadá, contencioso que dependerá de lo que resuelva un panel.

---

30 Gabriela Correa López, “Solución de controversias en el TMEC.”, *Portes: Revista Mexicana de Estudios Sobre la Cuenca del Pacífico*, 14, núm. 28, 2020, pp. 175-196. Recuperado de <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=zbh&AN=147760713&site=eds-live>, y Óscar Cruz Barney y Carlos H. Reyes Díaz, *El T-MEC/USCA: solución de controversias, remedios comerciales e inversiones*, México, UNAM-IJ, 2018. Recuperado de <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/14020>.

31 Rodolfo Cruz Miramontes y Óscar Cruz Barney, *Diez años del Capítulo XX: Solución de Controversias entre las Partes en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte*, (México, D. F., UNAM-IJ, 2005. Recuperado de <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1667/10.pdf>.

32 Octavio Amador, “México pide a EU entrar en fase de consultas; da primer paso para resolver discrepancia por reglas de origen en el T-MEC”, *El Economista*, el 21 de agosto de 2021, Recuperado de <https://www.eleconomista.com.mx/empresas/Mexico-pide-a-EU-entrar-en-fase-de-consultas-da-primer-paso-para-resolver-discrepancia-por-reglas-de-origen-en-el-T-MEC-20210821-0019.html>.

El conflicto deriva de las normas de origen para vehículos, endurecidas respecto de las del TLCAN, en las que se exige un contenido de valor regional de 75% y además se agregó el ya referido valor de contenido laboral. El vehículo final, así como las partes esenciales (motor, chasis, transmisión, suspensión, etc.) también deben de cumplir con dichos requisitos por separado. Tanto México como Canadá entienden que una vez que una parte esencial cumple con el requisito de origen al incorporarse al vehículo como producto final debe de sumarse al valor de contenido regional como originario de la zona norteamericana; en sí, las partes o piezas no originarias de la zona se observan para formar parte de un producto final norteamericano que posteriormente se incorporará a otro bien dentro de un proceso de transformación. Por su parte, Estados Unidos interpreta que no debe ser así y, con ello, se establecen mayores costes de producción, ya que estima que aun y cuando las partes que se incorporan al auto hubiesen cubierto el requisito del origen, su aporte al vehículo final no es 100% originaria, sino en el porcentaje efectivamente cumplido. El efecto de una determinación en este sentido es proteccionista, puesto que implica que los productores de la zona norteamericana para poder cumplir con el requisito del origen sacrifiquen la eficiencia productiva que pudiesen ofrecer mercancías o partes de terceros países, en favor de lograr el reconocimiento del origen TMEC aun utilizando productos más caros o con menor avance tecnológico.

Por ello, la resolución que se adopte con el panel en el sistema de solución de controversias será determinante no sólo para fijar los criterios de absorción de materiales y procesos al momento de la manufactura, y con ello, el otorgamiento del trato preferente de las mercancías, sino también, el alcance y sentido del propio tratado comercial.

### *Integración e impacto del régimen del origen en lo local*

El proceso de integración norteamericana ha sido un parteaguas para las regiones de los socios comerciales y, sin duda, se han generado efectos positivos y muchos otros negativos. El régimen jurídico-institucional adoptado desde el TLCAN y ahora en el TMEC ha facilitado la integración de cadenas de valor para industrias como la manufacturera, como evidencia encontramos el sector automotriz y de autopartes. La localización de inversión extranjera directa y procesos productivos, en muchos sentidos, guardan relación con la facilitación del comercio que se da con los tratados comerciales. Así, en el corredor industrial Bajío, se han instalado industrias relativas al sector debido a las posibilidades geográficas, mano de obra, medios de comunicación y estabilidad laboral que se ofrece en la zona. Si bien no existe una política nacional que contemple el desarrollo de esta zona industrial sí que se ha dado de facto por diversas razones.<sup>33</sup>

Por ahora, el destino del desarrollo industrial y el empleo de la zona está en gran parte está ligado al éxito que tenga el esquema comercial pactado en el TMEC. Y lo anterior es así, ya que existe una amplia profundización en la integración industrial y la generación de las cadenas de valor global, por lo que los avatares del propio tratado, su aplicación efectiva y cumplimiento, implicarán por necesidad la generación de efectos en el mercado laboral, el desarrollo industrial y la economía de la región.

De ahí que cualquier análisis que implique la instalación de alguna empresa dentro del contexto local para explotar los beneficios del comercio vía el tratado, implica por necesidad el análisis y conocimiento de la institucionalidad jurídica que gobierna las relaciones comerciales con los socios. Desde el ámbito público, la promoción de políticas por las autoridades locales en el fomento y atracción de inversiones requiere pon-

---

33 María del Pilar Monserrat Pérez Hernández, "Ambientes innovadores en México: el caso del Corredor Industrial El Bajío 1", *Revista de Geografía Norte Grande*, 62, 2015, pp. 203-221.

derar los incentivos, sean positivos o negativos, que desde los tratados comerciales se generan con el régimen del origen. Por ende, aunque se traten los tratados de Ley Suprema de la Federación y que el comercio exterior y las cuestiones aduaneras se rijan por leyes federales, la aplicación en el ámbito local implica necesariamente del conocimiento técnico y la proyección de los instrumentos que regulan el comercio; tarea que debe ser cubierta por los operadores jurídicos desde lo local.

## Bibliografía y recursos

- Alschner, Wolfgang, Rama Panford-Walsh y J. D. Candidate, “How much of the Transpacific Partnership is in the United States-Mexico-Canada Agreement?”, 2019. Recuperado de <https://www.politico.com/story/2016/06/full-transcript-trump-job-plan-speech-224891> Electroniccopyavailableat:<https://ssrn.com/abstract=3410658>.
- Amador, Octavio, “México pide a EU entrar en fase de consultas; da primer paso para resolver discrepancia por reglas de origen en el T-MEC”. *El Economista*, 21 de agosto de 2021. Recuperado de <https://www.eleconomista.com.mx/empresas/Mexico-pide-a-EU-entrar-en-fase-de-consultas-da-primer-paso-para-resolver-discrepancia-por-reglas-de-origen-en-el-T-MEC-20210821-0019.html>.
- Blecker, Rovert A., Moreno-Brid, Juan Carlos e Isabel Salat, *Trumping the NAFTA renegotiation: An alternative policy framework for Mexican-United States cooperation and economic convergence*, México, ECLAC, 2017.
- Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. Ley de Comercio Exterior, *Diario Oficial de la Federación*, 27 de julio de 1993. Recuperado de <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/28.pdf>.
- Contreras, Oscar F., Gustavo Vega Cánovas y Clemente Ruiz Durán. *La reestructuración de Norteamérica a través del*

- libre comercio: del TLCAN al TMEC*, México, El Colegio de Mexico/El Colegio de la Frontera Norte, 2020. Recuperado de <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsebk&AN=2568351&site=eds-live>.
- Correa López, Gabriela. “Solución de controversias en el TMEC”, *Portes: Revista Mexicana de Estudios Sobre la Cuenca del Pacífico*, vol. 14, núm. 28, 2020, pp. 175-96. Recuperado de <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=zbh&AN=147760713&site=eds-live>.
- Cruz Barney, Óscar, y Carlos H. Reyes Díaz, *El T-MEC/USCA: solución de controversias, remedios comerciales e inversiones*, México, UNAM-IIJ, 2018. Recuperado de <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/14020>.
- Cruz Miramontes, Rodolfo y Óscar Cruz Barney. *Diez años del Capítulo XX: Solución de Controversias entre las Partes en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte*, México, D. F., UNAM-IIJ, 2005. Recuperado de <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1667/10.pdf>.
- Dávalos, Elisa. “Protectionism, USMCA and its Possible Effects on Mexico’s Automotive Industry.” *ERIS*, vol. 7, núm. 1, enero de 2020, pp. 81-104. Recuperado de <http://10.0.4.139/21967415-bja10016>.
- Fukao, Kyoji, Toshihiro Okubo y Robert M Stern, *An Economic Analysis of Trade Diversion under NAFTA*. Michigan: University of Michigan, Research Seminar in International Economics, Discussion Paper, 2002. Recuperado de <http://www.fordschool.umich.edu/rsie/workingpapers/Papers476-500/r491.pdf>.
- Gantz, David A. “North America’s Shifting Supply Chains: The USMCA, COVID-19, and the U.S.-China Trade War”, *Center for the United States and Mexico, Rice University’s Baker Institute for Public Policy*, noviembre de 2020. Recuperado de <https://www.bakerinstitute.org/media/files/files/6ed66d98/usmx-pub-supplychains-111120.pdf>.

- Gantz, David A. y James E. Rogers. *Arizona Legal Studies The United States-Mexico-Canada Agreement: Labor Rights and Environmental Protection*. Houston, 2019. Recuperado de <https://doi.org/https://doi.org/10.25613/S0NZ-WY81>.
- Hoekman, Bernard y Stefano Inama, “Harmonization of Rules of Origin: An Agenda for Plurilateral Cooperation?” *East Asian Economic Review*, vol. 22, núm. 1, 31 de marzo de 2018, pp. 3-28. Recuperado de <https://doi.org/10.11644/kiep.caer.2018.22.1.336>.
- Kovatch, William J. Jr. “The NAFTA’S Rules of Origin, Certificate of Origin and Record Keeping Requirements: The Disadvantage to Small Businesses”. *Global Business & Development Law Journal*, vol.1, núm. 1, 1999, pp. 403-425.
- Krishna, Kala y Anne O. Krueger, *Implementing Free Trade Areas: Rules of Origin and Hidden Protection*, s. l., National Bureau of Economic Research, 1995.
- Krueger, Anne O., *Trade Creation and Trade Diversion Under NAFTA*, s. l., National Bureau of Economic Research, 1999. Recuperado de <http://www.nber.org/papers/w7429>.
- Kunimoto, R., G. Sawchuk y Policy Research Initiative (Canadá). *NAFTA Rules of Origin: Discussion Paper*, Policy Research Initiative, 2005. Recuperado de <https://books.google.com.mx/books?id=jHiLDAEACAAJ>.
- LaNasa III, Joseph A., “Rules of origin under the North American Free Trade Agreement: a substantial transformation into objectively transparent protectionism”. *Harvard International Law Journal*, vol. 34, núm. 2, 1993, p. 381.
- LaNasa, Joseph A. “Rules of Origin and the Uruguay Round’s Effectiveness in Harmonizing and Regulating Them”. *The American Journal of International Law*, vol. 90, núm. 4, 1996, 625-640.
- Lloyd, P J., “A Tariff Substitute for Rules of Origin in Free Trade Areas”. *World Economy*, vol. 16, núm. 6, 1993, pp. 699-712. Recuperado de <https://doi.org/10.1111/j.1467-9701.1993.tb00191.x>.

- López Libreros, José Manuel, “El T-MEC: un análisis desde el derecho de los tratados”. *De Jure*, núm. 13, 2020, pp. 31-62.
- López Libreros, José Manuel, “Las normas de origen para las mercancías: conceptos básicos y armonización en OMC”, *Derecho de los Negocios*, 2008. Recuperado de [http://revistas.laley.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAEAO29B2AcSZYIji9tynt\\_SvVK1-B0oQiA-YBMk2JBAEOzBiM3mkuwdaUcjKasqgc...1/14](http://revistas.laley.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAEAO29B2AcSZYIji9tynt_SvVK1-B0oQiA-YBMk2JBAEOzBiM3mkuwdaUcjKasqgc...1/14).
- López Libreros, José Manuel, “Las normas de origen para las mercancías en el sistema GATT-OMC”, *Revista Información Comercial Española* 2008. *Información comercial española: 60 años del Sistema GATT-OMC*, núm. 843, 2008, pp. 163-80.
- Low, Patrick. “The WTO in Crisis: Closing the Gap between Conversation and Action or Shutting Down the Conversation?”, *World Trade Review*, vol. 21, núm. 3, 2022, pp. 274-90. Recuperado de <https://doi.org/DOI: 10.1017/S1474745622000064>.
- Mayer, Frederick W. “Interpreting NAFTA: The science and art of political analysis”, en *New York: Columbia University Press*, 1998, pp. xiv, 374.
- Mizuno, Tomomichi y Kazuhiro Takauchi, “Rules of origin and uncertain compliance cost”, *Asia-Pacific Journal of Accounting & Economics*, vol. 25, núm. 5, 18 de octubre de 2018, pp. 515-532. Recuperado de <https://doi.org/10.1080/16081625.2017.1346478>.
- Mora, Luz María de la, “Evolución de los acuerdos comerciales de México: de la integración comercial a la inserción en las cadenas globales de valor”, en María Celia Toro (ed.), *Los acuerdos comerciales regionales y el TLCAN*, El Colegio de México, 2020, pp. 101-130. Recuperado de <https://doi.org/10.2307/j.ctv19rs0dm.8>.
- Morales, Roberto, “Detallan contenido laboral automotriz del T-MEC”, *El Economista*, 2020. Recuperado de <https://www>.

- eleconomista.com.mx/empresas/Detailan-contenido-laboral-automotriz-del-T-MEC-20200702-0050.html.
- Nell, Philippe G., “WTO Negotiations on the Harmonization of Rules of Origin: A First Critical Appraisal”, *Journal of World Trade*, vol. 33, núm. 3, 1999, pp. 45-71.
- Palmeter, David, “Rules of Origin in Customs Unions and Free Trade Areas”, en *Regional integration and the global trading system*, 1993, pp. 326-343.
- Palmeter, N. David, “Rules of origin or rules of restriction? A commentary on a new form of protectionism”. *Fordham International Law Journal*, vol. 11, núm. 1, 1987, p. 1.
- Pérez Hernández, María del Pilar Monserrat, “Ambientes innovadores en México: el caso del Corredor Industrial El Bajío 1”, *Revista de Geografía Norte Grande*, 62, 2015, pp. 203-221.
- Puig, Sergio, “The United States-Mexico-Canada Agreement: A Glimpse into The Geoeconomic World Order”. *AJIL Unbound*, 113, 2019, pp. 56-60. Recuperado de <https://doi.org/DOI:10.1017/aju.2019.6>.
- Puyana, Alicia, “Del Tratado de Libre Comercio de América del Norte al Acuerdo México-Estados Unidos-Canadá. ¿Nuevo capítulo de la integración México-Estados Unidos?” *Form the North American Free Trade Agreement to the United States-Mexico-Canada Agreement. A new chapter of the Mexico-United States integration?*, 87, núm. 347, julio de 2020, pp. 635-668. Recuperado de <http://10.0.79.206/ete.v87i347.1086>.
- Ramírez, Jorge Alberto, “Rules of origin: NAFTA’s heart, but FTAA’s heartburn”. *Brooklyn Journal of International Law*, 29, núm. 2, 2004, p. 617.
- Reyna, Jimmie V., *Passport to North American Trade: rules of customs procedures under NAFTA*, Nueva York, McGraw-Hill, 1995.
- SICE/OEA, *Información por país. Información sobre México*, 2020. Recuperado de [http://www.sice.oas.org/ctyindex/mex/mexagreements\\_s.asp](http://www.sice.oas.org/ctyindex/mex/mexagreements_s.asp).

- Silver, Sabrena A., “NAFTA’s rules of origin for automobiles: a need for reform”, *Fordham Law Review*, 62, núm. 7, 1994, p. 2245.
- Toro, María Celia (ed.), *Los acuerdos comerciales regionales y el TLCAN*, México, El Colegio de Mexico, 2020. Recuperado de <https://doi.org/10.2307/j.ctv19rs0dm>.
- USTR, *Summary of Objectives for the NAFTA Renegotiation*. Washington, USTR, 2017.
- Zapatero Miguel, Pablo. *Markets in the making: state of play*, Dykinson, 2014. Recuperado de <https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/19904>.
- Zepeda, Roberto y Jorge Virchez. “The role of subnational actors in North America during the NAFTA renegotiation”. *Geography Notebooks*, 2, núm. 2, 2019, pp 87-102.



# EVIDENCIAS Y PROTECCIÓN JURISDICCIONAL EN EL PROCESO PENAL ACUSATORIO

*José Luis Eloy Morales Brand\**

## Introducción

La implementación de los sistemas de justicia penal acusatorios en Latinoamérica, tienen la finalidad de lograr una disminución de las violaciones a derechos humanos en la aplicación de la reacción punitiva, las cuales se dan mayormente en las fases de investigación y ejecución, por parte de autoridades de investigación, acusadores y ejecutores.

A pesar de lo anterior, algunos tribunales de control siguen sin definir claramente sus facultades y atribuciones a partir de audiencias de tutela de garantías, dejando el trabajo para los tribunales de otras instancias, al establecer su falta de competencia en casos de afectación a derechos humanos o fundamen-

---

\* Doctor en derecho y doctor en Ciencias Forenses. Su línea de investigación es la del sistema de justicia penal, derechos humanos y administración de justicia en la Universidad Autónoma de Aguascalientes. Correo electrónico [eloy.morales@edu.aaa.mx](mailto:eloy.morales@edu.aaa.mx)

tales, por lo que existen pocas investigaciones relacionadas con tales facultades, sus alcances y la eficacia de protección. En este sentido, uno de los principales fines del sistema penal acusatorio, es que los jueces se conviertan en los tuteladores de los derechos de las personas, siendo las únicas autoridades en las etapas procesales, para garantizar la igualdad y la contradicción, por lo que la audiencia de tutela de garantías o de control judicial, resultan ser herramientas mediante las cuales las partes solicitan al juez la protección de sus derechos humanos y fundamentales.

Explicaré las funciones de control de los jueces del proceso penal acusatorio para proteger los derechos de los involucrados a través de las prohibiciones de evidencias que hayan sido obtenidas con violación a derechos, distinguiendo algunas actividades de los juzgadores, pero coincidiendo en que todos son jueces de control de constitucionalidad y convencionalidad, es decir, de protección de derechos y del logro de su efectividad.

Estos resultados llevarán la posibilidad de que los procedimientos penales, trabajen desde la perspectiva de protección de derechos de los sujetos procesales, sus auxiliares y la misma sociedad, con la finalidad de resolver el conflicto de intereses de la forma más efectiva y menos lesiva para ellos. Parte de este trabajo fue publicado originalmente bajo el título de “Proceso acusatorio, tutela de derechos y medios de comunicación”, en la revista *Perfiles de las Ciencias Sociales*, vol. 8, núm. 16, enero-junio de 2021, México, UJAT.

## El Poder Judicial como garantía

Los modelos acusatorios responden a un sistema de justicia penal garantista, es decir, a un modelo criminológico basado en el respeto a los derechos humanos,<sup>1</sup> que se traduce en la tutela

---

1 Alesandro Baratta es uno de los principales precursores del derecho penal de garantías, en un artículo publicado en los años ochenta, enumeraba una serie de principios que se refieren a criterios políticos y metodológicos para la discrimi-

de aquellos valores o derechos fundamentales cuya satisfacción, aun contra los intereses de la mayoría, es el fin justificador de los mecanismos de control social formalizados, entre ellos el Sistema de Justicia Penal.<sup>2</sup>

Ahora bien, en un Estado constitucional de derecho, la garantía fundamental de los derechos humanos y fundamentales es la jurisdicción, los tribunales judiciales, ya que la función judicial es una garantía de todos los seres humanos frente al mismo Estado, al estar dirigido a impedir arbitrariedades y abusos potestativos sobre sus derechos, así como obligar a la autoridad a satisfacerlos.<sup>3</sup>

Siguiendo esta idea, y en virtud de que existen varios sistemas o mecanismos que pretenden reaccionar contra las desviaciones sociales, y algunos se insertan en la estructura del Estado, consecuentemente, será la forma o clase de Estado la que condicione las prácticas de la política criminal,<sup>4</sup> y en un Estado constitucional de derecho, esos mecanismos se ven sustentados en la protección de los derechos fundamentales de las personas a las que va dirigido,<sup>5</sup> al someterse a normas de actua-

---

nalización y para la construcción de los conflictos y de los problemas sociales en una forma alternativa a la que ofrece el sistema penal actual. Anitua, Gabriel Ignacio. *Historias de los pensamientos criminológicos*, Buenos Aires, Argentina, Editores del Puerto, 2005, p. 452.

- 2 Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Editorial Trotta, 2011, p. 336.
- 3 *Idem*, p. 584.
- 4 Bergalli, Roberto. “La instancia judicial”, en *El pensamiento criminológico*, vol. II, *Estado y Control*, Colombia, Editorial Temis, 1983, p. 73. En el mismo sentido Santiago Mir Puig, cuando afirma que “todo Derecho Penal responde a una determinada Política Criminal, y toda Política criminal depende de la política general propia del Estado a que corresponde”. En “Constitución, Derecho penal y Globalización”, en *Nuevas tendencias en política criminal –Una auditoría al Código Penal español de 1995*, Argentina, Editorial B de F, 2006, p. 116.
- 5 Por ejemplo, para el Estado absoluto, la política criminal buscaba proteger al sistema, reestableciendo el orden jurídico afectado, para el Estado intervencionista, la política criminal pretende la defensa del orden social, pues el infractor era una persona anormal y peligrosa –ejemplos de esta política criminal son los estados autoritarios y dictatoriales, donde el delito se identifica como una traición al jefe

ción diseñadas para asegurar la objetividad de la intervención y el respeto de los individuos involucrados en el conflicto.<sup>6</sup>

En el Sistema de Justicia Penal, una vez que los hechos son investigados, deben ser verificados y reconocidos por la autoridad judicial como actos punibles, para aplicar la consecuencia jurídica. En este sentido, hablamos de un sector jurisdiccional, la autoridad encargada de la aplicación de la norma al caso concreto.

La jurisdicción es una función pública establecida en la Constitución, que tiene por objeto resolver las controversias jurídicas que se plantean entre partes con intereses opuestos, y deben someterse al conocimiento de un órgano del Estado, que decidirá en forma imperativa e imparcial.

El subsector jurisdiccional protege al imputado y la víctima de la actuación de las autoridades; valora los hechos que son puestos a su conocimiento, y es el único subsector que puede declarar a una persona como culpable.<sup>7</sup> En un Sistema Penal Acusatorio Oral, el acusador y la defensa se encuentran controlados por la jurisdicción, quien es el único que puede dar valor lo que se le presente, que puede autorizar afectación a derechos fundamentales y, por lo tanto, el único que puede declarar la existencia del delito y la culpabilidad de una persona.

La principal garantía procesal es la de jurisdiccionalidad, ya que el proceso se configura como una contienda entre hipótesis en competencia, que el juez tiene la tarea de dirimir, pues la carga de la prueba, en apoyo de la acusación, resulta integrada

---

de Estado, por lo que hay que defenderlo de esos traidores—, para el Estado de bienestar, el objetivo es obtener el consenso a su sistema de valores, por lo que se trata de reincorporar al consenso al desviado.

6 García-Pablos de Molina, Antonio, *Tratado de criminología*, 3a. ed., Valencia, Tirant lo blanch, 2003, pp. 197 y 198.

7 “La criminalidad, como realidad social, [...] es una cualidad atribuida por los jueces a ciertos individuos, los cuales resultan así seleccionados y luego incluidos en las formas de registro habitual de la criminalidad (estadísticas oficiales)”. Bergalli, Roberto. “La instancia...”, *op. cit.*, p. 79.

por la carga de la contraprueba o refutación de las hipótesis en competencia.<sup>8</sup>

Para que esta garantía sea realmente efectiva, debe de estar dotada de imparcialidad, independencia y naturalidad. La imparcialidad es la ajenidad del juez a los intereses de los sujetos procesales, y exige su separación institucional respecto de la acusación pública; la independencia, es su exterioridad al sistema político, demanda su separación institucional de los otros poderes del Estado; y la naturalidad, implica que la designación y determinación de competencias del juez, sean anteriores a la perpetración del hecho sometido a su juicio, por lo que requiere de separación de autoridades delegantes de cualquier tipo, y la predeterminación, legal y exclusiva, de lo que puede conocer,<sup>9</sup> para impedir intervenciones instrumentales de carácter individual o general sobre la formación del juez, y la prohibición de los jueces especiales y extraordinarios, con la finalidad de garantizar la igualdad de que todos contamos con el derecho de tener los mismos procesos y juzgadores.

La imparcialidad es la falta de prevención a favor o en contra de alguien en el procedimiento. Es la justificación del derecho al juez no prevenido o contaminado que se retoma del modelo español,<sup>10</sup> como derecho fundamental incluido al proceso garantista, pues a través de este se pretende evitar, en aras de la imparcialidad del juzgador, la formación en el tribunal sentenciador de cualquier prejuicio a favor o en contra del imputado, que pudiera adquirir internamente de haber participado instrucción.<sup>11</sup> En consecuencia, el juez que conocerá del caso en la audiencia de juicio oral, será distinto del que controle la investigación y decrete la vinculación, como igual serán dis-

8 Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón...*, *op. cit.*, p. 152.

9 *Idem.*, p. 580.

10 Sentencia 145/1988 del Tribunal Constitucional Español.

11 En la actualidad, el juez que ha instruido una causa penal, en modo alguno puede juzgarla, no como juez único, ni formando parte de un tribunal. López Barja de Quiroga, Jacobo, *Tratado de derecho procesal penal*, Navarra, España, Editorial Thomson Aranzadi, 2004, p. 691.

tintos los jueces que preparen el juicio y ejecuten las sanciones. Lo que se busca es que el juzgador no esté contaminado previamente y no tenga prejuicios al momento de resolver.

También la imparcialidad implica que el juez debe adoptar una postura pasiva respecto de la prueba y la participación de los sujetos procesales; es decir, no actuará oficiosamente ni perfeccionará la actuación de las partes en conflicto, sino que sólo atenderá las peticiones que le realicen y las resolverá en los términos que se le hayan planteado, sin suplir la deficiencia de la argumentación.

Por lo anterior, el juez no tendrá la facultad de reclasificar los hechos<sup>12</sup> para girar una orden de aprehensión, dictar un auto de vinculación o emitir una sentencia, lo cual no significa que quedará atado de manos, sino que los sujetos procesales deberán capacitarse ampliamente para proponer adecuadamente sus peticiones.

La imparcialidad es un hábito intelectual y moral, que no difiere del que debe presidir en cualquier forma de investigación; e implica, entonces, la búsqueda de la verdad y la tutela de los derechos fundamentales, sin ningún interés general o particular, en la solución de la controversia que debe resolver, ya que debe decidir cuál de las hipótesis es falsa o verdadera; no debe ser un personaje de representación, puesto que ningún interés o voluntad, que no sea la tutela de los derechos subjetivos lesionados, debe condicionar su juicio, ni siquiera el interés de la mayoría, ya que juzga en nombre del pueblo, pero no de la mayoría, sino para la tutela de la libertad de las minorías.<sup>13</sup>

En síntesis, el Poder Judicial se configura, respecto a los otros poderes del Estado, como un contrapoder, en el doble sentido de que tiene encomendado el control de la legalidad, o la validez de los actos legislativos y administrativos, y la tutela

---

12 Gómez Colomer, Juan Luis. *El sistema de enjuiciamiento criminal propio de un Estado de Derecho*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2008, pp. 91 y 92.

13 Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón...*, *op. cit.*, p. 580.

de los derechos fundamentales de los ciudadanos, frente a las lesiones que pudieran provenir del Estado.<sup>14</sup>

Se trata de una búsqueda de seguridad jurídica de la persona, al saber que en caso de que se le impute la comisión de un delito, el Estado observará todos y cada uno de los requisitos y elementos previos, tendentes a generarle una afectación válida en su esfera jurídica; es decir, tendrá la certeza de que será acusado por un órgano distinto aquel que deberá juzgarlo, una vez que haya sido oído en el proceso, y haya aportado los medios de prueba que permitan fortalecer su inocencia. Esto permite una garantía de igualdad de los ciudadanos ante la ley, el aseguramiento de la certeza del derecho penal y, sobre todo, la tutela de las partes ofendidas más débiles.<sup>15</sup>

## Acceso a la justicia y tutela de derechos

La garantía de acceso a la justicia, implica la posibilidad de que los seres humanos acudan a la administración de justicia, o al conjunto de órganos que componen el poder judicial. En otras palabras, es la posibilidad de dirigirse a un órgano jurisdiccional solicitando su actuación y conlleva la correlativa obligación por parte del órgano jurisdiccional, de recibir cualquier tipo de petición y de responder a ella de acuerdo con el derecho, según los artículos 13, 14 y 17 de la Constitución Federal Mexicana, 8 de la CADH y 14 del PIDC.<sup>16</sup>

Relacionado con la tutela judicial, para que esta sea efectiva, aparece el principio de contradicción que esencialmente se traduce en la posibilidad de debatir y controvertir. Por lo

14 *Idem.*, p. 580.

15 *Idem.*, p. 569.

16 Para efectos de este artículo, las iniciales DU se refieren a la Declaración Universal de los Derechos Humanos de diciembre de 1948, DA a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre del mismo año, PIDCP al Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de diciembre de 1966, y CA a la Convención Americana sobre Derechos Humanos de noviembre de 1969.

anterior, como regla general, las decisiones que puedan afectar derechos humanos o fundamentales, deben tomarse en audiencia pública, previa petición de parte, y dando la oportunidad al posible afectado (imputado, víctima o tercero) de argumentar en contra de la petición, previamente a su afectación. Es decir, la autorización para afectar derechos debe ser previa y tomada en audiencia contradictoria.

Ahora bien, como regla de excepción, en determinadas decisiones que por su naturaleza no sea conveniente su comunicación, y que el orden constitucional expresamente así lo disponga, podrá autorizarse afectación de derechos sin otorgar el derecho a contradicción previa, pero siempre deberá garantizarse su debate posterior. Las disposiciones séptima y décima octava del Conjunto de Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia Penal (Reglas de Mallorca), establecen que las decisiones que afecten derechos no podrán ser adoptadas sin audiencia previa (regla general). Si ya se tomó la decisión (urgencia y cautela), el juez deberá orile para modificarla, si procediere (igualdad-contradicción).

En este orden de ideas, para garantizar la contradicción en el acceso a la justicia, en el proceso penal acusatorio aparece la tutela o cautela de garantías,<sup>17</sup> que se trata de una petición concreta de protección de derechos que han sido vulnerados por una autoridad o un particular en el procedimiento penal. La puede realizar cualquier persona afectada por actividades del proceso, no sólo las partes o sujetos procesales (por ejemplo, un tercero ajeno al hecho, propietario de un objeto que es asegurado en la investigación).

Sustentada en el derecho al recurso sencillo de revisión de afectaciones, y en el principio de impugnación y maximización de la protección previsto en los artículos 10 y 25 de la CADH, 9 y 14 del PIDCP, y las reglas séptima y décimo octava de las de Mallorca, trata de ser un mecanismo de protección de

---

17 Morales Brand, José Luis Eloy, *Juicio oral penal. Práctica y técnicas de litigación*, México, Troispublient, 2018, p. 222.

derechos humanos y fundamentales, a través de la actuación de un juez que deberá autorizar, validar o rechazar su afectación, o buscará hacerlos efectivos, para permitir el desarrollo igualitario y contradictorio del proceso. Es un pequeño procedimiento sumario de protección constitucional o internacional a nivel causa que se tramita ante jueces de control en investigación, en función de preparación y juicio oral.

Se puede hacer la moción (incidencia-petición) en cualquier momento, mediante audiencia especial o dentro de otra audiencia, mientras subsista la afectación, y en aquellos casos donde no se encuentre previsto un mecanismo de impugnación expreso o directo contra alguna actuación o resolución. Por ejemplo, si un fiscal no quiere permitir que la defensa tenga acceso a la investigación; si un testigo de la defensa no quiere ser entrevistado por el investigador del fiscal; si se asegura un objeto sin seguir los requisitos de ley; si se incomunica a un imputado; si se niega la devolución o entrega de alguna evidencia; se impide la realización de alguna actividad de investigación sin justificación podrá solicitarse una audiencia de tutela de garantías.

La solicitud es simple, pidiendo la audiencia e indicando los datos de identificación de quien la pide, de la persona a la que se le reclama la afectación, y del procedimiento en que se realizó; en forma sintética, y sin entrar a detalles, cuál es el motivo de la tutela, y los demás datos que permitan al juez citar a la contraparte (si esto se realiza en una audiencia que ya está en curso, la petición y exposición será en forma oral). Se citará a una audiencia, en la que comenzará hablando quien la solicitó y expondrá los elementos que sustentan la petición; se escuchará a la contraparte, y luego de réplica y dúplica, el juez resolverá lo procedente.

Además, la garantía de acceso a la justicia, contiene algunos principios<sup>18</sup> como:

---

18 *Idem*, p. 223.

a) Principio *pro actione*: para interpretar las normas dando el mayor beneficio posible para admitir la solicitud, con el fin de que el derecho sea vea satisfecho en la mayor medida,

Con base a este principio, cuando alguna persona solicite la tutela o protección de sus garantías, el trámite y audiencia debe llevarse a cabo en cualquier momento, estando presentes los interesados, por lo que no se requiere una audiencia especial, sino que en cualquier diligencia puede solicitarse, y el juzgador deberá atender y resolver la petición. Si se diera el supuesto de que el proceso estuviera suspendido, la tutela de garantías es un acto cautelar (pretende disminuir daños o evitar daños futuros), por lo que la atención a la petición nunca se suspende, al ser una circunstancia de tramitación urgente.

b) Derecho al proceso legal: las solicitudes dirigidas a órganos jurisdiccionales, se tramiten y resuelvan eficazmente con normas previamente establecidas (prohibición de leyes privativas).

c) Prohibición de trato desigual: por un lado, el tribunal será imparcial o ajeno a los intereses del acusador, la víctima, el imputado y el defensor; será independiente o ajeno a los intereses del sistema político; en consecuencia, no suplirá la deficiencia de los argumentos ni intervendrá en su producción; y será “natural”, por lo que la creación, designación y determinación de sus competencias es previa a ocurrir los hechos, para evitar tener un juez artificial, creado específicamente para resolver un caso, y en consecuencia, predispuesto a resolverlo (prohibición de tribunales especiales y derecho al juez no prevenido).

d) Defensa cultural y discriminación positiva: las personas deben ser tratadas en un plano de igualdad real, concretamente que los criterios utilizados para resolver el caso tomen en cuenta sus desigualdades, su cultura, sus creencias, su forma de pensar y cómo eso influyó en el hecho.

Estos principios los encontramos en los numerales 14.1, 14.5, 14.6 y 14.7 del PIDCP; 8.1, 8.2 h, 8.4, y 10 de la CADH; 10 de la DU; y XVIII de la DA.

Por lo anterior, el rol del juez en el nuevo Sistema de Justicia Penal Acusatorio Adversarial, es evitar el desbordamiento del poder controlado y garantizar los principios básicos que en una democracia se suponen implícitos o se hallan expresos en su Constitución.<sup>19</sup>

## Juezas y jueces de control de garantías

¿Por qué las y los jueces que intervienen en procedimiento penal acusatorio son tribunales de control?

Esto se debe a que el “control” no es de las partes o de actos de investigación, sino de todos aquellos eventos o determinaciones que puedan afectar ilegítimamente derechos humanos, fundamentales o garantías. Las y los jueces controlan el orden constitucional e internacional en materia de derechos humanos en el ámbito doméstico, para lograr la maximización de la protección por medio de la autorización, validación o rechazo de la afectación, o el establecimiento de los mecanismos para hacerlos efectivos: proteger a la persona de conductas

El control social de un Estado constitucional de derecho tiene el fin de proteger los derechos humanos y fundamentales de los seres humanos.

los derechos humanos son un concepto político, pues se tratan de criterios de legitimidad política, en la medida que se protejan, y representan una visión moral particular de una sociedad y su realidad;<sup>20</sup> son<sup>21</sup> demandas de abstención o actuación derivadas de la dignidad de la persona, reconocidas como

19 Mejía Escobar, Carlos Eduardo, *El rol de jueces y magistrados en el sistema penal acusatorio colombiano*, Colombia, USAID y Consejo Superior de la Judicatura, 2005, p. 10

20 Donnelly, Jack. *Derechos humanos universales*, 2a. ed., México, Editorial Gernika, 1998, p. 31.

21 García Manrique, Ricardo y Escobar Roca, Guillermo. “Estado de Derecho”, cátedra dentro del curso *Estado de Derecho y Derechos Humanos*, dentro del Programa de Apoyo a Defensores de Derechos Humanos en Iberoamérica, de la Federación Iberoamericana del Ombudsman, Alcalá de Henares, Madrid, 2007.

legítimas por la comunidad internacional, siendo por ello merecedoras de protección jurídica por el Estado. En síntesis, son demandas de satisfacción de necesidades humanas legitimadas por la comunidad internacional.

Y ¿qué son los derechos fundamentales?, la reforma constitucional de 10 de junio de 2011 pareciera indicar que el concepto de derechos humanos y el de derechos fundamentales son similares, al precisar en el artículo 1º de la Constitución federal mexicana que todas las personas gozarán de los derechos humanos que dicha norma reconozca; pero el concepto derechos humanos, tal como lo he señalado, es un concepto mayor al de derechos regulados en la Constitución, pues se trata de demandas derivadas de la dignidad humana que buscan una protección jurídica, por lo que generan criterios de interpretación del derecho positivo.

Así, los derechos fundamentales son los componentes estructurales básicos del orden jurídico, en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política. En consecuencia, de la obligación de sometimiento de todos los poderes a la Constitución no solamente se deduce la obligación negativa del Estado de no lesionar la esfera individual o institucional protegida por los derechos fundamentales, sino también la obligación positiva de contribuir a su efectividad y de los valores que representan, aun cuando no exista una pretensión subjetiva por parte del ciudadano.<sup>22</sup>

Los derechos fundamentales son importantes en un Estado constitucional de derecho, y en consecuencia son los pilares básicos del ejercicio adecuado de la política criminal, en virtud de que su mera incorporación a una Constitución implica que gozan del mayor nivel de garantía o protección<sup>23</sup> pues vinculan directamente al legislador ordinario al momento

---

22 Tribunal Constitucional Español, sentencia 53/1985, del 11 de abril de 1985.

23 García Manrique, Ricardo y Escobar Roca, Guillermo. "Estado de Derecho", cátedra dentro del curso *Estado de Derecho y Derechos Humanos*, dentro del Programa

de realizar las leyes, y al ejecutivo al aplicarlas o tomar decisiones (control de constitucionalidad y no de simple legalidad); su limitación sólo puede darse por motivos realmente serios y racionales expresamente establecidos en la Constitución, y son aplicables por cualquier tribunal, por lo que cuentan con una genérica garantía judicial directa, que no requiere la intermediación del legislador ordinario (control de constitucionalidad).

Lo anterior se encuentra claramente establecido en el artículo 1º constitucional de México (a partir del 10 de junio de 2011), al ordenar a todas las autoridades mexicanas la protección y garantía de estos derechos; es decir, no sólo las autoridades judiciales federales tienen el deber de hacer operativos los derechos constitucionales o internacionales, sino que cualquier autoridad, al momento de realizar un acto u omitir una conducta que tenga relación con personas titulares de derechos, debe tomar en cuenta los derechos constitucionales e internacionales para emitir su acto o dejar de hacerlo, sin poder poner como pretexto que son autoridades que sólo deben aplicar la ley, pues lo que deben de aplicar es la protección directa al derecho fundamental (control de constitucionalidad e interpretación conforme).

Los derechos humanos influyen dentro de la Constitución y los derechos fundamentales<sup>24</sup> al determinar su catálogo y abrirlo a través del principio de dignidad de la persona y el derecho internacional, por lo que derechos humanos no reconocidos en la Constitución se convierten en fundamentales,<sup>25</sup>

---

de Apoyo a Defensores de Derechos Humanos en Iberoamérica, de la Federación Iberoamericana del Ombudsman, Alcalá de Henares, Madrid, 2007.

24 *Idem*.

25 Por ejemplo, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, al resolver los casos *Costa-Enel* y *Simmenthal*, determinó que las disposiciones comunitarias prevalecen sobre las nacionales, incluso las constitucionales, si contradice derechos de una norma comunitaria, ya que son de aplicación inmediata a favor de las personas. En Reyna Alfaro, Luis Miguel, *Fundamentos del derecho penal económico*, México, Ángel Editor, 2004, p. 100.

así como en su interpretación para determinar su contenido y lograr su efectividad.

Los modelos de interpretación que nos muestran que en el proceso penal acusatorio todos los jueces son tribunales de control de derechos y garantías, son los siguientes:

1. Bloque de constitucionalidad: interpretación que reconoce jerarquía constitucional a normas que no están en la Constitución; el actuar de la autoridad y particulares de un Estado, deben encontrarse dentro de los parámetros de constitucionalidad de los derechos humanos; así, ya no se cuenta con una sola Constitución, sino que todas las normas internacionales e internas que garanticen derechos humanos se vuelven normas fundamentales de un Estado (Constitución no codificada o no escrita). Así, los derechos humanos se encontrarán protegidos por acciones de derecho interno.

2. Interpretación conforme: las autoridades deben preferir y aplicar la norma que se encuentre conforme a los derechos humanos reconocidos en Constitución y derecho internacional de los derechos humanos, por lo que en caso de que alguna ley vaya en contra de tales derechos no deberá tomarse en cuenta, y aplicarse directamente la Constitución, el tratado o la norma que realmente proteja y haga efectivo el derecho (control de constitucionalidad y convencionalidad).

3. Principio *pro homine*: en caso de que las normas constitucionales sean contradictorias (concurso aparente de normas), o que de su interpretación o de una norma deriven diversos significados, debe escogerse la interpretación más benéfica para los derechos fundamentales y humanos, tal como lo dispone el segundo párrafo del artículo 1º constitucional (también llamado *pro persona*, a favor *libertatis*, o de benignidad).

4. Criterios de normas duras y normas blandas de DIDH: las normas duras (*hardlaw*), se refiere al derecho duro o positivo de los tratados y convenciones internacionales, que es obligatorio en aplicación. En cambio, las normas blandas (*softlaw*), son los principios y prácticas, aparentemente no vinculantes al

mismo grado del derecho duro, que se encuentran en instrumentos, declaraciones, proclamas, normas uniformes, directrices y recomendaciones de derecho internacional relacionado con los derechos humanos. En estos supuestos, con base al principio *pro homine*, las normas blandas se vuelven orientadoras y vinculantes de la interpretación a favor de la protección y efectividad de los derechos (ante un conflicto entre principios o reglas, prevalecen los principios que hagan efectivos los derechos).<sup>26</sup>

Los anteriores criterios nos muestran que las y los jueces no son simples aplicadores de legalidad, sino que deben aplicar la Constitución, el derecho internacional sobre derechos humanos y toda juridicidad que ayude a satisfacerlos derechos de las personas, por lo que su función esencial es la de contralar el orden constitucional e internacional; es decir, controlar que los derechos y garantías de los involucrados sean realmente observados y aplicados.

Las garantías son mecanismos jurídicos específicos de protección de un derecho humano o fundamental, o las técnicas para no restringir indebidamente el goce de ese derecho. Se traducen en las obligaciones o prohibiciones relativas a restringir de manera indebida el goce del derecho y con ello verificar la legitimidad de la intervención. En un Estado constitucional de derecho, la garantía fundamental de los derechos humanos y fundamentales es la jurisdicción (tribunales judiciales), ya que la función judicial es una garantía de todos los seres humanos frente al mismo Estado y los particulares, al estar dirigido a impedir arbitrariedades y abusos potestativos sobre sus derechos, así como obligar a la autoridad a satisfacerlos.

---

26 “SOFT LAW”. LOS CRITERIOS Y DIRECTRICES DESARROLLADOS POR ÓRGANOS INTERNACIONALES ENCARGADOS DE LA PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES SON ÚTILES PARA QUE LOS ESTADOS, EN LO INDIVIDUAL, GUÍEN LA PRÁCTICA Y MEJORAMIENTO DE SUS INSTITUCIONES ENCARGADAS DE VIGILAR, PROMOVER Y GARANTIZAR EL APEGO IRRESTRICTO A LOS DERECHOS HUMANOS. Tesis XXVII.3º.6 CS (10ª), Amparo en revisión 215/2014, el Tercer Tribunal Colegiado del Vigésimoséptimo Circuito

Ahora bien, los derechos no son absolutos, sino que pueden ser restringidos o afectados cuando el propio sistema lo permita. Al hablar de intervenciones a los derechos (afectaciones o restricciones) nos referimos a aquellas conductas, activas u omisivas, realizada por un obligado (particular o público) y que afecta negativa y significativamente a una o más de las inmunidades o facultades que integran su contenido.<sup>27</sup>

De entrada, los derechos se encuentran limitados por el respeto a los derechos de los demás; los derechos se restringen cuando el hombre deja de ser social, lo que implica que conscientemente agrede o afecta los derechos de los demás.

Si los derechos fundamentales están en la Constitución, sólo en normas del mismo rango podrá encontrarse la justificación de sus límites<sup>28</sup>, y su intervención debe seguir las siguientes reglas (test o filtro de proporcionalidad de Dworkin):

a) *Adecuación o idoneidad*: el sacrificio del derecho es adecuado para proteger otro derecho. La intervención debe estar establecida en la norma constitucional, por ser adecuada para resolver un conflicto en la sociedad. Es por ello que el artículo 1º constitucional indica que el derecho podrá restringirse sólo en los casos que la misma Carta Magna establezca, de ahí que los derechos no sean absolutos, pero su intervención sólo puede ser permitida por la Constitución, y no por otro tipo de normatividades;

b) *Necesidad o indispensabilidad*: La afectación es necesaria por ser el mecanismo menos dañoso para el derecho intervenido. Cuando existan dos o más medios, todos ellos constitucionalmente legítimos, para la consecución del fin que justifica la intervención, deberá optarse por el menos dañoso para el derecho intervenido; y

---

27 García Manrique, Ricardo y Escobar Roca, Guillermo, “Estado de Derecho”, cátedra dentro del curso *Estado de Derecho y Derechos Humanos*, dentro del Programa de Apoyo a Defensores de Derechos Humanos en Iberoamérica, de la Federación Iberoamericana del Ombudsman, Alcalá de Henares, Madrid, 2007.

28 *Idem*.

c) *Ponderación o proporcionalidad en sentido estricto*: Cuando entran en conflicto los derechos de las personas, debe intentarse, en la medida de lo posible, equilibrio entre ambas (afectar lo menos posible), o en su caso ponderar (dar mayor peso a uno de los derechos y afectar el otro), procurándose el respeto esencial de los intereses enfrentados (lo cual puede llegar a ser un ejercicio subjetivo atribuir mayor o menor peso a cada uno de los intereses en conflicto).<sup>29</sup>

---

29 RESTRICCIONES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. ELEMENTOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE TOMAR EN CUENTA PARA CONSIDERARLAS VÁLIDAS. Ningún derecho fundamental es absoluto y en esa medida todos admiten restricciones. Sin embargo, la regulación de dichas restricciones no puede ser arbitraria. Para que las medidas emitidas por el legislador ordinario con el propósito de restringir los derechos fundamentales sean válidas, deben satisfacer al menos los siguientes requisitos: a) ser admisibles dentro del ámbito constitucional, esto es, el legislador ordinario sólo puede restringir o suspender el ejercicio de las garantías individuales con objetivos que puedan enmarcarse dentro de las previsiones de la Carta Magna; b) ser necesarias para asegurar la obtención de los fines que fundamentan la restricción constitucional, es decir, no basta que la restricción sea en términos amplios útil para la obtención de esos objetivos, sino que debe ser la idónea para su realización, lo que significa que el fin buscado por el legislador no se pueda alcanzar razonablemente por otros medios menos restrictivos de derechos fundamentales; y, c) ser proporcional, esto es, la medida legislativa debe respetar una correspondencia entre la importancia del fin buscado por la ley, y los efectos perjudiciales que produce en otros derechos e intereses constitucionales, en el entendido de que la persecución de un objetivo constitucional no puede hacerse a costa de una afectación innecesaria o desmedida a otros bienes y derechos constitucionalmente protegidos. Así, el juzgador debe determinar en cada caso si la restricción legislativa a un derecho fundamental es, en primer lugar, admisible dadas las previsiones constitucionales, en segundo lugar, si es el medio necesario para proteger esos fines o intereses constitucionalmente amparados, al no existir opciones menos restrictivas que permitan alcanzarlos; y en tercer lugar, si la distinción legislativa se encuentra dentro de las opciones de tratamiento que pueden considerarse proporcionales. De igual manera, las restricciones deberán estar en consonancia con la ley, incluidas las normas internacionales de derechos humanos, y ser compatibles con la naturaleza de los derechos amparados por la Constitución, en aras de la consecución de los objetivos legítimos perseguidos, y ser estrictamente necesarias para promover el bienestar general en una sociedad democrática. Época: Décima Época. Registro: 160267. Instancia: Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en México. Tipo de Tesis: Jurisprudencia. Fuente: Semanario Judicial

Así, las reglas de proporcionalidad para la intervención de un derecho nos pueden dar una definición actual de justicia como la dignificación de los derechos, satisfacción de las necesidades humanas y resolver o aminorar los problemas sociales, al equilibrar y hacer efectivos los derechos humanos y fundamentales. En este sentido, uno de los objetos básicos del proceso acusatorio es el de investigar, procesar, juzgar y ejecutar en materia delictiva, en un marco de respeto a los derechos humanos y fundamentales constitucionales e internacionales, por lo que el principio de legalidad en materia penal (artículos 14 y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 7, 8 y 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos), implica que las normas, además de precisar el supuesto de hecho y su consecuencia jurídica o sanción, deben establecer en forma previa y clara los procedimientos y mecanismos para poder intervenir o afectar los derechos de los seres humanos. Para afectar o intervenir un derecho, es necesario que se justifique la intervención y, sobre todo, que el orden jurídico constitucional permita esa restricción. Las garantías de los derechos del ser humano, buscan lograr su efectividad real, y en su caso realizar los procedimientos válidos para su afectación en aquellos casos que sea necesario.

Entonces, el procedimiento penal es una garantía jurídica que se refleja en los requisitos que deben seguirse en la investigación, imputación, acusación, preparación, juzgamiento, imposición y ejecución de sanciones por la comisión de un hecho punible. Para ello, si la autoridad quiere afectar un derecho, debe pasar por los filtros de adecuación o permisión constitucional de la restricción; la necesidad, o menor afectación de la medida, y la proporcionalidad, tratando de equilibrar los derechos que pudieran verse enfrentados con la restricción del derecho, o en su caso ponderar y darle mayor valor a un derecho sobre otro. En estricto sentido el principio “la autoridad sólo puede hacer lo que la ley le faculte”, se refiere a que el

---

de la Federación y su Gaceta. Libro V, Febrero de 2012, Tomo 1. Materia(s): Constitucional. Tesis: 1a./J. 2/2012 (9a.). Página: 533.

funcionario sólo puede afectar un derecho si la ley se lo faculta. Por el contrario, si existe el deber de hacer efectivo un derecho constitucional o internacional, y la norma es omisa, incompleta o poco clara, debe de crear el mecanismo necesario para lograr la efectividad y protección desde la primera instancia, sin pretexto de que el legislador no hubiere cumplido con su función o que deba esperarse una declaración de tribunal constitucional, pues los derechos humanos y fundamentales gozan de una garantía de aplicación directa desde la constitución y el derecho internacional, que debe cumplir toda autoridad.

No se puede pasar por alto que México está sometido a un derecho internacional de los derechos humanos, entendido como toda juridicidad internacional en que se establece el comportamiento y beneficios que el ser humano puede esperar y exigir de los Estados. Los tratados internacionales son una parte de esa juridicidad internacional, por lo que el sector operativo del sistema de justicia penal acusatorio, no sólo debe basarse en disposiciones constitucionales o de tratados internacionales, sino en todas las reglas internacionales (tratados, convenciones, acuerdos, costumbre, resoluciones generales, opiniones consultivas, jurisprudencia) que prescriben deberes respecto del comportamiento de los Estados, y de las cuales México sea parte. Lo anterior en virtud de que el derecho internacional de los derechos humanos influye dentro del ámbito doméstico al establecer el catálogo de derechos fundamentales (constitucionales), ampliarlos con los establecidos en juridicidad internacional, e imponer una interpretación *pro homine* para la satisfacción real de los derechos. La interpretación *pro homine* implica que en caso de que varias normas sean aplicables a un mismo supuesto, siempre deberá optarse por aquella que beneficie en mayor medida el derecho; y en caso de que sólo una norma sea aplicable, siempre se interpretará para la aplicación y protección más amplia del derecho humano y fundamental.<sup>30</sup>

30 Si bien el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana determinó en la contradicción de tesis 293/2011. 18 de marzo de 2014. 20/2014 (10a.), bajo

En síntesis, este esquema acusatorio se caracteriza por el control judicial de todo el procedimiento; el Poder Judicial se configura, respecto a los otros poderes del Estado, como un contrapoder, en el doble sentido de que tiene encomendado el control de la legalidad, o la validez de los actos legislativos y administrativos, y la tutela de los derechos humanos y fundamentales de las personas, frente a las afectaciones ilegítimas que provengan de los particulares o el Estado<sup>31</sup>.

Esta vigilancia se realiza por varios jueces, que aparecen en cada una de las etapas del procedimiento, y que son distintos entre sí. La obligación de que sean diversos jueces se sustenta en el derecho al juez no prevenido o contaminado, que implica garantizar la imparcialidad de los jueces, evitando cualquier prejuicio a favor o en contra de las partes, que se pueda adquirir psi-

---

el rubro “DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL”; que “...cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional...”, también lo es que en la misma tesis afirma que “los derechos humanos, en su conjunto, constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, conforme al cual debe analizarse la validez de las normas y actos que forman parte del orden jurídicomexicano...”, con lo que es evidente que se reconoce el peso de los derechos humanos para determinar la validez de las normas y actos de autoridad (bloqueo de constitucionalidad e interpretación conforme); lo cual incluso es reforzado con otro criterio que el propio Pleno de la Corte determinó en esta misma contradicción de tesis, bajo el rubro “JURISPRUDENCIA EMITIDA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. ES VINCULANTE PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEA MÁS FAVORABLE A LA PERSONA”, donde obliga a los operadores jurídicos a atender: “1. Cuando el criterio se haya emitido en un caso en el que el Estado Mexicano no haya sido parte, la aplicabilidad del precedente al caso específico debe determinarse con base en la verificación de la existencia de las mismas razones que motivaron el pronunciamiento; 2. En todos los casos en que sea posible, debe armonizarse la jurisprudencia interamericana con la nacional; y 3. De ser imposible la armonización, debe aplicarse el criterio que resulte más favorecedor para la protección de los derechos humanos” (principio pro homine). Con lo que podemos concluir que las restricciones constitucionales no son aplicables a los derechos garantizados por el DIDH y otras normas que los amplíen.

31 Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón...*, *op. cit.*, p. 580.

cológicamente al haber participado en etapas previas en que se hayan tomado resoluciones que impliquen valoraciones y trasciendan a la protección o restricción de derechos fundamentales.

## **Reglas en materia de evidencia en el proceso penal**

La evidencia es el elemento esencial de toda metodología procesal, incluyendo la penal: sin ella no existe materia de declaración judicial. Se trata de todo medio indispensable para llegar a un conocimiento aproximado del hecho, la relación subjetiva con el imputado y la víctima, y el establecimiento de las sanciones, para así poder arribar a la conclusión de si es procedente o no, la pretensión punitiva del acusador.<sup>32</sup>

Tanto el fiscal, a través de sus investigadores públicos (policías detectives y peritos), como el imputado, la defensa, la víctima u ofendido, y su asesor jurídico o coadyuvante, podrán recabar evidencias, referenciarlos, ofrecerlos como medios probatorios y producirlos en juicio. Así, podrán obtenerlos a través de sus investigadores o peritos privados, o solicitarle al fiscal que los recabe para lograr que se cumpla el deber de objetividad.

### *Cadena de custodia*

Un elemento esencial en el procedimiento penal es llevar a cabo debidamente la cadena de custodia; es decir, obtener legítimamente las evidencias para no convertirlos en prueba ilícita. La cadena de custodia es un sistema de control y registro que se aplica a los indicios, objetos, instrumentos o productos del hecho, y se integra por todas aquellas medidas necesarias para evitar que sean alterados, ocultados o destruidos, y se garantice su autenticidad para el adecuado examen desde su localización,

---

32 Morales Brand, José Luis Eloy, *Juicio oral, op. cit.*, p. 302.

descubrimiento, ubicación, aseguramiento, obtención o recolección, traslado, resguardo, incorporación, producción y destino final, con lo que se asegura que esos indicios pertenecen al hecho investigado, sin confusión, adulteración o sustracción, hasta que la autoridad competente ordene su conclusión o su falta de necesidad. Estos elementos de prueba o indicios deben mantenerse en lugar seguro y protegidos, sin que puedan tener acceso a ellos personas no autorizadas en su manejo.

Así, los investigadores (públicos o privados), recabarán los elementos materiales de prueba o indicios, y dejarán constancia en el acta o registro de la diligencia que corresponda, haciendo la descripción completa y discriminada, registrando su naturaleza, lugar exacto de donde fue removido o tomado y quien lo obtuvo (lo mismo harán todos aquellos que tengan contacto con los indicios o evidencias del hecho).

En consecuencia, el contenido de la cadena de custodia se refiere a una materia de pasos científicos que cada ciencia auxiliar debe observar para la ubicación o localización, aseguramiento, embalaje, traslado, estudio y presentación de una evidencia; pero tales reglas no pueden ejecutarse afectando derechos humanos y fundamentales de los involucrados en el procedimiento penal. Es por ello que, si bien cada organización de investigación (detectives o peritos), de acuerdo con la naturaleza de su especialidad o ciencia auxiliar, así como la del objeto y el tipo de manejo, podrán llevar sus protocolos de actuación en la indagación y recolección de indicios y datos de prueba (pues las técnicas de operación de métodos científicos no pueden regularse en actos administrativos, ni imponerse con carácter de obligatorios, ya que se atiende a la naturaleza de la ciencia aplicable); también lo es que el Código Nacional Procesal en México, establece en su artículo 227 que la cadena de custodia se aplicará tomando en cuenta la identidad del objeto, su estado original, condiciones de recolección, preservación, empaque y traslado; lugares y fechas de permanencia y los cambios que en cada custodia se hayan realizado; registrándose su

nombre e identificación de personas que tuvieron contacto con el elemento, lo cual orientará a las policías de investigación y peritos de todo el país, al indicárseles un catálogo mínimo de lo que debe incluir la cadena de custodia, para evitar su alteración e impugnación en el proceso.

Cuando se solicite un análisis técnico o científico del indicio, la recolección la debe de efectuar personal calificado, capacitado o entrenado para ello. En consecuencia, toda transferencia de custodia debe quedar registrada, indicando fecha, hora, nombre, firma de quien recibe y de quien entrega, descripción del elemento material, y el lugar donde habrá de depositarse.

Con lo anterior podemos distinguir un par de registros esenciales en la actividad de investigación:

*a)* El registro de aseguramiento, que contendrá como mínimo la fecha, hora, descripción completa del objeto, lugar o persona, naturaleza del indicio, lugar exacto de donde fue removido o tomado, quién y cómo lo obtuvo, estableciendo el nombre y firma, y el carácter de personal especializado para el aseguramiento o recolección; y

*b)* El registro de traslado, que contará como mínimo con la fecha, hora, nombre y firma de quien lo recibe, traslada, entrega y de quien recibe, descripción detallada del elemento, y el lugar de depósito.

El registro de cadena de custodia original quedará anexo al indicio (tanto el de aseguramiento como el de traslado son un documento único), y cada persona que haya tenido contacto con él, resguardará una copia del registro que contará con el último contacto que aquel tuvo con la evidencia. Cuando la evidencia sea llevada a la audiencia de juicio, el registro se llenará estableciendo la entrega, quién lo recibe, el lugar a donde se lleva; y si en el desahogo de la prueba, es necesario que el perito o testigo tenga contacto con el objeto, se registrarán los datos de contacto, fecha y hora, y si se solicita “el rompimiento de la

cadena de custodia”,<sup>33</sup> también se hará el registro correspondiente hasta que el objeto regrese a la bodega de evidencia, pues debe continuar con la certeza de la no adulteración del indicio, ya que posteriormente podrá ser revisado en apelación, juicio de amparo, o reconocimiento de inocencia, o hasta que ya no se necesite.

Una vez que se tenga conocimiento del hecho, los investigadores deberán proporcionar seguridad y auxilio a las víctimas y testigos, además de evitar que el hecho se siga cometiendo; impedir que se pierdan, destruyan o alteren los indicios, objetos, instrumentos o productos del hecho; pedir información y recabar los datos de identificación a las personas que se encuentren en el lugar de los hechos o del hallazgo; e impedir que se dificulte la investigación, procediendo a la detención de los que intervinieron en su comisión en los casos de hecho flagrante. Para ello, informarán al fiscal que han iniciado la investigación, para que los vigile y dirija técnicamente (otorgue autorización para realizar actos de investigación). También le informarán del registro de la preservación y el procesamiento de todos los indicios. La información obtenida por los investigadores, que no se entregue al fiscal, no se integre al registro de la investigación ni se haga del conocimiento de las partes, no ni podrá tomarse en cuenta para afectar al imputado en el procedimiento.

El fiscal deberá cerciorarse de que se han seguido los procedimientos adecuados para preservar los indicios; en caso de no seguirse tales procedimientos, deberá asentarlos en los registros de la investigación, y no emplear tales datos de prueba. La preservación de los indicios es responsabilidad directa de las personas e investigadores que entren en contacto con ellos;

---

33 Si para efectos de realizar técnica demostrativa con algún testigo o perito, se requiere que tenga contacto directo con el indicio (por ejemplo, mostrar dónde se encontró una huella en la cachá de un arma de fuego) se solicita al juez que permita que el objeto sea sacado de su embalaje, para efecto de hacer la maniobra correspondiente. El juez podrá autorizarlo siempre y cuando se tomen las debidas precauciones para efecto de no contaminar el objeto, y se haga el llenado correspondiente en las cadenas de custodia.

por lo anterior, además de emplearse mecanismos necesarios para su conservación, podrá emplearse la fotografía, video o cualquier otro medio que permita la certeza del estado en que fueron encontrados.

De manera desafortunada, el artículo 228 del Código Nacional Procesal refiere que en el supuesto de que la cadena de custodia sea alterada, no perderá su valor, a menos de que la autoridad verifique que ha sido modificada de forma tal que pierda su eficacia para acreditar el hecho. Pero esta disposición es inaplicable, pues además de que es contraria a los principios constitucionales de verificación, presunción de inocencia y acceso a la justicia, una regla científica natural no puede ser modificada por una norma jurídica, pues un elemento de prueba alterado, al no seguirse pasos científicos para su obtención, estudio, análisis y valoración, no da certeza de sus resultados. Además, el propio código en sus numerales 263 y 264, establecen la regla de licitud probatoria, en el sentido de que los datos de prueba deben ser obtenidos, incorporados y producidos en forma lícita, es decir, respetando las normas de cadena de custodia y de protección de derechos fundamentales en la tarea investigadora, por lo que toda actividad que no respete esos pasos y derechos será nula, y la prueba excluida, lo que podrá hacerse valer en cualquier etapa del procedimiento. De ahí que toda actividad de investigadores, acusadores, defensores o asesores jurídicos, que violente derechos fundamentales, y con ello se obtenga, incorpore o desahogue una prueba, no podrá ser tomada en cuenta por los juzgadores. Por lo anterior, si la duda favorece al imputado, y el acceso a la justicia protege también los derechos de la víctima, todo elemento de cadena de custodia que sea alterado, genera duda de su autenticidad y resultados.

En conclusión, las carpetas de investigación y sus antecedentes son los registros de todas las cadenas de custodia realizadas por los investigadores (públicos o privados) el acusador, la defensa o el asesor jurídico, desde la denuncia o querrela, o detención del imputado, hasta la presentación del caso ante los

jueces, que da certeza sobre la validez de la actividad probatoria, o permite cuestionar su licitud.

### *Reglas en materia de prueba*

En el proceso penal acusatorio existe la libertad probatoria, lo que implica que se permite ofrecer y desahogar cualquier medio de prueba, mientras no sea ilícita.<sup>34</sup> Es decir, los hechos y circunstancias de interés para la solución del caso, podrán evidenciarse mediante cualquier prueba que no esté prohibida.

La evidencia debe ser pertinente y útil, es decir, referirse directa o indirectamente, al objeto de la investigación, o idónea y conducente, por lo que deben tener relación con el hecho investigado y no traducirse en repeticiones innecesarias.

Por lo anterior, los jueces podrán limitar y excluir los datos, medios de prueba y pruebas cuando sean prohibidas por ser:

1. Impertinentes: no tengan relación directa o indirecta con lo que se pretende demostrar (hechos de la teoría del caso, credibilidad del testigo, etc.).

2. Inútiles: su naturaleza no es la idónea o adecuada para esclarecer los hechos o el tema del debate.

3. Dilatorias: retrasan el trámite normal del procedimiento por ser sobreabundantes (varios medios de prueba del mismo tipo, que acrediten el mismo hecho), donde el juez pedirá a las partes que reduzca los medios y decida cuáles quiere llevar a juicio.

4. Innecesarias: pretendan comprobar hechos públicos y notorios (no están sujetos a prueba, al tratarse de un dato u opinión común indiscutible, no por el número de personas que conocen ese hecho, sino por la notoriedad, accesibilidad, aceptación e imparcialidad de este conocimiento: que hay luz a las 12:00 horas en un día de primavera, o quién es el presidente de un país al momento de ocurrir el hecho) o de acuerdos probato-

---

34 Morales Brand, José Luis Eloy, *Juicio oral...*, *op. cit.*, p. 311.

rios (hechos no controvertidos o sujetos a debate, que explicaré cuando hablemos de la fase de preparación).

5. Inadmisibles por nulidad o ilicitud: que hayan sido originadas, ubicadas, descubiertas, aseguradas, obtenidas, fijadas, trasladadas, resguardadas, referidas, incorporadas, admitidas, producidas y reproducidas por medios que violenten derechos humanos y fundamentales.

En consecuencia, cualquier evidencia obtenida con violación de los derechos humanos y fundamentales será nulo, así como las pruebas ilícitas reflejas, mediatas, por derivación o por conexión de ilicitud (doctrina del árbol venenoso). En caso de que el dato provenga de una fuente independiente, cuando su naturaleza sea autónoma de la prueba considerada como ilícita y se puede llegar a ella por medios legales sin que exista conexión entre estas, será válida para tomar decisiones.

En materia probatoria, se aplica la regla de exclusión entendida como la inadmisibilidad, en la etapa de juicio, de evidencia obtenida en el curso de un registro o detención contrarias a las garantías constitucionales, extendiéndose a aquella cuyo origen está vinculado estrechamente con esta, conocida, a partir del asunto *Silverthorne Lumbre Co. vs. United States* como doctrina del árbol venenoso o *fruits of the poisonou tree*.<sup>35</sup> En los casos *Mapp vs. Ohio*, y *Chimel vs. California*<sup>36</sup>, de la Corte Suprema de Estados Unidos, se sigue desarrollando la doctrina del árbol venenoso<sup>37</sup> que implica la invalidez de la prueba obtenida como consecuencia de la violación de un derecho fundamental o garantía constitucional. Esta invalidez comprende tanto la prueba obtenida del acto ilícito, como aquellas que derivan de la primera ilegalidad. De esta manera existe la prueba

35 Avella Franco, Pedro. *Estructura del proceso penal acusatorio*, Colombia, Fiscalía General de la Nación, 2007, p. 37.

36 Guzmán, Guillermo, *Fallos históricos de la Suprema Corte de Estados Unidos de América*, México, scjns, 2000, p. 29.

37 Si las raíces de un árbol están podridas o envenenadas, necesariamente sus frutos heredarán esas características.

ilícita que comprende dos modalidades:<sup>38</sup> la regla de exclusión probatoria, que considera inaprovechable la prueba que es consecuencia directa de la primera ilegalidad, y la proyección de esa invalidez a la prueba derivada del acto ilegal inicial.

Es importante destacar que si los investigadores quieren realizar una técnica de investigación sobre una persona, requerirán su consentimiento informado, y su asesoría previa con representante legal; y en particular la víctima y el imputado, pues en un esquema procesal penal acusatorio, dejan de ser simples medios de prueba, para convertirse en sujetos del proceso con derechos, con base a su dignidad humana, que prohíbe degradarlos a la calidad de un objeto. En este sentido, si la víctima e imputado consienten que se realice alguna actividad de investigación sobre su persona, que los pueda convertir en objeto de prueba, requieren previa entrevista con su asesor jurídico y defensor, para que los oriente en el alcance de su decisión y la consecuencia del acto; por lo que el consentimiento debe ser informado, ya que de lo contrario nos encontramos ante una incomunicación, que no orienta ni permite comprender el alcance de lo que se quiere hacer, y ninguna persona puede ser sometida a esta actividad para obtener prueba, pues de lo contrario el consentimiento está viciado y no es libre. Una vez asesorados por sus representantes jurídicos, si se niegan a otorgar consentimiento, los investigadores podrán acudir ante el fiscal o defensor, para que soliciten la intervención judicial, con la finalidad de que valore el otorgar autorización para ejecución de la técnica. Lo anterior, siempre y cuando la Constitución federal y el derecho internacional de los derechos humanos permita la intervención en actividades específicas, y también tomando en consideración de que si el sistema normativo permite que la víctima se niegue a someterse a determinadas actividades de investigación o jurisdiccionales para su protección, esa misma protección debe existir para el imputado, con la finalidad de no

---

38 Edwards, Carlos. *La prueba ilegal en el proceso penal*, Córdoba, Argentina, Marcos Lerner Editora, 2000, p. 90.

quebrantar el equilibrio y la igualdad, y para no generar una discriminación negativa no permitida por el orden constitucional en sus numerales 1º, 14 y 16.

En síntesis, los tribunales judiciales, en su obligación de garantizar los derechos de los seres humanos, no podrán tomar en cuenta evidencias que hayan sido obtenidas, incorporadas o producidas en el proceso con violación a derechos humanos y fundamentales, pues en estos casos, la evidencia es nula y carecerá de valor, ya que los derechos de las personas adquirirán mayor valor que un interés genérico o colectivo de administrar justicia a cualquier precio.

## Conclusiones

La reasignación de facultades de los intervinientes en el Sistema Penal Acusatorio nos evidencia que la esencia de la reforma es el control judicial del procedimiento penal, la igualdad de los sujetos procesales, y sobre todo el control de las violaciones a los derechos fundamentales.

Esa reasignación se obtiene a partir de la definición implícita del juez como tercero ajeno al conflicto que sólo acude a su solución en cuanto sea convocado por las partes involucradas en el mismo. Si el juez asume como opción una hipótesis propia y encauza el juzgamiento hacia allá, subjetiviza la verdad y la justicia hacia sus propias orientaciones y desvirtúa aquello que le plantean las partes. Además, termina interfiriendo en las investigaciones hechas por esas partes o desplazando el eje del juicio hacia sus propias conjeturas<sup>39</sup>. De esa manera se le impide cualquier iniciativa en el conocimiento del asunto y se le otorgan mayormente poderes negativos, esto es de control, no de acción. Excluye, rechaza, invalida.<sup>40</sup>

---

39 Mejía Escobar, Carlos Eduardo. *El rol de jueces...*, *op. cit.*, p. 11.

40 *Idem.*

En consecuencia, una verdadera política criminal democrática, que tenga como límites los derechos humanos y fundamentales de las personas, será aquella que construya un mecanismo de control social penal que tienda a la protección de los seres humanos, afectándolos lo menos posible. Esta visión influye en el derecho penal, para desarrollar el principio de intervención mínima o última ratio de la reacción penal: frente a un conflicto social, el Estado constitucional de derecho debe, antes que nada, desarrollar una política social que conduzca a su prevención o solución o, en último término, pero sólo en último término, optar por definirlo como criminal. Cuando así lo hace está ejercitando entre diferentes alternativas que puedan presentarse para la solución del conflicto una opción política, que en forma específica tomará el nombre de política criminal en tanto que está referida a la criminalización del conflicto.<sup>41</sup>

Es aquí donde aparece la tutela de derechos por el poder judicial, pues no se trata simplemente de un organismo que compone al Estado. El poder de jurisdicción (decir el derecho) es una garantía por sí misma. Si comprendemos que las garantías son los mecanismos que protegen los derechos de las personas y que ayudan a que se ejerzan adecuadamente, el Poder Judicial no es sólo un poder, es el poder para proteger a los seres humanos de autoritarismos del Estado y los particulares.

El Poder Judicial es el de máxima importancia en un Estado constitucional de derecho. Si bien los demás poderes tienen una función relevante para el adecuado funcionamiento de la institución estatal, creando las normas, ejecutándolas, o vigilando la función electoral y administrativa, el Poder Judicial es quien aplica y mantiene el orden jurídico para tener una sociedad armónica, humana, justa y libre.

En el proceso penal acusatorio existe la libertad probatoria, lo que implica que se permite ofrecer y desahogar cualquier medio de prueba, mientras no sea ilícita. Por lo anterior, los

---

41 Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón...*, *op. cit.*, p. 580.

jueces podrán limitar y excluir los datos, medios de prueba y pruebas cuando sean prohibidas por ser violatorias de derechos humanos y fundamentales.

Los tribunales judiciales, en su obligación de garantizar los derechos de los seres humanos, no pueden tomar en cuenta evidencias que hayan sido obtenidas, incorporadas o producidas en el proceso con violación a derechos humanos y fundamentales, pues en estos casos, la evidencia es nula y carecerá de valor, ya que los derechos de las personas adquirirán mayor valor que un interés genérico o colectivo de administrar justicia a cualquier precio.

En consecuencia, la sociedad y Estado actuales requieren poderes judiciales que interpreten las normas no sólo en el sentido propio de sus palabras, los antecedentes sociales y legislativos, sino también con base a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de la justicia en la resolución de los problemas de la colectividad, puesto que el objeto del derecho punitivo deben dirigirse necesariamente a las conductas humanas en situación.

## Bibliografía

- Anitua, Gabriel Ignacio, *Historias de los pensamientos criminológicos*, Buenos Aires, Argentina, Editores del Puerto, 2005.
- Armenta Deu, Teresa. “Aspectos relevantes del sistema de enjuiciamiento penal y sus órganos de acusación en el derecho español”, *XII Congreso Mundial de Derecho Procesal. Sistemas de enjuiciamiento penal y sus órganos de acusación*, vol. IV, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.
- Bergalli, Roberto. “La instancia judicial”, en *El pensamiento criminológico*, vol. II, *Estado y Control*, Colombia, Editorial Temis, 1983.
- Binder, Alberto. *Justicia penal y Estado de Derecho*, Buenos Aires, Editorial Ad Hoc, 2004.

- Bustos Ramírez, Juan, “Los medios de comunicación de masas” en *El pensamiento criminológico*, vol. II, *Estado y control*, Bogotá, Editorial Temis, 1983.
- Cárdenas Rioseco, Raúl, *La presunción de inocencia*, 2a. ed., México, Editorial Porrúa, 2006.
- Escobar Roca, Guillermo, “Medios de Comunicación”, cátedra dentro del curso *Democracia y Derechos Humanos*, dentro del Programa de Apoyo a Defensores de Derechos Humanos en Iberoamérica, de la Federación Iberoamericana del Ombudsman, Alcalá de Henares, Madrid, 2008.
- Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Editorial Trotta, 2011.
- García, Luis, *Juicio oral y medios de prensa*, Buenos Aires, Editorial Ad Hoc, 1995.
- García-Pablos de Molina, Antonio, *Tratado de criminología*, Valencia, Tirant lo blanch, 2003.
- Gómez Colomer, Juan Luis, *El sistema de enjuiciamiento criminal propio de un Estado de Derecho*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2008.
- Hassemer, Winfried, *Fundamentos de derecho penal*, México, Editorial INACIPE-Bosch, 2018.
- Horvitz Lennon, María Inés, *Derecho procesal penal chileno*, t. I, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2003.
- Llambias, Jorge, *Código civil anotado*, Argentina, Abeledo Perrot, 1998.
- López Barja de Quiroga, Jacobo, *Tratado de derecho procesal penal*, Navarra, España, Editorial Thomson Aranzadi, 2004.
- Mejía Escobar, Carlos Eduardo, *El rol de jueces y magistrados en el sistema penal acusatorio colombiano*, Colombia, USAID y Consejo Superior de la Judicatura, 2005.
- Mir Puig, Santiago, “Constitución, derecho penal y globalización”, en *Nuevas tendencias en política criminal—Una auditoría al Código Penal español de 1995*, Argentina, Editorial B de F, 2006.

- Morales Brand, José Luis Eloy, “Juicio oral penal. Práctica y técnicas de litigación”, México, Editorial Troispublient, 2018.
- Morales Brand, José Luis Eloy, *La declaración del imputado*, México, Universidad Autónoma de Aguascalientes, 2006.
- Morales Brand, José Luis Eloy, “Proceso acusatorio, tutela de derechos y medios de comunicación”, *Revista Perfiles de las Ciencias Sociales*, vol. 8, núm. 16, enero-junio de 2021, México, UJAT.
- Nino, Carlos Santiago, *Fundamentos de derecho constitucional*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2017.
- Pastrana Berdejo, Juan David y Benavente Chorres, Hesbert, *Implementación del proceso penal acusatorio adversarial en Latinoamérica*, México, Flores Editor y Distribuidor, 2009.
- Roxin, Claus, *Derecho procesal penal*, México, Ediciones Didot, 2019.
- Schneider, Hans Joachim, *La criminalidad en los medios de comunicación de masas*, Dykinson, España, Cuadernos de Política Criminal, 1989.
- Sentencias 53/1985, 96/1987, 145/1988 y 187/1999 del Tribunal Constitucional Español (TCE).
- Slokar, Alejandro, *Publicidad de juicio y libertad informativa*, Argentina, Jurisprudencia Argentina, 1994.
- VV. AA., *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada*, 15a. ed., México, Editorial Porrúa, 2000.
- Zamora Pierce, Jesús, *Garantías y proceso penal*, México, Editorial Porrúa, 2003.
- Zavala de González, Matilde, *El derecho a la intimidad*, Argentina, Abeledo Perrot, 1982.



# CONSECUENCIAS JURÍDICAS ANTE LA FALTA DE REGULACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO EN EL ÁMBITO LOCAL

*Miguel Ángel Veloz Romo\**

## Introducción

Hablar de una posible responsabilidad del Estado siempre es una temática que genera controversia, pues en la creencia popular se sigue considerando que, al tratarse de un ente con carácter de autoridad, no existe una protección a favor de los particulares, y en caso de que se regule algún tipo de derecho a su favor, no es posible que se le pueda ganar en el procedimiento respectivo.

A través del análisis de la concepción que se ha tenido del Estado como ente público, o de los efectos que se generan en la sociedad con su actuación, es que se ha considerado la posibilidad o no, de una regulación que permita responsabilizarlo por

---

\* Profesor-investigador de la Universidad Autónoma de Aguascalientes. Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Nayarit. Candidato dentro del Sistema Nacional de Investigadores. Correo: [angel.veloz@edu.uaa.mx](mailto:angel.veloz@edu.uaa.mx); <https://orcid.org/0000-0001-8369-0032>

sus actos;<sup>1</sup> durante mucho tiempo se consideró que no era posible responsabilizarlo, para pasar a reconocer una responsabilidad pero de manera subsidiaria a la del funcionario que directamente realizó la conducta, cuando no contara con recursos para cubrir los daños, para finalmente reconocerse que debe de responder de manera directa por cualquier afectación patrimonial que se cause mediante la prestación de los servicios públicos.

En el año 2002, se generó en México una reforma constitucional mediante la cual se introdujo la figura de la responsabilidad patrimonial del Estado, y se reconoció el derecho de los particulares para reclamar el pago de los daños que se les causen en su patrimonio por la realización de una función pública de carácter administrativo, que vaya en contra de una norma; este derecho se puede hacer valer de manera directa hacia el Estado, y si la necesidad de demostrar culpa en la conducta realizada, dejando de lado las características de la responsabilidad de carácter civil que hasta ese entonces era la única reconocida.

Esta reforma constitucional sólo sentó las bases para un desarrollo posterior de la figura, estableciendo un deber constitucional a cargo de los órganos legislativos tanto en el ámbito federal como el local, para crear o modificar la normativa necesaria, a fin de hacer efectiva esta nueva garantía de integridad patrimonial.

A más de 20 años de la reforma constitucional que introdujo la figura de la responsabilidad patrimonial del Estado en México, siguen existiendo problemáticas jurídicas no sólo en cuanto a la forma de hacer operativo el derecho de los particulares a una indemnización en caso de afectaciones por un actuar irregular de la autoridad, sino también, por la falta de normas

---

1 Existen teorías que analizan la naturaleza del Estado y fundamentan su responsabilidad al considerar aspectos como la actuación del funcionario como su representante o como un órgano que forma parte de él; otras que consideran la desigualdad que puede generarse entre los gobernados con la actuación del Estado pues en ocasiones, aunque la mayoría se beneficia, alguno puede salir perjudicado. Para mayor abundamiento del tema véase Veloz Romo, Miguel Ángel, *Responsabilidad patrimonial del Estado por actos legislativos*, Ciudad de México, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 33-49.

reglamentarias de ese derecho en algunas entidades federativas, lo que ha traído consigo criterios que imposibilitan el ejercicio de un derecho reconocido constitucionalmente, violando con ello un mandato expreso del constituyente permanente.

## **Reforma constitucional de 2002 al artículo 113,<sup>2</sup> y la incorporación de la responsabilidad patrimonial del Estado**

La evolución de la responsabilidad del Estado en cuanto a su reglamentación, podría dividirse en tres momentos: el primero de ellos caracterizado por una irresponsabilidad total en base a la consideración de que el Estado es un ente soberano incapaz de equivocarse; el segundo considera al Estado como sujeto de responsabilidad por la falla (realización indebida) o falta (no realización) de servicio en base resoluciones emitidas en Francia y, finalmente, un tercer momento en se reconoce al Estado como responsable por su actuación a través de funcionarios.<sup>3</sup>

En el caso de México, durante mucho tiempo se contempló en el Código Civil Federal y en los Códigos Civiles de las entidades federativas, la posibilidad de demandar al Estado el pago de un daño causado por un funcionario público, con base en una responsabilidad extracontractual por hecho ilícito; sin embargo, la obtención de un resultado favorable en un juicio

---

2 Mediante decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de combate a la corrupción, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 27 de mayo de 2015, se decidió reubicar la regulación de la responsabilidad patrimonial del Estado, por lo que en la actualidad se encuentra en último párrafo del artículo 109 constitucional; sin embargo, no se realizó modificación alguna a su redacción, por lo que se conserva el texto original.

3 Jiménez, William Guillermo, “Origen y evolución de las Teorías sobre la Responsabilidad Estatal”, *Diálogos de saberes, Investigaciones en Derecho y Ciencias Sociales*, Colombia, núm. 38, enero-junio de 2013, pp. 63-78. Recuperado de <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/dialogos/article/view/1832>

se volvió casi imposible, ya que era necesario identificar a la persona que realizó la conducta, circunstancia que no en todos los casos era posible, además, de que el Estado sólo era responsable de manera subsidiaria cuando el funcionario que directamente realizó la conducta no contaba con bienes, o estos eran insuficientes para cubrir el daño.

Por ello, ante la necesidad de proteger de una manera real a los particulares cuando fueran afectados en su patrimonio por la prestación de los servicios públicos, en el año 2002 se presentaron ante la Cámara de Diputados dos iniciativas de reforma constitucional: una propuesta por el Partido Revolucionario Institucional, y la otra formulada por el Partido Acción Nacional, ambas buscando crear una garantía individual que protegiera la integridad patrimonial de los gobernados.

La iniciativa de Partido Revolucionario Institucional buscaba establecer una nueva garantía que protegiera la integridad y salvaguarda patrimonial con relación a la actividad estatal, y la obligación del Estado de reparar las lesiones antijurídicas que con su actuar generara; por su parte, el Partido Acción Nacional proponía una responsabilidad amplia que contemplara actividades lícitas e ilícitas, regulares o irregulares, y que fuera directa en todos los casos, estableciendo como garantía individual el derecho de los particulares a la reparación de los daños y perjuicios.<sup>4</sup>

El dictamen que se generó por las Comisiones Unidas de Gobernación y Puntos Constitucionales, varió en la intención original, pero aun así fue aprobado tanto por la Cámara de Diputados como por la de Senadores, y al obtenerse la aprobación de dieciocho de las legislaturas de los estados, la Comisión Permanente del Congreso de la Unión aprobó el 15 de mayo del 2002 el decreto respectivo, el cual fue publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 14 de junio de 2002.<sup>5</sup>

---

4 Cid Caballero, Monserrat, *La responsabilidad patrimonial del Estado en México. Análisis legal y jurisprudencial*, México, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 19-20.

5 *Cfr.* [https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM\\_ref\\_152\\_14jun02\\_ima.pdf](https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_152_14jun02_ima.pdf).

A través de la reforma constitucional se incluyó dentro del sistema jurídico mexicano, la figura de la responsabilidad patrimonial del Estado, la cual establece un doble aspecto: por un lado, se genera una garantía de protección patrimonial a favor de los gobernados que se ven afectados en su patrimonio mediante la prestación de un servicio público y, por otro, se establece el deber del Estado de responder por los daños que cause con su actuar.

Además, se estableció el deber a cargo de la Federación, de las entidades federativas y de los municipios, de expedir leyes o modificar las existentes a fin de hacer efectiva la figura de la responsabilidad del Estado, fijando para ello las siguientes bases: 1) sólo procede la responsabilidad patrimonial si se trata de actos materialmente administrativos realizados por cualquier ente público; 2) el acto debe tener un carácter irregular por ser contrario a una norma; 3) la responsabilidad es objetiva, ya que no se requiere demostrar la culpa del funcionario, y directa, ya que el Estado responde por la actuación del funcionario desde el inicio; 4) se reconoce el derecho a una indemnización, a cual sólo procederá previo procedimiento que demuestre que se tiene derecho a ella, y en base a la capacidad presupuestal del ente público de donde deriva la conducta.

Con ello, se generó el deber de los órganos legislativos federales y estatales, de generar la normativa necesaria a fin de hacer operativo el derecho reconocido constitucionalmente a los particulares, y con ello, desaparecer la responsabilidad estatal del ámbito civil.

## Regulación de responsabilidad patrimonial del Estado en las entidades federativas

El deber constitucional a cargo de la Federación, de las entidades federativas y de los municipios para generar la normativa necesaria a fin de hacer operativa la figura de la responsabilidad patrimonial del Estado, venció el día 1 de enero del 2004, ya que, de conformidad con el propio decreto, este entraría en vigor el día 1 de enero del segundo año siguiente a su publicación en el *Diario Oficial de la Federación*, publicación que fue llevada a cabo el 14 de junio del 2002.<sup>6</sup>

Sólo los órganos legislativos de Colima, Jalisco y Veracruz dieron cumplimiento dentro del plazo señalado, al deber constitucional de adecuar su orden interno, creando las respectivas leyes de responsabilidad patrimonial de sus estados, las cuales entraron en vigor, en el caso de Colima, el 23 de julio del 2002, y en el caso de Jalisco y Veracruz, el 1 de enero del 2004.

A nivel federal, fue creada la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado, la cual fue publicada el 31 de diciembre del 2004 en el *Diario Oficial de la Federación*, para entrar en vigor el 1 de enero del 2005, misma que sirvió de base para el desarrollo posterior de las leyes respectivas en las entidades federativas y hasta hoy, esta legislación sólo ha tenido tres reformas.<sup>7</sup>

---

6 *Tesis: 2a. XXXIII/2007, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, novena época, t. xxv, mayo de 2007, p. 1188.*

7 Mediante decreto publicado el 30 de abril de 2009 en el *Diario Oficial de la Federación*, se modificó y adicionó el artículo 2º a fin de establecer que la ley servirá para cumplimentar recomendaciones relativas a pago de indemnizaciones emitidas por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos aceptadas por el Estado mexicano, y que la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y sus servidores públicos no son sujetos de responsabilidad patrimonial por sus opiniones y recomendaciones; mediante decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 12 de junio de 2009, se reformaron los artículos 18, primer párrafo; 19; 23; 24 y 25, segundo párrafo, a fin de establecer que la reclamación por una responsabilidad patrimonial del Estado se deberá presentar ante la dependencia, entidad u órgano autónomo que se considere responsable, con base en la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, y en caso de no proceder la reclamación, se tendrá que

A pesar de ser un deber constitucional, la mayoría de las entidades federativas no cumplieron dentro del término otorgado por el constituyente permanente, e inclusive al día de hoy, existen algunos estados que no han generado la normativa necesaria para hacer efectivo el derecho a una indemnización en caso de afectaciones patrimoniales en la prestación de servicios públicos.

En el cuadro 1 se observa la fecha en que se publicaron en los respectivos periódicos o boletines oficiales, las leyes estatales en materia de responsabilidad patrimonial del Estado, así como el momento en que, de conformidad con los artículos transitorios respectivos, entraron en vigor.

Cuadro 1. Fecha de publicación y entrada en vigor de las leyes en materia de responsabilidad patrimonial del Estado en las entidades federativas.

<i>Entidad federativa</i>	<i>Publicación</i>	<i>Entrada en vigor</i>
Aguascalientes	10 de mayo del 2010	1 de enero del 2011
Baja California	5 de octubre del 2007	1 de enero del 2011
Baja California Sur	20 de marzo del 2005	1 de enero del 2006
Campeche	No cuenta con ley	
Chiapas	No cuenta con ley	
Chihuahua	5 de enero del 2013	1 de enero del 2013
Ciudad de México (antes D. F.)	21 de octubre del 2008	1 de enero del 2009
Coahuila	1 de marzo del 2019	1 de mayo del 2019
Colima	22 de junio del 2002	23 de junio del 2002
Durango	5 de diciembre del 2013	1 de enero del 2014

acudir en la vía jurisdiccional ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa teniendo como supletoria la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo; mediante decreto publicado el 20 de mayo de 2021 en el *Diario Oficial de la Federación*, se modificó el artículo 2º a fin de suprimir dentro de los entes públicos sujetos a la ley, a la Procuraduría General de la República. Consultado [en línea] en <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/lfrpe.htm>

<i>Entidad federativa</i>	<i>Publicación</i>	<i>Entrada en vigor</i>
Estado de México	30 de mayo del 2017	30 de agosto del 2017
Guanajuato	7 de enero del 2005	8 de abril del 2005
Guerrero	No cuenta con ley	
Hidalgo	28 de julio del 2022	29 de julio del 2022
Jalisco	11 de septiembre del 2003	1 de enero del 2004
Michoacán	1 de septiembre del 2017	2 de septiembre del 2017
Morelos	14 de diciembre del 2011	1 de enero del 2012
Nayarit	24 de mayo del 2006	1 de enero del 2007
Nuevo León	3 de mayo del 2013	2 de agosto del 2013
Oaxaca	26 de junio del 2018	27 de junio del 2018
Puebla	No cuenta con ley	
Querétaro	3 de agosto del 2009	4 de agosto del 2009
Quintana Roo	21 de febrero 2020	21 de febrero 2021
San Luis Potosí	23 de diciembre del 2004	24 de diciembre del 2004
Sinaloa	No cuenta con ley	
Sonora	2 de junio del 2022	3 de junio del 2022
Tabasco	No cuenta con ley	
Tamaulipas	11 de enero del 2005	11 de febrero del 2005
Tlaxcala	19 de diciembre del 2016	1 de enero del 2017
Veracruz	31 de diciembre del 2003	1 de enero del 2004
Yucatán	No cuenta con ley	
Zacatecas	No cuenta con ley	

Fuente: elaboración propia con datos derivados de la consulta de la página electrónica de las legislaturas de las entidades federativas al mes de julio del 2022.

Ante la falta de regulación de la responsabilidad patrimonial del Estado por las legislaturas de las entidades federativas dentro del término constitucional otorgado, los particulares que resultaron afectados en su matrimonio por la actuación de una autoridad estatal o municipal, buscaron utilizar mecanismos

que les permitieran hacer válido el derecho a la indemnización, que, si bien ya se encontraba reconocido constitucionalmente, no era posible materializarlo por no estar reglamentado.

Para ello y al tratarse de la violación a un mandato expreso derivado de una reforma llevada a cabo por el constituyente permanente, tramitaron juicios de amparo como mecanismo de control constitucional, a fin de poder lograr hacer efectivo su derecho a una indemnización en términos del último párrafo del artículo 109 constitucional, lo que generó diversos criterios por parte de los tribunales federales, que han establecido las consecuencias jurídicas ante la falta de normativa estatal, y la forma de obtener una indemnización en caso de afectación por parte de un funcionario estatal o municipal, tal como se analizará en el apartado siguiente.

## **Criterios jurisprudenciales ante la carencia de regulación local de la responsabilidad patrimonial del Estado**

Ante la carencia de una norma que reglamentara a nivel local el derecho a una indemnización por responsabilidad del Estado, las demandas de juicio de amparo promovidas tuvieron como argumento base la existencia de una inconstitucionalidad por omisión legislativa, la cual se presenta cuando no se emiten normas secundarias que tienen como fin desarrollar una norma constitucional para lograr su eficacia, o adecuar la legislación secundaria a lo establecido en la norma constitucional.<sup>8</sup>

Los primeros juicios de amparo se declararon improcedentes, pues su tramitación se realizó en base a la Ley de Amparo anterior a la reforma constitucional de 2011 en materia de derechos humanos, la cual en su artículo 80 contemplaba como efecto de la sentencia que concedía el amparo, obligar

---

8 Rangel Hernández, Laura, *Inconstitucionalidad por omisión legislativa. Teoría general y su control jurisdiccional en México*, México, Porrúa, 2009, p. 38.

a la autoridad responsable a respetar la garantía y a cumplir lo que fuese necesario para lograrlo; con base en ello, se consideró que de ser procedente el juicio, el órgano legislativo tendría que emitir la norma, generando un efecto general en la sentencia que iba en contra del principio de relatividad tan característico del juicio de amparo.

El reconocimiento del juicio de amparo como un mecanismo de control de las omisiones legislativas, lo realizó la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación dentro del amparo en revisión 1359/2015 promovido por Campaña Global por la Libertad de Expresión A19, Asociación Civil,<sup>9</sup> cambiando el criterio anterior que establecía su improcedencia por afectación del principio de relatividad de las sentencias, en base a tres argumentos principales: 1) el que se contemple tanto en la Constitución como en la nueva Ley de Amparo de la procedencia contra omisiones de autoridades; 2) la ampliación de espectro de protección del juicio de amparo al considerarse a partir de la reforma en materia de derechos humanos a los derechos de naturaleza colectiva y difusa, que permiten que la sentencia repercute con relación a terceros; 3) los tribunales de amparo pueden obligar a legislar, pues la facultad deja de ser discrecional cuando la Constitución establece ese deber, y se convierte en una competencia de ejercicio obligatorio.<sup>10</sup>

En la actualidad, ante la negativa de expedición o adecuación de las normas estatales para reglamentar la figura de la responsabilidad patrimonial del Estado, la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha dejado claro que sí se

---

9 El juicio de amparo se tramitó por la omisión del Poder Legislativo de emitir la ley reglamentaria del octavo párrafo del artículo 134 de la Constitución mexicana, en base a lo que establecía el artículo tercero transitorio del Decreto que reforma la Constitución en materia política-electoral, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de febrero de 2014. Puede consultarse la resolución del amparo en revisión [en línea], en [https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/listas/documento\\_dos/2017-10/AR-1359-2015-171025.pdf](https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/listas/documento_dos/2017-10/AR-1359-2015-171025.pdf)

10 Veloz Romo, Miguel Ángel. *Responsabilidad del Estado por actos legislativos*, Ciudad de México, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 258-261.

presenta la figura de la omisión legislativa, ya que existe un mandato del constituyente permanente de expedir las normas locales e incluir partidas presupuestales para el pago de indemnizaciones, el cual debió y debe ser acatado por todas las legislaturas estatales, independientemente de existir una dificultad presupuestaria, ya que la Constitución no obra con permiso de las leyes, sino que las leyes obran con permiso de la Constitución.<sup>11</sup>

La problemática que se ha presentado y se seguirá presentando hasta en tanto todas las legislaturas de las entidades federativas regulen la responsabilidad patrimonial del Estado en términos de lo ordenado por el constituyente permanente, es de qué manera los particulares podrían hacer válido ese derecho, que si bien es cierto ya se encuentra reconocido en la Constitución, está pendiente de una reglamentación que lo permita hacer operativo.

En la práctica, se han tramitado juicios de amparo mediante los cuales se establecen criterios que permiten ver la postura de los tribunales federales para dar solución a esta problemática, pues los particulares se ven afectados en su patrimonio por actuaciones irregulares de las autoridades estatales o municipales, y no cuentan con una norma que establezca la forma de hacer válido su derecho a una indemnización. Para los fines de este trabajo, se analizarán sólo algunos de esos criterios.

### *Posibilidad de aplicación de otra norma*

Un primer aspecto a considerar, consiste en determinar si ante la falta de norma que regule el derecho a una indemnización por actividad irregular del estado o los municipios, es posible aplicar otra normativa, toda vez que el derecho como tal y las bases para hacerlo efectivo, ya se encuentran establecidas en la Constitución; para ello, es necesario diferenciar la ausencia por

---

11 *Tesis: 2a. XVII/2020 (10a.)*, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, t. 1, octubre de 2020, p. 1056.

completo de normativa relativa a la responsabilidad del Estado, de aquella que implique una regulación o adecuación parcial.

Un primer criterio establecido por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el Amparo Directo 50/2005, determinó que debe de tomarse en cuenta la norma vigente al momento en que se presenta la demanda, y, ante la ausencia de una norma que reglamente la responsabilidad patrimonial, la norma aplicable lo es el Código Civil a través de la figura de la responsabilidad civil, con las características que esta presenta de necesidad de acreditar la culpa y la circunstancia de que el Estado sólo responde de manera subsidiaria.<sup>12</sup>

Con posterioridad se planteó la posibilidad de aplicación de la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado para actividades irregulares de órganos estatales o municipales; sin embargo, se dejó claro que el artículo 113 constitucional determinó un ámbito competencial para regular la figura de la responsabilidad del Estado, al establecer en su artículo transitorio la facultad de ejercicio obligatorio para cada uno de los órdenes jurídicos, de adecuar sus ordenamientos en tal sentido; por ello, el derecho que pueden hacer valor los particulares puede derivar de una actividad administrativa irregular de un órgano de cualquier nivel de gobierno, y por lo mismo, el trámite para reclamar la indemnización de los daños que se causen se deberá realizar en base a las normas del nivel al que pertenece el órgano respectivo.<sup>13</sup>

A partir de la reforma en materia de derechos humanos llevada a cabo en 2011, se generó una nueva forma de ver la aplicación del derecho, asumiendo las autoridades un papel más participativo en el desempeño de sus funciones; un ejemplo de ello lo fue el Primer Tribunal Colegiado de Circuito del Centro

---

12 Pinkus Aguilar, María Fernanda *et al.* (coords.), *Cuadernos de Jurisprudencia núm. 3. Responsabilidad patrimonial del Estado*, Ciudad de México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Centro de Estudios Constitucionales, 2021, pp. 180-181.

13 *Tesis: 1a. LIII/2009, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, novena época*, t. XXXIX, abril de 2009, p. 593.

Auxiliar de la Octava Región, que consideró que existe el deber de las autoridades de buscar los medios necesarios para que los particulares pueda hacer válidos sus derechos fundamentales, entre ellos, el derecho a una indemnización en caso de una actividad administrativa irregular; por lo tanto, si en el estado de Chiapas no se ha expedido la normativa respectiva o adecuado las normas existentes para hacerlo válido, ello no debe ser impedimento para que los gobernados puedan ejercitar la acción constitucional en contra de un ente público de dicha entidad federativa, lo que se podría hacer a través de la Ley Federal, por ser la norma más afín.<sup>14</sup>

Con base en los criterios señalados, los particulares afectados por una actividad administrativa irregular de alguna autoridad estatal o municipal de las entidades federativas que aún no emiten las normas en materia de responsabilidad patrimonial, podrían hacer válido su derecho a través de la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado, la cual deberá ajustarse en lo que sea necesario, a la situación particular de la entidad federativa correspondiente.

Finalmente, con relación a una regulación o adecuación parcial de las normas locales relativas a la responsabilidad del Estado, se presentó el caso del estado de Quintana Roo, cuyo Código de Justicia Administrativa establece en la fracción XVI del artículo 187, que el Tribunal Administrativo es competente para

para resolver procedimientos jurisdiccionales en materia de responsabilidad patrimonial del Estado, fijar montos de indemnización, y en su caso, preverá la repetición en contra de los servidores públicos respectivos que afecten el patrimonio de los entes públicos estatales o municipales, en base a la ley de la materia; sin embargo, al día de hoy no ha sido expedida la ley de la materia.

---

14 *Tesis: XXVII.1a.(VIII Región) 12 A (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro xxv, t. 3, octubre de 2013, p. 1804.

Para resolver dicha controversia y ante criterios encontrados entre tribunales federales, mediante una contradicción de tesis sustentadas por los Tribunales Colegiados Primero y Tercero, ambos del Vigésimo Séptimo Circuito, se determinó que ante la omisión del legislador de emitir la normatividad en materia de responsabilidad patrimonial, es posible seguir un procedimiento legal para atender esa materia, mediante la interpretación de diversos artículos del Código de Justicia Administrativa del Estado, pues no se puede postergar el derecho de los particulares a una indemnización por actividad administrativa irregular, ni que quede sujeto a la condición suspensiva de emisión de la ley respectiva.<sup>15</sup>

Conforme al criterio señalado, aun y cuando no exista una ley local especial en materia de responsabilidad patrimonial, si en otro ordenamiento se regula el procedimiento con todas sus etapas para hacer válido el derecho a la indemnización, se podrá presentar la demanda respectiva pues la cuestión de fondo tiene sus bases en la Constitución.

### *Aplicación retroactiva de la norma estatal al momento de su creación*

Un segundo aspecto a considerar, consiste en determinar si es posible que, al emitirse la norma estatal en materia de responsabilidad patrimonial del Estado, pudiera aplicarse a hechos ocurridos con anterioridad a su existencia, con base en el derecho reconocido en la Constitución.

La actividad administrativa irregular del Estado puede generarse por una acción u omisión, y atendiendo a su naturaleza, podría generar afectaciones instantáneas o que se prolonguen en el tiempo; para el caso de afectaciones que trasciendan en el tiempo por actividades realizadas cuando aún no existía una norma local que regulara la figura, sí sería posible que se

---

15 *Tesis: PC.XXVII.J/20.A (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 71, t. III, octubre de 2019, p. 3120.

aplicara la norma al momento de crearse, aunque se tratara de un hecho ocurrido con anterioridad a su entrada en vigor.<sup>16</sup>

El criterio anterior se podría aplicar en favor de aquellos particulares que reciben una afectación patrimonial por la actividad irregular de alguna autoridad estatal o municipal de las entidades federativas que aún no emiten las normas en materia de responsabilidad patrimonial, cuando la afectación es continua; sin embargo, ¿qué pasa para aquellos casos en que la afectación es instantánea?

El Noveno Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, al hacer un análisis de la posibilidad de aplicación del plazo de prescripción previsto en el artículo 25 de la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado para reclamar la indemnización, determinó que no es posible aplicarse a lesiones ocurridas con anterioridad a la entrada en vigor de la ley por dos razones fundamentales: 1) al tratarse de la Constitución, no se puede hablar de derechos adquiridos, por lo que sus reformas pueden operar sobre hechos o situaciones del pasado, sin afectar el principio de irretroactividad de la ley; 2) al incorporarse la responsabilidad patrimonial del Estado en la Constitución, se señalaron sus bases las cuales no consideraban un plazo de prescripción para hacer válido el derecho a una indemnización, por lo que la ley no podría afectar el derecho adquirido en la constitución, con relación a un hecho ocurrido antes de la entrada en vigor de la ley.<sup>17</sup>

De conformidad con el criterio mencionado, los particulares afectados por una actividad administrativa irregular de alguna autoridad estatal o municipal de las entidades federativas que aún no emiten las normas en materia de responsabilidad patrimonial, podrían hacer válido su derecho al momento en que sea creada la normativa respectiva, toda vez que si se

16 *Tesis: I.1o.A.48 A (10a.)*, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, t. III, febrero de 2014, p. 2283.

17 *Tesis: I.9o.A.69 A (10a.)*, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, t. II, marzo de 2016, p. 1779.

estableciera un plazo de prescripción para reclamar una indemnización, no resultaría aplicable a los hechos ocurridos con anterioridad a la entrada en vigor de la norma.

## Conclusiones

La reforma del año 2002 en México, mediante la cual se incorporó la responsabilidad patrimonial del Estado al artículo 113 constitucional, reconoció un derecho de los particulares a recibir una indemnización en caso de una afectación patrimonial por un actuar administrativo irregular de los funcionarios públicos, en donde la obligación tiene el carácter de objetiva por no requerir de la acreditación de la culpa en su actuar, y directa, al permitir que se pueda demandar al Estado sin necesidad de demandar primero al funcionario involucrado.

A través de la reforma, el constituyente permanente sólo sentó las bases para que los órganos legislativos federales y estatales crearan la normativa que consideraran más adecuada a fin de hacer operativo ese derecho, estableciendo un plazo para la creación o adecuación respectiva, mismo que concluyó el 1 de enero del 2004.

A pesar de lo anterior, sólo se emitieron dentro del plazo constitucional las leyes de responsabilidad patrimonial de los estados de Colima, Jalisco y Veracruz, y al día de hoy, los estados de Campeche, Chiapas, Guerrero, Puebla, Sinaloa, Yucatán y Zacatecas, no cuentan con una normativa que dé cumplimiento a su deber constitucional, por lo que los particulares afectados han recurrido al juicio de amparo, a fin de que se proteja su derecho y se obligue al órgano legislativo a emitir la norma correspondiente.

De las resoluciones emitidas por los tribunales federales en los juicios de amparo promovidos ante la negativa de emisión de la norma que regule la responsabilidad del Estado, se ha reconocido la existencia de una omisión legislativa y se han emi-

tido criterios que permiten proteger el derecho a una indemnización reconocido constitucionalmente, siendo trascendentes los siguientes: 1) cuando no exista norma en la materia, se puede aplicar la ley federal; 2) si existe una regulación parcial al sólo regular el procedimiento, se puede tramitar el mismo, pues las bases del derecho se encuentran en la Constitución; 3) al emitirse la norma, esta puede aplicarse a hechos ocurridos con anterioridad a su existencia, sin que sea aplicable en su caso, un término de prescripción que contemple la ley.

Los criterios anteriores, no en todos los casos son obligatorios, por lo que pueden variar de un tribunal a otro; por ello es que se vuelve indispensable que los particulares tramiten juicios de amparo en aquellos casos en que no existe una reglamentación en la materia, a fin de que mediante la resolución respectiva se ordene la emisión de la norma y de esa forma se genere certeza jurídica en cuanto al procedimiento a través del cual se puede hacer válido su derecho a una indemnización reconocido constitucionalmente.

## Bibliografía

Cid Caballero, Monserrat, *La responsabilidad patrimonial del Estado en México. Análisis legal y jurisprudencial*, México, Tirant lo Blanch, 2014.

Decreto por el que se aprueba el diverso por el que se modifica la denominación del Título Cuarto y se adiciona un segundo párrafo al artículo 113 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. [en línea]. Recuperado de [https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM\\_ref\\_152\\_14jun02\\_ima.pdf](https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_152_14jun02_ima.pdf).

Jiménez, William Guillermo, “Origen y evolución de las Teorías sobre la Responsabilidad Estatal”, *Diálogos de Saberes, Investigaciones en Derecho y Ciencias Sociales*, Colombia, núm. 38, enero-junio de 2013, pp. 63-78, [en línea]. Recupe-

- rado de <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/dialogos/article/view/1832>.
- Noveno Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, *Tesis: I.9o.A.69 A (10a.)*, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, t. II, marzo de 2016, p. 1779.
- Pinkus Aguilar, María Fernanda *et al.* (coords), *Cuadernos de Jurisprudencia núm. 3. Responsabilidad patrimonial del Estado*, Ciudad de México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Centro de Estudios Constitucionales, 2021.
- Pleno del Vigésimo Séptimo Circuito, *Tesis: PC.XXVII. J/20 A (10a.)*, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 71, t. III, octubre de 2019, p. 3120.
- Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Amparo en revisión 1359/2015*, [en línea]. Recuperado de [https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/listas/documento\\_dos/2017-10/AR-1359-2015-171025.pdf](https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/listas/documento_dos/2017-10/AR-1359-2015-171025.pdf)
- Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Tesis: 1a. LIII/2009*, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, novena época*, t. XXIX, abril de 2009, p. 593.
- Primer Tribunal Colegiado en materia Administrativa del Primer Circuito, *Tesis: I.1o.A.48 A (10a.)*, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, t. III, febrero de 2014, p. 2283.
- Rangel Hernández, Laura, *Inconstitucionalidad por omisión legislativa. Teoría general y su control jurisdiccional en México*, México, Porrúa, 2009.
- Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Tesis: 2a. XXXIII/2007*, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, novena época*, t. xxv, mayo de 2007, p. 1188.
- Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Tesis: 2a. XVII/2020 (10a.)*, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, t. 1, octubre de 2020, p. 1056.
- Veloz Romo, Miguel Ángel, *Responsabilidad del Estado por actos legislativos*, Ciudad de México, Tirant lo Blanch, 2021.

# LA DISPUTA POR EL MAÍZ: ESQUIZOFRENIA LEGAL Y POLÍTICAS PÚBLICAS

*Oscar Arnulfo de la Torre de Lara*

## Introducción

**E**l 31 de diciembre de 2020, se publicó, en el *Diario Oficial de la Federación*, el decreto presidencial que establece las acciones que deberán realizar las dependencias de la administración pública federal, para sustituir gradualmente el uso de glifosato como sustancia activa de agroquímicos, así como el mandato de revocar los permisos existentes y la abstención de otorgar nuevos permisos para la liberación al ambiente de semillas de maíz genéticamente modificado (GM) en México, con base en el Plan Nacional de Desarrollo 2019-2024 y con fundamento en el principio de precaución procedente de la Cumbre de la Tierra de Río de Janeiro, contemplado en el Convenio sobre la Diversidad Biológica y el Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología, de los cuales México es parte. Lo anterior, “con el objetivo de alcanzar la autosuficiencia y la soberanía alimentaria, y establecer una producción agrícola sostenible y culturalmente

adecuada, mediante el uso de prácticas e insumos agroecológicos que resulten seguros para la salud humana, la diversidad biocultural del país y el ambiente, así como congruentes con las tradiciones agrícolas de México”.<sup>1</sup>

Con este decreto, el ejecutivo federal da un sustancial cambio de orientación en la política en materia de bioseguridad en México, después de 30 años en que la legislación y la política pública estaban orientadas a la plena apertura para al cultivo de organismos genéticamente modificados (OGM) y el uso sus paquetes tecnológicos. La compleja normatividad compuesta por la legislación nacional en materia de bioseguridad; producción, certificación y comercio de semillas; y de protección de los derechos de los obtentores de variedades vegetales, constituyen un complejo entramado jurídico construido al margen de las necesidades e intereses de los pueblos indígenas y campesinos y en su conjunto puede ser utilizado para el despojo de su patrimonio biocultural, así como para la fiscalización y criminalización de sus prácticas de saber ancestrales, como el libre intercambio de semillas, además del cúmulo de incertidumbres y riesgos que el uso este tipo de tecnologías conllevan para la salud, el medioambiente y la biodiversidad del maíz.

Con pequeñas diferencias nacionales, en las últimas tres décadas hemos presenciado, a nivel mundial, la legalización de formas restrictivas de privatización de las semillas (patentes y títulos de obtentor), el desmantelamiento de la investigación,

---

1 DECRETO por el que se establecen las acciones que deberán realizar las dependencias y entidades que integran la administración pública federal, en el ámbito de sus competencias, para sustituir gradualmente el uso, adquisición, distribución, promoción e importación de la sustancia química denominada glifosato y de los agroquímicos utilizados en nuestro país que lo contienen como ingrediente activo, por alternativas sostenibles y culturalmente adecuadas, que permitan mantener la producción y resulten seguras para la salud humana, la diversidad biocultural del país y el ambiente. *Diario Oficial de la Federación*, 31 de diciembre de 2020 [formato html]. Recuperado de [http://dof.gob.mx/nota\\_detalle.php?codigo=5609365&fecha=31%2F12%2F2020&fbclid=IwAR3E3CUhs4AYZKzs\\_NTMT9HFVqHK-Qd2N3S9fLDZ8MvOvyDZ1w86wm6u3rA](http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5609365&fecha=31%2F12%2F2020&fbclid=IwAR3E3CUhs4AYZKzs_NTMT9HFVqHK-Qd2N3S9fLDZ8MvOvyDZ1w86wm6u3rA).

producción y distribución pública de variedades vegetales y, concomitantemente, la privatización de la “certificación” de semillas; es decir, quién define qué semillas pueden estar en el mercado, descalificando los controles de calidad comunitarios locales.<sup>2</sup> En el caso de México, el entramado legal que permite esta aberración se ha venido construyendo a partir de las directrices marcadas por la Organización Mundial de Comercio (OMC) a través del Acuerdo sobre los Aspectos de los DPI relacionados con el Comercio (APDPC), la Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales (UPOV) y el Acuerdo General de Tarifas y Comercio (GATT), los cuales exigen la configuración de sistema de leyes uniformes sobre derechos de propiedad intelectual, sin tomar en cuenta las diferencias étnicas y culturales de los pueblos y comunidades indígenas y campesinas y sus formas de relacionarse con la naturaleza. Esta normativa internacional tiene su correlato a nivel nacional con la trascendental decisión de México de proteger, en 1991, a las variedades vegetales, primero como patentes y después como derechos de los obtentores de variedades vegetales, de conformidad con la Ley Federal de Variedades Vegetales (LFVV) de 1996, tomando en cuenta que se refiere al sector agrícola y el impacto económico y social de la misma es significativo.<sup>3</sup> Posteriormente es aprobada la Ley de Bioseguridad de Organismos Genéticamente Modificados (2005) que abre la puerta al cultivo de OGM en territorio nacional; y la Ley Federal de Producción, Certificación y Comercio de Semillas (2007) que privatiza la certificación y criminaliza prácticas campesinas milenarias como el libre intercambio de semillas. Asimismo, existe una constante presión –nacional e internacional– para reformar Ley

---

2 Véase Ribeiro, Silvia, “El asalto corporativo a la agricultura”, *Ciencias*, núm. 92, octubre de 2009, México.

3 Becerra, Manuel, “La ley mexicana de variedades vegetales” en *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*. [En línea], 2004. Recuperado de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/3/1328/8.pdf>. [Consulta: 18 de octubre de 2022.]

Federal de Variedades Vegetales (1996) para ubicar a México en el marco jurídico que del acta 1991 de la UPOV, con la finalidad de establecer un marco jurídico conveniente para las corporaciones de semillas, ante la eventual autorización para siembras comerciales de maíz transgénico y, en ese caso, al ocurrir las contaminaciones de maíces nativos y mejorados nacionales<sup>4</sup> con eventos, patentados o protegidos por derechos de obtentor, hacer valer sus derechos de propiedad intelectual y demandar pagos de regalías.<sup>5</sup>

---

4 Cuestión insoslayable a considerar para establecer una política de bioseguridad adecuada para México, es que el maíz es un planta de polinización abierta o fertilización cruzada, característica que ha permitido la portentosa diversidad maicera que existe en nuestro país. Es gracias a esta característica que durante siglos los campesinos han cruzado el maíz cultivado con parientes silvestres o malezas, orientando la evolución de nuevas variedades de maíz adaptadas a sus necesidades, preferencias y entornos locales. Las poblaciones de maíz en poder de los campesinos continúan evolucionando, elevando su rendimiento, su resistencia a factores adversos, ganando especialización para hábitats y usos especiales. Cada nuevo ciclo de maíz se realiza la selección autóctona en millones de parcelas, lo que no sucede con las muestras conservadas en los bancos de germoplasma (conservación *ex situ*), cuya condición es completamente estática. Esto significa que el proceso de diversificación sigue vivo, lo cual es muestra de la crucial importancia de una estrategia nacional para conservar la diversidad del maíz *in situ*, ya que no sólo es importante el germoplasma sino también la preservación de los ecosistemas con sus interacciones bióticas y abióticas y la gente –los pueblos– que les da sustento. Sin embargo, la polinización abierta no sólo implica ventajas, entraña también riesgos e incertidumbres ante la posibilidad legal –y de hecho– de la liberación maíz GM en México, al tratarse de una planta sumamente promiscua. Las distintas variedades nativas, híbridos mejorados industrialmente y transgénicos, pueden entrecruzarse de manera natural entre sí, y con sus parientes silvestres. Esto significa que las variedades transgénicas pueden, de manera natural, polinizar y ser polinizadas por las variedades nativas y los maíces silvestres o teocintles, aunque esto depende de distintas condiciones agroecológicas (viento, orografía, etc.). La liberación de maíz transgénico en campo mexicano entraña el grave peligro de que las variedades de maíz nativo se vean irremediablemente contaminadas en su centro de origen y diversificación constante, lo que conlleva un amplio espectro de incertidumbres y riesgos.

5 Espinosa-Calderón, Alejandro, Turrent-Fernández, Antonio *et al.*, “Ley de semillas y ley federal de variedades vegetales y transgénicos de maíz en México”, en *Revista Mexicana de Ciencias Agrícolas*, vol. 5, núm. 2, febrero-marzo de 2014, México, p. 293.

De este modo, México ha ratificado dos tipos de instrumentos jurídicos: unos que otorgan altos estándares de protección a la propiedad industrial sobre variedades vegetales, como, son el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, renegociado como Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá (TLCAN-T-MEC), el Acuerdo Amplio y Progresista de Asociación Transpacífico (TPP) y el ADPIC; y otros que tratan de atenuar los derechos de propiedad para proteger la biodiversidad, como el Convenio de Diversidad Biológica y su Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología, así como otros convenios y tratados provenientes del derecho internacional de los derechos humanos. De entre los primeros, el TLCAN y el ADPIC obligaron a México a implementar protección como mínimo del Acta del Convenio UPOV-1978, mientras que con el T-MEC y el TPP México se obligó en los próximos años a elevar los estándares de protección a la propiedad intelectual al Acta del Convenio UPOV-1991, mismo que contiene una regulación con una protección más fuerte de los derechos de los obtentores de variedades vegetales que en las versiones anteriores.<sup>6</sup>

Ahora bien, a pesar de los múltiples empeños legislativos en contra de la agricultura campesina en México, a la fecha persiste la suspensión definitiva que obliga al Poder Ejecutivo a suspender cualquier permiso para cultivar maíz transgénico en México, vigente desde el 17 de septiembre de 2013, mientras se desahoga la demanda colectiva por el derecho humano a la biodiversidad del maíz nativo. La demanda colectiva, interpuesta por 53 ciudadanos y 20 organizaciones campesinas y urbanas, busca que los tribunales federales declaren que la liberación o siembra de maíces transgénicos dañará el derecho humano a la diversidad biológica de los maíces nativos de las generaciones actuales y futuras, así como los derechos a la alimentación y a la salud. Asimismo, tiene como finalidad que se denieguen

---

6 Véase Arcudía Hernández, Carlos Ernesto y José Manuel Rufino Magaña, “El régimen jurídico y la concesión de los títulos de obtentor en México” en *Revista Iberoamericana de la Propiedad Intelectual*, núm. 16, 2022, pp. 7-58.

todos los permisos de liberación o siembra de OGM de maíz. La demanda ha logrado que desde 2013 a la fecha no se haya sembrado legalmente en territorio mexicano maíz GM. Los permisos precomerciales (experimentales y piloto) y comerciales se mantienen suspendidos por resolución judicial; además, desde 2016, si la agroindustria intenta sembrar maíces GM con fines de investigación científica tendría que someter su tecnología a informes judiciales y cuestionamientos de la sociedad.

No obstante, la normatividad que permite el cultivo de OGM, incluyendo maíz, sigue vigente, por lo que es de primordial importancia que las autoridades competentes (Secretarías de Medio Ambiente y Recursos Naturales, de Salud, y de Agricultura y Desarrollo Rural, así como el Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología) lleven a cabo las acciones que mandata el decreto presidencial para que, a más tardar en el primer semestre del año 2023, promuevan las reformas de los ordenamientos jurídicos aplicables para evitar el uso de glifosato como sustancia activa de agroquímicos y la siembra de maíz GM en México. Por lo anterior, en las siguientes líneas me referiré a la importancia de la protección y conservación *in situ* de los maíces nativos mexicanos frente a los riesgos e incertidumbres que implica la introducción al territorio nacional de maíces GM —y sus paquetes tecnológicos— para los pueblos indígenas y campesinos, en lo referente a aspectos socioeconómicos y socioculturales ligados a los derechos de propiedad intelectual y la ingeniería genética. En este sentido, es clara la conflictividad social que implica la pretensión de introducir estas tecnologías agrícolas para las comunidades campesinas nacionales, por lo que este fenómeno puede ser categorizado como un conflicto socioambiental.

## **Tecnociencias y conflictos socioambientales**

La locución “conflictos socioambientales” sirve para designar a una serie de problemáticas y pugnas que involucran a las so-

ciudades humanas y el medioambiente o el contexto natural en el que habitan o con el que tienen alguna relación económica o simbólica. Parte de una noción de iniquidad y una crítica al modelo de económico que castiga a ciertos grupos de la sociedad que están más expuestos a los riesgos y costos –sin obtener beneficios– de la globalización del modelo de desarrollo capitalista hegemónico, que en los últimos tres siglos, siguiendo la *ley general de la acumulación capitalista* ha revolucionado incesantemente la ciencia y la tecnología para aumentar la extracción de plusvalor mientras concentra y centraliza, como nunca antes, el capital. Esta ley es expresión de otra más profunda que opera en el plano de la producción: la ley del proceso de subsunción formal y real del proceso de trabajo bajo el capital, que busca alinear bajo la dictadura del capital el proceso de trabajo, el desarrollo de la técnica y la ciencia, y sostiene una guerra permanente contra los pueblos indígenas y campesinos para ampliar sus límites geográficos en un proceso de colonización permanente de nuevos territorios –materiales e inmateriales.<sup>7</sup>

Como explica Darcy Tetrault, “no es redundante incluir el prefijo socio en el término conflicto socioambiental, pues no puede haber un conflicto o un movimiento sin sujetos sociales”. Sin embargo, esta redundancia vale la pena porque enfatiza la dimensión social y política de los problemas ambientales, una dimensión con frecuencia soslayada por los optimistas tecnológicos, que creen que estos problemas se resuelven mediante una salida tecnológica, por lo general proporcionada por los líderes del sector privado con la colaboración del Estado. A diferencia de esta visión tecnocrática, es necesario superar los complejos e interrelacionados problemas de degradación ambiental, pobreza y desigualdad y colocar la dimensión social en el centro del aná-

---

7 Vease Barreda Marín, Andrés, “Anatomía de la decadencia de la relación capitalista entre la sociedad y la naturaleza”, en Barreda Marín, Andrés *et al.* (coords.), *Economía política de la devastación ambiental y conflictos socioambientales en México*, Itaca-FE-UNAM, México, 2019, pp. 23-141.

lisis y las soluciones.<sup>8</sup> Por lo anterior, me referiré a la conflictividad social provocada en torno a la intención, siempre renovada, del oligopolio agroindustrial para introducir semillas de maíz GM a territorio mexicano, y a la necesidad de hacer una crítica de la normatividad vigente con base a la cual se ha construido la política pública en materia de bioseguridad, de producción, certificación y comercio de semillas, así como de protección de los derechos de los obtentores de variedades vegetales.

El tratamiento de estas cuestiones se hará desde una crítica de la economía política de la innovación biotecnológica y los derechos de propiedad intelectual, ante la necesidad de una comprensión compleja de los aspectos sociales, económicos y tecnológicos, que permita reconocer las formas en que la ideología dominante retroactúa sobre la conformación de las relaciones de producción y consumo como resultado histórico del desarrollo capitalista, en su búsqueda de totalización como relación social y la conformación de una nueva realidad tecnológica y económica, como unidad de la producción, la circulación, la distribución y el consumo capitalistas, en contravención de las diversas formas de metabolismo social fruto de plurales maneras de coevolución con la naturaleza, como es el caso de los pueblos indígenas y campesinos en México con relación al maíz y el cúmulo de relaciones que esto implica.<sup>9</sup>

La revolución tecnocientífica ha desempeñado un papel clave en el proceso de totalización del orden social capitalista. Según explica Pablo González Casanova, el complejo militar-

---

8 Tetrault, Darcy *et al.*, "Introducción", en Tetrault, Darcy *et al.* (coords.), *Conflictos socioambientales y alternativas de la sociedad civil*, ITESO, Guadalajara, 2012, pp. 15-16.

9 El proceso de coevolución en el que participan maíz y ser humano se pone de manifiesto en las características de las distintas variedades y razas de maíz nativo que existen, no sólo en México, sino en el mundo entero. La variación de su forma, tamaño, color, así como su adaptación a distintos climas y suelos, son resultado de los procesos de selección natural y presiones selectivas del ser humano. Esto quiere decir que los rasgos fisiológicos y morfológicos del maíz mexicano no sólo están relacionados con la selección del medio, sino también con los intereses, necesidades y gustos del ser humano que han dejado huella en la evolución de la planta.

empresarial ha creado —con las tecnociencias— instrumentos de aplicación generalizada para el logro de los objetivos de seguridad, maximización de utilidades, ampliación del imperio y el dominio de los megacomplejos y megaorganizaciones capitalistas, así como de los países sede de los mismos.<sup>10</sup> Por lo anterior, es primordial desentrañar los “modos de dominación” y los “modos de mediación”, que permiten redefinir las articulaciones que recrean formaciones y modos de dominar, de producir, de reprimir, de mediar que de otra manera no ocurrirían.<sup>11</sup> La nueva revolución científica puso en el centro del pensar-hacer el problema de “la creación” humana en su capacidad de contextualizar y acotar las leyes, o en la de estructurar y reestructurar los contextos y los propios sistemas de dominación y apropiación para beneficio de las clases y complejos dominantes.<sup>12</sup> De modo que, dentro del contexto de la globalización hegemónica, del mismo modo que la ciencia y la técnica llevan la impronta del orden social que las produce, así también el canon de producción de formas jurídicas y políticas se encuentra subsumido en el modo de producción capitalista.<sup>13</sup>

En esta línea, interesa mostrar los instrumentos jurídicos ligados a la ingeniería genética que utiliza el capital para la culminación total de la subsunción real de la vida bajo el capital y sus consecuencias perjudiciales —ambientales, sanitarias, económicas, sociales, culturales— en relación con la conservación de la biodiversidad del maíz nativo *in situ*.

---

10 González Casanova, Pablo, *Las nuevas ciencias y las humanidades. De la academia a la política*, Antrophos-UNAM-IIS, Barcelona, 2004, pp. 210-211

11 *Ibidem*, p. 87.

12 *Idem*.

13 Este trabajo no pretende ser una diatriba en contra del saber científico y sus importantes aportes a la humanidad. Pretende ser un recordatorio de que la ciencia no es un fetiche con vida propia. La ciencia, quienes la hacen y las instituciones en que se desarrolla atienden a políticas públicas, financiamientos privados o públicos, criterios de rentabilidad o de solidaridad, e incluso enfoques “ideológicos”, por lo que la crítica va encaminada al saber tecno-científico subordinado a intereses privados ajenos a la reproducción de la vida digna de la humanidad.

## Esquizofrenia legal y política pública

Como recuerda Ramón Vera, “por lo menos desde 1992, las leyes en México se cocinan para servir de obstáculo concreto a los afanes de justicia de la población. Con este férreo control jurídico legal, quienes hacen leyes orillan a la gente a no tener cabida en la ley y, valga la obviedad, a quedar y a actuar fuera de la ley.”<sup>14</sup> Así se comprende la denuncia de Vandana Shiva, cuando dice que “el fenómeno de la biopiratería y la piratería intelectual por los intereses comerciales occidentales ha surgido como consecuencia de la devaluación y la invisibilidad de los sistemas de conocimiento indígena, y la falta de protección para estos sistemas”,<sup>15</sup> ya que la imposición de un orden normativo —a través de las políticas de la OMC y el FMI—, como el que rige el régimen de protección a la propiedad intelectual, tiene como consecuencia la descalificación e invisibilización de los sistemas normativos campesinos e indígenas, a favor de un paradigma estatalista, subordinado al capital global, de producción del derecho. Se trata, como se sostuvo desde el Tribunal Permanente de los Pueblos: Capítulo México, de un auténtico “desvío de poder”, esto es, el uso —por parte de los gobiernos, representantes políticos, autoridades y poderes fácticos— de las capacidades económicas, políticas, culturales y jurídico-institucionales del Estado, con el propósito de satisfacer o beneficiar intereses privados y particulares —locales o extranjeros— en contra o en detrimento del interés público y general de la población, y a costa de desatender las condiciones mínimas de reproducción y desarrollo de la vida social y de supeditar el ejercicio de los derechos individuales y colectivos de las personas a dinámicas económicas ajenas a sus intereses.

---

14 Vera Herrera, Ramón, “El maíz y su defensa más transparente”, *Ojarasca*. “Voces de un mundo en movimiento”, núm. 168, México, abril de 2011, p. 8.

15 Vandana Shiva. *Las nuevas guerras nuevas guerras de la globalización. Semillas, agua y formas de vida*, Madrid, Editorial Popular, 2007 p. 90.

El contexto legal en México respecto a la defensa del maíz nativo es abiertamente adverso, aun cuando el Estado mexicano ha firmado y ratificado tratados y convenios internacionales en los que se encuentran reconocidos derechos a los pueblos indígenas y campesinos, así como obligaciones generales (respetar, proteger, promover, garantizar) al Estado para salvaguardar bienes fundamentales, como lo son las semillas nativas y los conocimientos, costumbres y prácticas culturales de pueblos indígenas y campesinos asociados a la biodiversidad (Convenio 169 de la OIT, Convenio de Diversidad Biológica, Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas).<sup>16</sup>

Esta contradicción a la que hacemos referencia puede comprenderse, como explica Alejandro Medici, en virtud de que dentro del contexto de la globalización coexiste una pluralidad fuentes de ordenes normativos; es decir, se da una covigencia y copresencia de formas de derecho de geometría variable y con distintos objetivos, racionalidades, velocidades y niveles de eficacia, lo que significa que los sistemas universales

---

16 La reforma del artículo 1º constitucional de 2011 reconoce que toda persona “goza” de los derechos y de los mecanismos de garantía reconocidos tanto por la Constitución, así como por los tratados internacionales, abriendo el sistema jurídico mexicano de forma clara y contundente al derecho internacional de los derechos humanos. Asimismo, en el mismo artículo 1º constitucional se recoge la figura de la *interpretación conforme*, pues se señala que todas las normas relativas a derechos humanos, cualquiera que sea su rango jerárquico, deberán interpretarse a la luz de la propia Constitución y de los tratados internacionales. Esto implica la creación del llamado bloque de constitucionalidad (integrado no solamente por la Carta Magna, sino también por los tratados internacionales), a la luz del cual se debe interpretar el conjunto del ordenamiento jurídico mexicano. De modo que a partir de esta reforma constitucional se hace obligación del Estado mexicano (en todos sus niveles de gobierno, sin excepción) el promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos. De esta forma queda claro que todo derecho humano “reconocido” por la Constitución y los tratados internacionales genera obligaciones para las autoridades mexicanas, con independencia del nivel de gobierno que ocupen o de la modalidad administrativa bajo la que estén organizadas, y deberán cumplirse conforme a los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad de los derechos.

y regionales de protección de los derechos humanos coexisten con otras formas de jurisdicción, como la *nueva lex mercatoria* y el *nuevo derecho internacional público de la liberalización de los mercados globales*.<sup>17</sup> Sin embargo, en los hechos no existe punto de comparación entre el poder de los corporativos transnacionales en relación con la capacidad de las personas de a pie para defender sus derechos, aunque reconocidos por el derecho internacional de los derechos humanos. Esta asimetría de derechos y subjetividades se hace patente al analizar la diferencia de efectividad y en la capacidad de las instituciones económico financieras y comerciales internacionales de influenciar u obligar a los Estados. Como explica Tansey, diferentes intereses han propulsado las diversas negociaciones respecto a las reglas en torno a la propiedad intelectual, las cuales han conducido a la creación de nuevas instituciones globales, como la Organización Mundial del Comercio (OMC), que surgió de la Ronda Uruguay de nego-

---

17 *Lex mercatoria*: prácticas de las corporaciones transnacionales que establecen un derecho informal, consuetudinario a la vez que flexible para regir las relaciones con sus subcontratistas, con otras empresas transnacionales, e incluso entre sectores de su propio mercado intraempresario. Es una forma jurídica que adopta ese nombre por analogía el derecho construido en el pasaje de la Edad Media a la Edad Moderna por las prácticas comerciales de los mercaderes que trascendían la unidad económica de los feudos. La actual *lex mercatoria*, resulta funcional a los nuevos modelos de gestión y producción económica segmentados transnacionalmente y articulados en una red que trasciende las jurisdicciones estatales. Su objetivo es posibilitar una ingeniería jurídica financiera que maximice las ganancias y reduzca los costos transaccionales, sociales, ambientales y fiscales de la producción. De esta forma, la producción segmentaria se organiza teniendo en cuenta los costos de cada actividad, la posibilidad de externalización de los mismos, desplazando las actividades de acuerdo a esta lógica, y también la necesidad de flexibilidad e informalidad para las transacciones y eventuales litigios evitando el lento y oneroso ritualismo de las instancias jurisdiccionales de los estados nacionales. *Nuevo derecho internacional público de la liberalización de los mercados globales*: constituye una herramienta jurídica internacional encaminada a brindar estabilidad y seguridad a la movilidad del capital, a través de instituciones y formas jurídicas (tratados internacionales multilaterales), que obliguen a los Estados. Es decir, el uso de la forma jurídica y su capacidad de constreñir, para asegurar, consolidar y estabilizar la lógica de la globalización neoliberal. Medici, *El malestar en la cultura jurídica. Ensayos críticos sobre políticas del derecho y derechos humanos*, Universidad de la Plata, La Plata, 2011, pp. 183-184.

ciaciones comerciales, iniciadas en 1986 bajo el Acuerdo General de sobre Tarifas y Comercio (GATT), esto es, el sistema GATT/OMC, en relación con los avances y la efectividad en materia de protección internacional de los derechos humanos, en particular los derechos económicos, sociales y culturales.

Se trata de una estrategia de los países desarrollados llevada a los más importantes acuerdos-tratados internacionales sobre comercio internacional, con la finalidad de que las disposiciones sobre propiedad intelectual no sólo sean jurídicamente obligatorias sino que también cuenten con una maquinaria de solución de controversias y de sanción en caso de incumplimiento.<sup>18</sup> Bajo esta lógica corporativa y mercantilista, los ordenamientos jurídicos vigentes de los Estados nacionales se subordinan a las directrices marcadas por la OMC a través del APDIC, el UPOV y el GATT, los cuales exigen la configuración de sistema de leyes uniformes sobre patentes y derechos de propiedad intelectual. Cada Estado signatario debe hacer su legislación interna compatible con los mismos, sus mecanismos jurídicos tienen una gran fuerza operativa y acaban siendo cumplidos con mayor eficacia que las normas protectoras del medioambiente y de derechos humanos. De este modo, leyes, reglamentos, políticas públicas, programas gubernamentales, sentencias judiciales y megaproyectos —públicos o privados— operan el despojo. Su aplicación escinde maíz, tierra, agua, biodiversidad, cultura comunitaria, trabajo y saber campesino ancestral acumulado con la consecuente destrucción de los vínculos sociobioculturales de los pueblos que viven *con* la naturaleza —en un territorio—, a fin de facilitar la apropiación privada de todo aquello susceptible de generar ganancia, en un proceso actualizado de acumulación de capital.

En este sentido, el proceso de globalización hegemónica puede, en algunos de sus aspectos, interpretarse como la renovación de un amplio proceso de *acumulación primitiva* permanente.

---

18 Becerra, *op. cit.*, p. 8.

Combina estrictamente los métodos tradicionales de la acumulación originaria y la tentativa de transformación en mercancías de la totalidad del mundo de la vida y del pensamiento. Se trata de “una nueva dinámica de privatización, parasitaria, de lo común, que subsume del Norte al Sur de la economía mundo los saberes tradicionales como saberes nuevos de la economía del conocimiento, con independencia de que se trate de antiguos derechos colectivos sobre los espacios agrícolas o forestales o de los servicios colectivos del Estado del bienestar”.<sup>19</sup> Durante las últimas tres décadas, este proceso se viene imponiendo en México, no obstante la evidente importancia sociobiocultural del maíz para los pueblos indígenas y campesinos, además de su significativa y trascendental función para garantizar el derecho a la alimentación, nutritiva, de calidad y culturalmente adecuada de todos los mexicanos y su protección formal en el derecho internacional de los derechos humanos.

Es de este modo, mediante el uso del derecho —en su dimensión objetiva— que el proceso de globalización neoliberal se viene imponiendo, incorporando a su lógica todos los ámbitos de la vida humana, en un proceso cada vez más amplio de homogenización, donde lo “global” no responde a un interés humano universal, sino que representa un interés y una cultura particular, que ha adquirido el rango global a través de su capacidad de dominio y control”.<sup>20</sup> En términos jurídicos, se puede decir que la hegemonía del neoliberalismo y la fuerza estructural del capital, es capaz de activar diferencialmente porciones del dispositivo jurídico. Sólo así se comprende por qué pueden globalizarse y efectivizarse los derechos que son retóricamente compatibles con la acumulación de capital a escala mundial y

---

19 Vercellone, Carlo, “Las políticas de desarrollo en tiempos del capitalismo cognitivo”, en O. Blondeau *et al.*, *Capitalismo cognitivo, propiedad intelectual y creación colectiva*, Traficantes de Sueños, Madrid, 2004, p. 67.

20 Vandana Shiva en Sánchez Rubio y Solorzano Alfaro, “Nuevos colonialismos del capital. Propiedad intelectual, biodiversidad y derechos de los pueblos”, en *Pasos*, núm. 111, San José, 2004, p. 27.

que suponen marcos de previsibilidad y seguridad jurídica para la libertad de inversión y el derecho de propiedad privada. Es decir, se globalizan los “derechos” que no suponen regulaciones jurídicas a los corporativos transnacionales y mucho menos transferencias de poder a grupos históricamente subalternizados –como comunidades tradicionales, pueblos indígenas y campesinos– que interfieran con el supuesto “orden natural” del mercado globalizado. Por tanto, es en virtud a la hegemonía del neoliberalismo y su capacidad de imponer, no sólo una lógica de actuación, sino también regulaciones jurídicas al interior de los Estados nacionales, que se ven desactivados los derechos humanos de pueblos indígenas y campesinos, así como su garantía de efectivización.<sup>21</sup>

Ahora bien, el contexto político contemporáneo en México es sumamente complejo, producto de profundas contradicciones, no sólo entre el gobierno actual y la oposición política, sino también al interior mismo de la administración pública federal. Un ejemplo de esto es lo tocante a la protección y conservación de la biodiversidad del maíz nativo *in situ*. Según explica Mauricio Merino, las políticas públicas son aquellas normas, procedimientos, programas de acción y actores que se ven involucrados en una intervención deliberada del Estado para modificar el *statu quo* con el propósito de resolver un problema público determinado.<sup>22</sup> Detrás de esas decisiones no hay solamente una teoría del Estado o sobre el papel del mercado, sino una selección de valores que se respalda en aquellas teorías, y que produce, inevitablemente, una argumentación más o menos explícita sobre la orientación que debe adoptar una política, por lo que no sólo suponen una concepción previa sobre la relación entre el Estado y la sociedad, sino un sistema de valores asociado a la racionalidad de sus decisiones.<sup>23</sup>

21 Medici, *op. cit.*, p. 198.

22 Merino, Mauricio, “La importancia de la ética en el análisis de las políticas públicas”, en *Revista del CLAD Reforma y Democracia*, núm. 41, junio de 2008, Caracas, p. 11.

23 *Ibidem*, p. 13.

En este sentido, las políticas públicas implementadas las últimas tres décadas en México, en tanto mediaciones institucionales orientadas a modificar el *statu quo*, dan cuenta del carácter hegemónico del capitalismo al haber producido las condiciones jurídicas necesarias para abrir espacios antes vedados al capital privado para asegurar la dinámica de la acumulación por despojo con cobertura de seguridad y certezas jurídicas. Son precisamente estos valores explícitos –que buscan proteger una determinada visión de la realidad– cuya vigencia es definitiva para justificar la forma en que interviene el Estado para cambiar el *statu quo*. De modo que “una política pública no surge ni puede evolucionar de manera aislada, forma parte de su tiempo histórico, de su entorno institucional y de las redes sociales en las que se inscribe”.<sup>24</sup> Existen distintos ejemplos de política pública que consolidaron, reestructuraron y/o perfeccionaron los instrumentos para el despojo de la riqueza a nivel nacional, y la implementación de nuevas funciones (usos) del territorio, que sólo pueden avanzar pasando por encima de las poblaciones indígenas y campesinas del país, pues el Estado internacionalizado ha venido fomentando la comodificación e industrialización de la naturaleza a varias escalas, muchas de ellas con un gran impacto en el mundo rural (contrarreforma agraria de 1992, reforma energética de 2013, etc.).

En el caso que nos ocupa, la legislación y la política pública ha sido orientada, los últimos 30 años, a la apertura para el cultivo de transgénicos en territorio nacional; la criminalización de prácticas campesinas milenarias como el libre intercambio de semillas, además de la constante presión política –nacional e internacional– para ubicar a México en el marco jurídico que del acta 1991 del Convenio UPOV, con la finalidad de establecer un marco jurídico conveniente para las corporaciones de semillas.<sup>25</sup> No obstante, no es de soslayar la nueva orientación de la política pública en materia de bioseguridad en la actual adminis-

---

24 Merino, *op. cit.*, p. 13.

25 Espinosa y Turrent, *op. cit.*, p. 293.

tración federal con la publicación, el 31 de diciembre de 2020, del decreto presidencial que establece las acciones para sustituir gradualmente el uso de glifosato como sustancia activa de agroquímicos, así como la revocación y la abstención de otorgar nuevos permisos para la liberación al ambiente de semillas de maíz GM en México.

Lo anterior muestra cómo el Estado, en tanto relación social, supone un terreno de lucha estructurado de una manera determinada en el que compiten diferentes fuerzas sociales y políticas que promueven sus propios intereses, identidades y valores; “el objetivo de cada grupo es lograr que sus propios intereses particulares se conviertan en “interés general””.<sup>26</sup> En este sentido, el Estado condensa materialmente en sus estructuras y mediante políticas públicas las contradicciones presentes en la sociedad;<sup>27</sup> pues este y sus aparatos son un conjunto heterogéneo y una condensación material de relaciones de fuerza específicas, pues los “proyectos de Estado” no se desarrollan independientemente de proyectos hegemónicos dentro de la sociedad o de aquellos impuestos desde afuera. Esto último es de suma importancia, ya que las exigencias del mercado mundial están inscritas dentro de las estructuras del Estado y de las políticas públicas, además de que las estructuras políticas internacionales en materia de derechos humanos tienen, también, un carácter estatal. De modo que el orden jurídico vigente en México está constituido tanto por los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución federal y en los tratados y convenios de derechos humanos, celebrados y ratificados por el Estado mexicano (*bloque de constitucionalidad*), así como por los tratados y acuerdos comerciales, mediante los cuales, el mismo Estado mexicano acoge las exigencias del fundamentalismo de mercado.

---

26 Brand, Ulrich, “El papel del Estado y de las políticas públicas en los procesos de transformación” en Lang, Miriam y Dunia Mokrani (comps.), *Más allá del desarrollo. Grupo permanente de trabajo sobre alternativas al desarrollo*, Ediciones Abya Yala-Fundación Rosa Luxemburg, Quito, 2011, p. 149.

27 *Ibidem*, p. 152.

## Estructuras jurídicas del despojo

La jurista Aleida Hernández Cervantes acuñó la categoría *estructuras jurídicas del despojo*, para dar cuenta de las distintas normatividades producidas desde diferentes centros de producción jurídica —nacionales y transnacionales—, creadas para legalizar el despojo de bienes públicos, comunes y de los derechos de las personas, como forma de producción jurídica transnacional que prevalece en esta etapa del capitalismo global.<sup>28</sup> No obstante, señala que, siguiendo a Saskia Sassen, al hacer análisis del papel que ha tenido el Estado en la globalización, no hay que decantarnos por asumir una posición simplificadora en el sentido de que el Estado se ha visto afectado *externamente* por estos procesos económicos, ya que la nueva configuración global neoliberal se inscribe en la formación de un nuevo orden privado institucional vinculado con la economía global, cuyas características consisten en su capacidad para privatizar lo que antes era público y desnacionalizar lo que antes fueron instituciones, políticas y programas de interés público. “Se trata de un campo de poder amplio que rebasa al Estado-nación pero que lo reubica como un sujeto estratégico que materializa las dinámicas del *capital global* y los *mercados de capitales*.” De modo que “el Estado ha tenido una participación ‘ininterrumpida’, ya sea voluntaria o forzada en los procesos de globalización y ha participado de adaptar la sede nacional”.<sup>29</sup>

El modo de producción capitalista necesita de una normatividad generada al margen de los contextos de aplicación, que garanticen el flujo de la actividad mercantil de libre mer-

28 Hernández Cervantes, Aleida, “Estructuras jurídicas del despojo: trazando el perfil”, en Hernández Cervantes, Aleida y Mylai Burgos Matamoros (coords.), *La disputa por el derecho: la globalización hegemónica vs la defensa de los pueblos y los grupos sociales*, UNAM-CEIICH, México, 2018, pp. 83-84.

29 Hernández Cervantes, Aleida, “Estructuras jurídicas del despojo: Un caso de reforma estructural en México”, en Benente, Mauro y Marcos Navas Alvear (comps.), *Derecho, conflicto social y emancipación. Entre la depresión y la esperanza*, ILSA-CLACSO, Buenos Aires, 2019, p. 44.

cado, la producción industrial a gran escala y la comoditización de bienes comunes. Este es el sentido de las reformas estructurales neoliberales llevadas a cabo en México en las últimas décadas; un nuevo cuerpo de leyes que refleja la ideología, las características sociales y la estructura de clase que la sustentan, al mismo tiempo que la refuerzan y aseguran su reproducción, lo que repercute de manera directa en el acceso a los bienes materiales e inmateriales necesarios para la reproducción de la vida, y por tanto en las posibilidades de existencia digna de amplios sectores sociales.

La normatividad nacional compuesta por la legislación en materia de bioseguridad (LBOGM), producción, certificación y comercio de semillas (LFPCCS) y protección de los derechos de los obtentores de variedades vegetales (LFVV), constituye un complejo entramado jurídico encaminado a la desvalorización y despojo del patrimonio biocultural (biopiratería) de pueblos y comunidades indígenas y campesinas, así como a la fiscalización y criminalización de sus prácticas y saberes ancestrales, ya que esta normatividad forma parte de una amplia ofensiva encaminada a consolidar un modelo de agricultura industrial intensiva y capitalizada, dependiente de insumos y paquetes tecnológicos empresariales y semillas transgénicas. En este sentido, es importante enfatizar que el oligopolio agrobiotecnológico ha posado sus ojos sobre las semillas nativas y el conocimiento ligado a la biodiversidad de sus territorios, a donde encamina una nueva fase de *acumulación por despojo*,<sup>30</sup> mediante el uso del régimen jurídico de la protección de la propiedad intelectual (patentes y títulos de obtentor) ligado a la ingeniería genética, que permiten la creación de nuevas colonias,<sup>31</sup> sobre los saberes de subsistencia y los seres vivos, sin el consentimiento y excluyendo a pueblos indígenas y campesinos, verdaderos creadores y guardianes de dichos conocimientos.

30 Harvey, David, "El 'nuevo' imperialismo: acumulación por desposesión" en *Social Register*. "En nuevo desafío imperial", CLACSO, enero de 2005, Buenos Aires.

31 Sánchez Rubio y Solórzano Alfaro, *op. cit.*, p. 31.

Bajo esta lógica, la naturaleza ha sido cosificada, desnaturalizada de su complejidad ecológica y convertida en materia prima de un proceso económico, en el que los bienes naturales y la vida misma son reducidos a objetos o recursos para la explotación del capital. En este contexto es que opera la monopolización de las semillas y los saberes campesinos e indígenas a través de *a)* la concentración económica, *b)* el régimen de patentes y derechos de propiedad intelectual y *c)* la ingeniería genética. El derecho —en su expresión positiva— junto con las tecnociencias —ingeniería genética—, se ponen al servicio del proceso de subsunción real de la sociedad y la naturaleza en el capital, instituyendo las bases legales y tecnocientíficas para la expansión y dominación del mercado de semillas por un puñado de empresas, creando leyes de bioseguridad, de comercio y certificación de semillas y protección de derechos obtentor, para garantizar las ganancias, ventajas e impunidad de estos crecientes oligopolios.<sup>32</sup>

Por esto, es urgente llevar a cabo a un amplio debate respecto al tema del maíz y las demás semillas nativas en México y las consecuencias de la introducción de semillas transgénicas (OGM) a territorio mexicano. Como afirma Antonio Turrent, por el contrario de lo que argumenta la industria biotecnológica, el cultivo comercial de maíz transgénico en México es una amenaza para la seguridad alimentaria nacional en por lo menos cinco frentes: 1) el de la salud, 2) el déficit alimentario, 3) la diversidad de la comida pluricultural nacional, 4) la biodiversidad del maíz y de sus parientes silvestres, y 5) la soberanía tecnológica. De ser aprobadas las siembras comerciales de maíz GM se iniciaría el proceso de contaminación y consecuente apropiación transnacional en gran escala de las razas nativas de maíz y sus parientes silvestres, sin costo alguno para la industria, pero con alto costo para los productores y la nación, mientras

---

32 Ribeiro, *op. cit.*

el monopolio de la industria se consolidaría irreversiblemente; situación de la que será posible dar marcha atrás.<sup>33</sup>

## Régimen de protección de la propiedad intelectual: nuevas alambradas del saber

El régimen de propiedad intelectual es un término genérico acuñado en el siglo xx, empleado para referirse a un grupo de regímenes legales (como patentes, marcas registradas, derechos de autor, títulos de obtentor, etc.) que comenzaron su existencia independientemente unos de otros y en diferentes tiempos y lugares. Estas estructuras jurídicas proporcionan a los creadores o inventores una protección legal contra aquel que use o copie una obra sin permiso, el conocimiento intelectual tras las innovaciones tecnológicas, así como obras creativas.

Las patentes suelen ser asociadas a la creatividad y la invención. Se trata de un derecho concedido en exclusividad a una persona para que haga, produzca, distribuya y venda el producto objeto de la patente o para que utilice procesos patentados. No obstante, como explica Vandana Shiva, las patentes han tenido otros significados en el transcurso de la historia, cuyas funciones nunca han estado claramente separadas en el derecho, ya que “las antiguas herramientas legales desarrolladas durante la época colonial han sido reformadas con pequeños ajustes para que cubran periodos y dominios nuevos”. Shiva distingue entre “patentes de conquista”, “patentes de invención” y “patentes de importación”.<sup>34</sup> En cuanto las “patentes de invención”, como propiedad intelectual, se remontan a la Italia renacentista, desde donde se extendieron al resto de la Europa continental y posteriormente a Inglaterra. Estas premiaban la

33 Turrent Fernández, Antonio, “El maíz transgénico, un peligro para la seguridad alimentaria”, en *La jornada*, México, viernes 11 de enero de 2013.

34 Shiva, Vandana, *¿Proteger o expropiar? Los derechos de propiedad intelectual*, Interimón Oxfam, Barcelona, 2003, p. 17.

explotación de aparatos y procesos desconocidos localmente, no las invenciones nuevas y originales. Fueron un intento de liberar la economía de los abusos ocasionados por las concesiones reales de privilegios de monopolio. Posteriormente, las patentes se utilizaron para transferir tecnologías existentes en países avanzados hacia los países que iban a la zaga en la carrera tecnológica; implicaban el préstamo de tecnología durante un periodo determinado y otorgaban una recompensa y protección (monopolio o derechos exclusivos) a la persona que introducía la invención. Esto es lo que se conocía como “patentes de importación”. No obstante, según Shiva, el uso original de las patentes tenía poco que ver con la creencia actual de que son instrumentos orientados a estimular y recompensar las invenciones y las innovaciones. En un principio —y quizás se su acepción más cercana a la actual en sus efectos prácticos— se refería a las cartas patente (*litterae patentes*, literalmente carta abierta), que eran documentos oficiales mediante los cuales los soberanos concedían determinados privilegios, derechos, rangos o títulos. Eran abiertas precisamente porque eran documentos públicos, en contraposición a las cartas privadas, cerradas. Las *litterae patentes* se emitieron por primera vez en Europa en el siglo VI. Los monarcas otorgaban cédulas reales o cartas para el descubrimiento y conquista —y posterior colonización y establecimiento de monopolios— de tierras extranjeras en su nombre. Así pues, desde sus inicios, las patentes han estado asociadas a los procesos de colonización.<sup>35</sup>

En la actualidad, acorde con la racionalidad capitalista, el conocimiento en sí tiene que ser convertido en propiedad, como lo fue la tierra durante los procesos de colonización. Por esta razón, las patentes actuales se han ocultado bajo la etiqueta más amplia de la “propiedad intelectual” o de propiedad en términos de “productos de la mente”.<sup>36</sup> Al igual que los procesos de colonización de la *modernidad madura* planteaban que

---

35 *Idem*.

36 *Ibidem*, p. 18.

pesar de estar habitada por pueblos indígenas, la tierra “descubierta” fue tratada de *terra nullius*, o “tierra vacía”, porque no había asentamientos de europeos blancos. Del mismo modo, el conocimiento que es “inventado”, “patentado” y convertido en “propiedad intelectual” suele ser una innovación actual hecha sobre la base antiquísimos sistemas de conocimiento indígenas. La innovación en la mejora de plantas es acumulativa; una historia milenaria de sucesivas innovaciones hechas por los distintos pueblos como diversas formas de metabolismo social fruto de plurales maneras de coevolución con la naturaleza, que no son valoradas ni reconocidas formalmente, y demás no se busca su reconocimiento por parte de sus creadores. De modo que este derecho a reivindicar la invención, como el derecho a reivindicar el descubrimiento que otorgaban las *cartas patente* de la conquista colonial, es la justificación para hacerse con el control de los sistemas económicos y de mercado por medio de sistemas derechos de propiedad intelectual globalizados. El disfraz de recompensa a la inventiva oculta su objetivo real: el control de la economía mundial. Lo que está en el centro de los intensos conflictos y controversias sobre las patentes es esta conquista secular de los diversos sistemas de conocimiento y economías.<sup>37</sup>

La palabra “propiedad” ha sido pensada para excluir a los sistemas de conocimiento de las comunidades. Los derechos de propiedad en el término “derechos de propiedad intelectual”, tal como se entienden en la actualidad, denotan su transformación en un producto de consumo masivo y de propiedad privada, destinado principalmente al intercambio comercial. La realidad de una comunidad con sus conocimientos no está en absoluto destinada a su transformación en productos de consumo masivo y “pertenece” y se comparte en comunidad. La suma total de conocimientos de propiedad comunal que tienen un valor (aunque no tenga un precio necesariamente), se des-

---

37 *Ibidem*, pp. 18-19.

cribe más acertadamente con el término derechos intelectuales de la comunidad.<sup>38</sup>

Grandes corporaciones agrobiotecnológicas se valen de este tipo de figuras jurídicas, para esconder su pillaje del conocimiento indígena y campesino ligado a la biodiversidad, por lo que es preciso vincular los regímenes de propiedad intelectual a la denominada revolución biotecnológica, basada en la comprensión de que los organismos vivos crecen y se desarrollan a través de expresiones de genes, codificados en ADN, ya que esto hace posible concebir ciertos modos de reestructurar los organismos vivos y da origen a la ingeniería genética y otros aspectos de la moderna biotecnología, tales como la clonación, genómica y selección asistida de marcadores, así como la posibilidad de sintetizar nuevas formas de vida (biología sintética)<sup>39</sup>, así como las recientes técnicas edición genética. Estas nuevas posibilidades para manipular las plantas han provocado que algunas de las mayores empresas agroquímicas a nivel mundial se hayan diversificado hacia la biotecnología vegetal y el negocio de las semillas, produciendo una convergencia sin precedentes entre segmentos clave del sector agrario (productos químicos, semillas y tecnología agrícola, plataformas de información) en la búsqueda de la consolidación del agronegocio global en unas cuantas manos. Un claro ejemplo de esto es la absorción de Monsanto por la empresa alemana Bayer, con lo cual se convirtió en una de las mayores empresas globales de agrotóxicos y semillas, además de ya ser una de las mayores empresas farmacéuticas a nivel mundial. No obstante, aun cuando esta fusión es de gran magnitud y sus impactos de amplio espectro, es apenas una de varias fusiones recientes entre transnacionales de agonegocios, ya que se han estado dando movimientos entre las empresas de fertilizantes, de maquinarias –tractores y cosechadoras, así como *drones*, robots y sistemas GPS que les permiten

---

38 *Ibidem*, p. 121.

39 *Ibidem*, p. 35.

recolección de datos de campo por satélite— y las que poseen bancos de datos que influyen en todo el proceso agrícola.

Estos oligopolios ya no limitan su actividad al acaparamiento y el control de las semillas, ahora extienden sus tentáculos a todos los sectores del sistema alimentario haciendo uso de una serie de disruptores tecnológicos y financieros que impulsan la consolidación y el poder corporativo en la gran industria de alimentos (Big Food). Como explica el grupo ETC, estos disruptores tecnológicos y económicos intersectoriales incluyen las expansivas plataformas Big Data, la edición genética (por ejemplo, CRISPR Cas-9), las cadenas de bloques (*blockchains*) y la desmedida influencia de las firmas de gestión de activos. Se trata de una disputa encarnizada por quién controlará no sólo los mercados, sino también las nuevas tecnologías y el control digital y satelital de la agricultura (renta tecnológica).

Cada vez más, el manejo de datos sobre suelo, clima, agua, genómica de cultivos, hierbas e insectos relacionados, será lo que decida quién controla todos los primeros pasos de la cadena agroalimentaria industrial. En este esquema, los agricultores son una mera herramienta en la carrera de las empresas por producir ganancias —no alimentos—, lo que condiciona gravemente la soberanía de los países, y no sólo la alimentaria.<sup>40</sup>

Como lo expresa Shiva, “el desarrollo desenfrenado, ética y ecológicamente, de la biotecnología, proporciona nuevas herramientas para la manipulación; y las patentes proporcionan nuevas herramientas para la apropiación de los monopolios de lo que es gratis por su propia naturaleza”.<sup>41</sup>

En este orden de ideas, este tipo de tecnologías en el ámbito de la agricultura, implican la creación de dependencia

---

40 Ribeiro, Silvia, “Monsanto-Bayer y el control digital de la agricultura” en *La Jornada en Línea*, México, 17 de septiembre de 2016. Recuperado de <http://www.jornada.unam.mx/2016/09/17/opinion/021a1eco>.

41 Shiva. *Las nuevas guerras...*, *op. cit.*, p. 56.

alimentaria, mediante la restricción o limitación de las condiciones de existencia humana y la satisfacción de necesidades humanas reales, por el pago obligado –y excesivo– por semillas de OGM y sus paquetes tecnológicos. Esta colonización y monopolización de las bases materiales de vida, a través del “libre comercio”, produce lo que Ivan Illich atinó en llamar *monopolio radical*, mediante la creación de nuevas formas de escasez, limitando el acceso a los recursos e instalando a la gente dentro de la dependencia mediante –en ese caso– la transformación de la agricultura y alimentación en una realidad económica y artificial, sustituyendo valores de uso por valores de cambio y sometiendo a la gente a la necesidad de bienes y servicios escasos. Un *monopolio radical* es un proceso de producción industrial que ejerce un control exclusivo sobre la satisfacción de una necesidad apremiante excluyendo, en ese sentido, todo recurso a las actividades no industriales; “hay monopolio radical cuando la herramienta programada despoja al individuo de su posibilidad de hacer. Esta dominación de la herramienta instauro el consumo obligatorio y con ello limita la autonomía de la persona [y las comunidades]. Es un tipo particular de control social, reforzado por el consumo obligatorio de una producción en masa que sólo las grandes industrias pueden garantizar.”<sup>42</sup> Así el oligopolio agrobiotecnológico pretende ejercer el *monopolio radical* de la agricultura y la alimentación, apropiándose de las fuentes materiales de subsistencia a través de la biotecnología y el régimen de protección a la propiedad intelectual, alterando la relación entre lo que la gente necesita y hace por sí misma para obtener su alimento, y lo que obtiene de la agroindustria.

Al igual que en los albores del capitalismo industrial se produjeron los *cercados de tierra*, estas nuevas *alambradas del saber* –cuyos pivotes son el refuerzo de los derechos de propiedad inte-

---

42 Illich, Iván, *La convivencialidad*, Joaquín Mortiz/Planeta, México, 1985, pp. 81-83.

lectual y la piratería sobre saberes tradicionales<sup>43</sup> (*biopiratería*)<sup>44</sup> como forma de apropiación por parte de corporativos transnacionales y algunas instituciones públicas y privadas de investigación, de los recursos genéticos y conocimientos asociados a ellos, sin el consentimiento y excluyendo a los pueblos indígenas y campesinos— viabiliza jurídicamente el control exclusivo de los recursos, productos y procesos biológicos que han sido creados y utilizados por siglos por las culturas no industrializadas. Karl Polanyi mostró cómo los cercados de tierra en Inglaterra, y posteriormente en toda Europa, sentaron las bases de una sociedad regulada por el mercado —por la ley de la escasez—, movimiento que transformó las tierras comunes —bienes de ámbitos de comunidad— dedicadas a actividades de subsistencia en campos reservados a la producción de valores económicos.<sup>45</sup> Los ámbitos de comunidad eran las tierras a las que todos los habitantes de una comunidad tenían derechos de uso adquiridos, no para extraer una ganancia monetaria sino para asegurar la subsistencia familiar; son esa parte del medioambiente cuyo usufructo está garantizado por la costumbre, respecto a las cuales esta impone formas específicas de respeto comunitario.<sup>46</sup> De tal modo que cercados de tierra (*enclosure acts*) sentaron las bases de una sociedad regulada por el mercado, proceso que implicó dos cosas, según Jean Robert: 1. Transformar un bien otrora común en un recurso para la producción de valores, y 2. Impedir un derecho atávico, el libre acceso a los campos o a las fuentes.

---

43 Vercellone, Carlo, “Las políticas de desarrollo en tiempos del capitalismo cognitivo”, en Blondeau, Olivier *et al.*, *Capitalismo cognitivo, propiedad intelectual y creación colectiva*, Traficantes de Sueños, Madrid, 2004, p. 69.

44 Previo a la biopiraterización existe un proceso de búsqueda y evaluación, que permite identificar, seleccionar y aislar componentes últimos de estos recursos. A este proceso se le conoce como bioprospección, el cual consiste en la exploración de la diversidad biológica y conocimiento indígena y tradicional asociado a ella, para facilitar la selección y extracción de recursos genéticos y bioquímicos que puedan resultar aplicables en productos comerciales. Cfr. Shiva, *Cosecha...*, *op. cit.*, p. 102.

45 Véase Polanyi, Karl, *La gran transformación*, Juan Pablos Editor, México, 2009.

46 Illich, Iván, *Obras reunidas I*, Fondo de Cultura Económica, México, 2008, p. 196.

La primera cosa instituye el valor, mientras que la segunda destruye la capacidad innata de preparar comida o saciar la sed sin recurrir a los valores de mercado. En el orden filosófico, la segunda cosa, la desvalorización de una capacidad natural, es primero. De modo que el “desvalor” –la desvalorización de capacidades de acción autónoma, de libertades civiles elementales ancladas en la cultura– precede la constitución del valor. Cuando un bien económico o escaso prevalece sobre todas las alternativas no escasas, podemos decir que este bien ejerce un *monopolio radical* sobre la satisfacción de una necesidad o de un deseo. De modo que el *monopolio radical* nace de algo estructuralmente semejante a un cercado o una alambrada.<sup>47</sup> Polanyi develó cómo el modo de producción industrial requiere del mecanismo de la escasez; la creación de escasez artificial de todos aquellos medios sobre los cuales el modo de producción capitalista descansa y posibilita la producción en masa de –diría Ivan Illich– *pobres modernizados*. Este es el sentido de las políticas de protección a la propiedad intelectual y que posibilitan la creación de monopolios radicales, al proteger únicamente al conocimiento científico empresarial orientado al lucro, revelándose como instrumento ideológico que justifica las nuevas *alambradas del saber* y la exclusión del Sur global del acceso a la nueva división cognitiva del trabajo.<sup>48</sup> Tres argumentos –según Carlo Vercellone– permiten apuntalar esta tesis: 1) La mayor parte de los costes fijos en investigación se localizan en realidad en la fuente del propio sistema de empresas y de sus centros de I + D. Esta constatación es todavía más pertinente si se considera el hecho de que el coste marginal de estas producciones es cercano a cero, y que por tanto estos bienes deberían ser considerados como bienes públicos. 2) Las patentes sobre la vida reposan en su mayor parte sobre la apropiación gratuita, por no decir sobre un verdadero pillaje [biopiratería] de los recursos genéticos y de los saberes tradicionales del Sur y más

47 Robert, Jean. “Las aguas arquetípicas y la globalización del desvalor” (mimeo.).

48 Vercellone, *op. cit.*, p. 69.

en concreto de las regiones tropicales que son las que sufren más dramáticamente los efectos de la “desconexión forzada” de la nueva división internacional del trabajo. 3) Las patentes de los saberes tradicionales y de los recursos derivados de la biodiversidad se traducen en la prohibición de utilizar las semillas agrícolas patentadas y en la imposición de monocultivos que terminan por destruir esa misma biodiversidad y la reserva de saberes sobre la que se apoya el desarrollo de las empresas biotecnológicas del Norte.<sup>49</sup>

En realidad, el conocimiento no es un bien naturalmente escaso, su escasez es solamente artificial; se desprende de limitaciones establecidas –institucionalmente o de hecho– sobre el acceso al conocimiento. La escasez del conocimiento, eso que le da valor, tiene, de esta suerte, una naturaleza artificial, derivada de la capacidad de un poder, cualquiera que sea su género para limitar temporalmente su difusión y para reglamentar el acceso.<sup>50</sup> De lo que se desprende que al ser registradas las semillas en términos de propiedad intelectual –como patente o certificado de obtentor–, el conocimiento tradicional se vuelve objeto de apropiación individual (corporativa), oponiéndose frontalmente a su naturaleza colectiva y gratuita, y tiene como consecuencia la supresión del derecho de uso y disfrute de los bienes comunes y la eliminación de las formas autónomas de producción y consumo, en beneficio de formas neocoloniales y capitalistas de apropiación de los saberes tradicionales asociados a la biodiversidad. De este modo se agudizan las dependencias hacia el mercado, “volviendo ‘económico’, es decir, escaso, lo que anteriormente no lo había sido.”<sup>51</sup> En otras palabras

---

49 *Idem.*

50 Rullani, Enzo, “El capitalismo cognitivo: ¿Un déjà-vu?”, en Blondeau, *op. cit.*, pp. 101 y 102.

51 Jean, Robert, *La crisis: el despojo impune. Cómo evitar que el remedio sea peor que el mal*, México, Jus, 2010, p. 186.

[...] para expandir la esfera mercantil, hay que volver escaso lo que otrora fuera gratuito. La historia del capitalismo es la de la invasión de los dominios de gratuidad por la necesidad creada de mercancías. La máquina financiera y económica se parece en eso a una máquina termodinámica: concentra valores en pocos puntos de acumulación, mientras que diluye el “desvalor” sobre todo el mundo en forma de desechos, basura, contaminación, destrucción de capacidades y saberes, despojos territoriales, miseria.<sup>52</sup>

Estas *nuevas colonias del capital*, como las atinadamente llaman David Sánchez Rubio y Norman Solorzano Alfaro, instrumentalizadas por medio del sistema de propiedad intelectual, priorizan las relaciones mercantiles sobre las necesidades humanas, perpetrando un desequilibrio en la relación ser humano-ser humano y de este con la naturaleza, fuente de su sustento y cosmovisión. Este sistema económico, que valora y subordina todos los elementos de la realidad en función de la obtención del máximo beneficio económico, termina por articular de manera consistente una red de tramas sociales, políticas, económicas y jurídicas en torno a la dinámica de imperio, dominación, explotación, exclusión y marginación.<sup>53</sup> Así, la “cosificación de los seres vivos –ahora denominados recursos naturales, elementos genéticos, material orgánico– supone también su adaptación forzosa a los instrumentos jurídicos que son propios de los bienes materiales de naturaleza patrimonial”.<sup>54</sup>

Las patentes no solamente garantizan un esquema de derechos de la propiedad, sino que promueven el proceso de la invención de dos formas que pueden considerarse como intrínsecamente políticas. Una es designar las clases de cosas que pueden considerarse como propiedad. La extensión de las patentes a nuevos campos altera nociones básicas de lo que es

---

52 *Idem*.

53 Sánchez Rubio y Solórzano Alfaro, *op. cit.*, p. 30.

54 Caldas, Andressa, *La regulación jurídica del conocimiento tradicional: La conquista de los saberes*, Bogotá, ILSA, 2004, p. 122.

un producto y quién puede reivindicar la propiedad sobre él. Cuando se concede una patente a un producto biológico, tiene el efecto de pasar la cosa que se está patentando de la categoría de naturaleza a la categoría de artificio —profundo cambio metafísico que, al menos en teoría, debe invitar a la deliberación pública—. La segunda función política es distributiva. Las patentes otorgan derechos de propiedad dentro de los sistemas de producción, premiando a algunos participantes más que a otros en el proceso de descubrimiento. De esta forma, las patentes actúan como instrumentos de distribución económica.<sup>55</sup>

La reducción de los bienes materiales de subsistencia y el conocimiento tradicional, a mercancías susceptibles de apropiación y regulación por intereses de libre mercado y su control corporativo, les desliga de su ancestral significación cultural operando un despojo que implica la previa desvalorización de los sistemas de conocimiento indígena y las formas de vida vernácula para justificar la “innovación” hecha por la ciencia occidental moderna, descalificando la innovación histórica hecha por pueblos indígenas y campesinos con base en sus saberes de subsistencia. Esto nos lleva a preguntarnos sobre la innovación y su validez para legitimar las *alambradas del saber* levantadas por los regímenes de propiedad intelectual y la ingeniería genética.

## Colonialidad del saber

Como explica Geoff Tansey, la justificación de los defensores del régimen de propiedad intelectual se fundamenta en que sostiene que este proporciona el incentivo necesario, la compensación apropiada y la seguridad requerida para la inversión de I + D (investigación y desarrollo) que produzca innovaciones

---

55 Jasanoff en Tansey, Geoff, “Agricultura, alimentación y reglas globales”, en Tansey G. y T. Rajotte (eds.), *El control futuro de los alimentos. Guía de las negociaciones y reglas internacionales sobre la propiedad intelectual, la biodiversidad y la seguridad alimentaria*, Ottawa, QUIAP, 2008, p. 38.

que mejoren la calidad de vida.<sup>56</sup> El fundamento para proteger los activos intangibles creados por la propiedad intelectual en los países industrializados es esencialmente utilitario, esto es, la utilidad centrada en la promoción de la innovación asumiendo que esta aporta beneficios a todos. El problema es que, aunque la difusión más amplia posible de los nuevos conocimientos contribuye a la mayor eficiencia económica, se considera que si todos son libres para emplear tales conocimientos los inventores tienen pocos incentivos para invertir en su producción.

Es por la anterior que las diversas formas de propiedad intelectual impiden ese compartir (en general temporalmente), transformando los conocimientos de un bien común compartido en un bien privado. En otras palabras, los regímenes de propiedad intelectual crean escasez donde no existía, lo que otorga a los titulares de los DPI un marcado poder de mercado y además les permite el uso de la fijación monopolística de los precios a través de los cuales pueden recuperar los gastos de I + D. Desde esta lógica, se considera el régimen de propiedad intelectual como un importante incentivo para el sostenimiento de la innovación dirigida al sector privado e industrial. De modo tal que se entiende que las mentes creativas y las empresas innovadoras tienen así un incentivo para comprometerse en actividades inventivas; argumento que supone la principal base de protección otorgada por las patentes, derechos de autor, derechos de obtenedores de nuevas variedades vegetales y otros tipos de propiedad intelectual. Así, la justificación de los defensores del régimen de propiedad intelectual se fundamenta en que sostienen que este proporciona el incentivo necesario, la compensación apropiada y la seguridad requerida para la inversión de I + D que produzca innovaciones que mejoren la calidad de vida de todos.<sup>57</sup>

No obstante, los costos en investigación y desarrollo obligan a las empresas privadas, por un lado, a concentrarse en pocos materiales genéticos y, por el otro, a asegurar dividendos

---

56 Tansey, *op. cit.*, p. 36.

57 *Ibidem*, p. 40.

mediante mecanismos de protección de la propiedad intelectual como las patentes y certificados del obtentor. Por lo que este modelo de producción genera altos costos económicos, sociales y ambientales porque se realiza a costa de la biodiversidad y variabilidad genética del maíz, del dispendio de agroquímicos (paquetes tecnológicos), energéticos y agua e inhibiendo de paso la competencia comercial mediante las patentes.<sup>58</sup> En este sentido, la liberación comercial de este tipo de tecnologías acarrearía distorsiones socioeconómicas y socioculturales a pueblos indígenas y campesinos, ya que las corporaciones —generalmente transnacionales— interesadas en la comercialización de las semillas transgénicas, actúan privilegiando el valor de las ganancias económicas frente a otros valores como el cuidado del ambiente, la preservación de la biodiversidad y la preservación de valores socioculturales ligados a la agricultura milpera. Debido a este interés fundamental, los estudios sobre los riesgos por el uso de transgénicos, así como la certificación de las semillas no pueden estar a cargo de las empresas interesadas en su comercialización.<sup>59</sup>

Además, en los hechos los regímenes de propiedad intelectual en el ámbito de la agricultura ponen de manifiesto la vigencia de la *colonialidad del saber*, ya que presuponen y definen a las sociedades no industriales/no occidentales y sus formas de conocimiento como inferiores negando la pluralidad epistemológica del mundo. Como explica Shiva, al transformarse la pluralidad de conocimientos en una jerarquía de conocimientos —superiores e inferiores—, el ordenamiento horizontal de sistemas diferentes, pero igualmente válidos y diversos se torna en un ordenamiento vertical de sistemas desiguales, imponiéndose unos

---

58 Polanco Jaime, Alejandro y Arturo Puente González, “La siembra comercial de maíz transgénico en México en el marco de la bioeconomía y la política pública”, en Álvarez-Buylla, Elena y Alma Piñeyro Nelson (coords.), *El maíz en peligro ante los transgénicos. Un análisis integral sobre el caso de México*, CEIICH-UNAM, México, 2013, p. 221.

59 Olivé, León *et al.*, “Ética y transgénicos: El caso del maíz en México”, en *ibidem*, p. 325.

cimientos epistemológicos particulares –occidentales y orientados al lucro– a los otros para invalidarlos. Posteriormente, esta transformación de las variedades de conocimientos en jerarquías de conocimientos se utiliza para reivindicar los actos de interpretación como actos de “invención”. La interpretación se malinterpreta y se denomina “creación” de conocimiento.<sup>60</sup>

De esta manera, un cambio sociológico, se trata, falazmente, de un cambio epistemológico. Esta falacia de considerar el desplazamiento sociológico y cultural como un cambio epistemológico que genera nuevos conocimientos ha sido posible gracias a la parcialidad colonial que ha tratado los conocimientos occidentales de exclusivamente científicos y los conocimientos no occidentales de acientíficos. Sin embargo, a diferencia en los cimientos epistemológicos no hace que los conocimientos tradicionales sean inferiores; sólo los hace diferentes.<sup>61</sup>

El fenómeno de la biopiratería se produce por la insuficiencia de los sistemas de protección de la propiedad intelectual occidentales y el prejuicio intrínseco de occidente frente a otras culturas. Como ya vimos, las patentes, como paradigma de los derechos de propiedad intelectual, fueron creadas para favorecer los monopolios de importación, no para separar todos los sistemas de conocimientos con el fin de excluir las innovaciones existentes y establecer una realización anterior en otras culturas y por tanto darle una protección jurídica. La cultura occidental ha sufrido el *error columbano* del derecho de saquear, tratando a otra gente, sus derechos y conocimientos como inexistentes. De este modo, se actualiza la colonialidad; “el concepto de *terra nullius* tiene su equivalente contemporáneo en *bio nullius*: tratar los conocimientos en materia de biodiversidad como si carecieran de creatividad y derechos previos y, por consiguiente, de estar disponibles para su ‘apropiación’ por medio de una solicitud de ‘invención’” o un “certificado de obtentor”. Esta postura escamotea el hecho fundamental de que al igual que los

---

60 Shiva, *¿Proteger o...?, op. cit.*, p. 52.

61 *Idem.*

procesos cognitivos parten de contextos particulares y variados, así también la innovación y las mejoras son una cuestión contextual; esto es, que no son únicamente las semillas comercializadas por las corporaciones transnacionales las únicas que representan una contribución intelectual, sino que las semillas que guardan e intercambian los campesinos también expresan una aportación intelectual significativa y valiosa, en tanto *innovación campesina informal*. La innovación y la mejora de las semillas no es independiente del contexto sociocultural, sino que “la mejora es una categoría contextual”; se hace también desde la perspectiva campesina, en función de sus necesidades, gustos y posibilidades, mientras que la agroindustria “mejora” los cultivos para la transformación industrial o para aumentar el empleo de insumos químicos, a fin de satisfacer necesidades industriales y comerciales.<sup>62</sup> La agricultura industrial, como hija legítima del capitalismo, promueve la eficiencia y uniformización de los cultivos, esto en virtud de que el “capitalismo es producción masiva de mercancías estandarizadas, provenientes

---

62 *Ibidem*, p. 113. De los tipos de maíz GM disponibles comercialmente, el que se ha adoptado con mayor éxito es el maíz Bt resistente a insectos, no obstante, no es eficaz para el control de las plagas de maíz mexicanas; lo que significa que se pretende introducir una tecnología inadecuada para las circunstancias de la agricultura mexicana, al ser un desarrollo que no proporciona beneficios potenciales para el cultivo de maíz en nuestro país. El otro tipo de maíz GM disponible para México es tolerante a herbicidas (RR), en concreto al herbicida glifosato producido por la empresa Monsanto (Bayer). Sin embargo, esta variedad es incompatible con el policultivo de la milpa, ya que los herbicidas afectan a todas las plantas (menos al maíz que está modificado genéticamente para resistir a dicho herbicida), y mataría a todas las especies que acompañan al maíz en la milpa. La primera consecuencia negativa del uso de este desarrollo sería el empobrecimiento de la dieta de aquellas familias que decidan utilizar semilla resistente a herbicidas. También se contaminarían los suelos y cuerpos de agua por el lixiviado de estos agroquímicos no biodegradables y los efectos adversos para los organismos *no blanco* —como las abejas y demás polinizadores—, así como el cúmulo de riesgos a la salud. Además, existe la posibilidad de transferencia de características vía flujo génico de genes de la tolerancia a herbicidas hacia los maíces nativos o sus parientes silvestres como el teocintle y el cúmulo de incertidumbres que esto acarrearía

de factorías especializadas y por tanto eficientes: el capitalismo es uniformidad”.<sup>63</sup>

Bajo un lógica totalmente contraria, como bien explica la Unión de Científicos Comprometidos con la Sociedad (UCCS), el maíz nativo es toral para México por tres razones: 1) es el único tipo de maíz que prospera en tierras de baja calidad agrícola, que son la mayoría de las dedicadas a su cultivo y de las que dependen millones de familias campesinas; 2) produce el maíz de especialidad que requiere la cocina mexicana, y 3) su biodiversidad es la mejor apuesta para México y para el mundo para enfrentar al cambio climático. De modo que su importancia radica en su diversidad. Por consiguiente, los monopolios de semillas que disfrutaban las grandes compañías semilleras, gracias a los DPI no son ni necesarios ni deseables desde el punto de vista del interés público, y mucho menos del interés campesino e indígena. La constante selección y adaptación de las plantas domesticadas al medioambiente y preferencias culturales han generado razas y variedades adaptadas a los distintos climas, regiones, altitudes de nuestro país en función de las necesidades, limitaciones y gustos de los campesinos. El hecho de que una comunidad indígena o campesina innove o mejore una determinada semilla, propiciando el surgimiento de una característica nueva en su maíz, atiende a una necesidad o un gusto particular a nivel familiar o comunitario. Pero también atiende al gusto de la población mexicana en general, pues el maíz, es la base de la gastronomía nacional.<sup>64</sup> La agricultura campesina,

---

63 Bartra, Armando, *El hombre de hierro. Los límites sociales y naturales del capital*, Ed. Itaca, México, 2008, p. 113.

64 En la actualidad, existen más de 600 preparados alimenticios a base de maíz nixtamalizado, cada uno de los cuales requiere como materia prima a una raza nativa específica (creada a través de sucesivas innovaciones campesinas). Estos preparados alimenticios incluyen unos 300 tipos de tamales, tlaxudadas, totopos, tlacoyos, el pozole, el pinole, etc., y bebidas como el pozol, atoles, el tascalate, el tehuino, etc. Por ejemplo, la tlaxudada tradicional sólo se puede hacer a partir de masa de la “raza Bolita” para que cumpla con su calidad organoléptica (textura, sabor, olor, color), a su vez el totopo oaxaqueño sólo se puede hacer a partir de la raza

con menor aporte de sustancias químicas externas, mecánicas y de energía implica tanto o más conocimientos que las llamadas ciencias para la agricultura industrial, constituye una forma de conocimiento que no se reconoce como ciencia porque no está suficientemente orientada al control y al reduccionismo; no es considerado confiable en términos comerciales porque no puede ser controlado como un objeto de propiedad y explotación, y mucho menos asociado a un propietario particular (corporativo o individual), sino que este tipo o forma de conocimiento –holístico– se comparte como un bien o producto cultural colectivo de aprendizaje experimental y empírico no comercializable y no dogmático.

Asimismo, Geoff Tansey explica que el mismo concepto ordinario de la propiedad no es un fenómeno natural, sino un concepto elaborado socialmente, y por tanto contextualmente. Incluso refiere que para algunos pueblos indígenas o grupos religiosos, la idea de propiedad sobre la tierra o el agua, fundamental en las ideas actuales de propiedad tangible, es literalmente una “tontería” y no figura en su manera de contemplar el mundo.<sup>65</sup> En realidad, los bienes y el conocimiento ligado a la biodiversidad de los territorios indígenas y campesinos constituye su patrimonio biocultural: en tanto recursos naturales bióticos intervenidos en distintos gradientes de intensidad por el manejo diferenciado y el uso de los recursos naturales según patrones

---

“Zapalote Chico” y así muchos más platos tradicionales mexicanos. De modo que ninguno de los maíces mejorados en México o en el extranjero (en su mayoría de calidad forrajera) incluyendo a los transgénicos, sirve para preparar la comida típica regional a base del maíz nativo. En cambio, sí funcionan para hacer la tortilla industrial uniformizada de pésima calidad organoléptica a la que hemos tenido que adaptarnos en las ciudades. Asimismo, los maíces transgénicos añadirían a la mala calidad organoléptica de sus preparados, el riesgo a la salud, a la ecología y la dependencia tecnológica. De modo que el concepto de que el maíz es el alimento básico de México no puede separarse de las más de 60 razas nativas, necesarias como ingredientes especializados de los más de 600 preparados alimenticios y bebidas que conforman la cocina mexicana. Turrent Fernández, Antonio *et. al.*, *El maíz transgénico en México en 15 píldoras*, uccs, México, 2014, p. 34.

65 Tansey, *op. cit.*, p. 36.

culturales, como agroecosistemas tradicionales, la diversidad biológica domesticada con sus respectivos recursos fitogenéticos desarrollados y/o adaptados localmente).<sup>66</sup> En este sentido, constituye un patrimonio común. No se concibe este patrimonio en términos de propiedad –en el sentido occidental–, es decir, un bien que tiene un propietario y se utiliza para sacar un beneficio económico, sino más bien como una posesión comunal y una responsabilidad individual. Se trata de “un manojito de relaciones más que un paquete de derechos económicos”.<sup>67</sup>

## El maíz: bien común de la humanidad

Lleva razón Armando Bartra cuando dice que, así como la mayor astucia de Satanás radica en hacernos creer que no existe, el gran engaño del capital consiste en persuadirnos de que no está en la tecnología; en convencernos de que la ciencia y sus aplicaciones son asépticas y neutrales.<sup>68</sup> No obstante, hoy más que nunca, somos testigos del desastre medioambiental desatado por el saber tecnocientífico al servicio del capitalismo y de cómo los seres humanos se hacen esclavos de las cosas y de otras personas. En el mundo moderno la técnica se ha convertido en una nueva variedad de lo sagrado; las actitudes religiosas hacia la técnica se revelan en la esperanza que la humanidad ha puesto en el desarrollo científico-tecnológico, encontrando en este una suerte de poder redentor, de tal modo que en las sociedades secularizadas lo sagrado persiste por medio de la técnica, cuya idolatría está muy lejos alcanzar el futuro utópico prometido. El saber tecnocientífico se ha puesto al servicio de la producción capitalista en tanto que conocimiento determi-

---

66 Boege, Eckart, *El patrimonio biocultural de los pueblos indígenas de México. Hacia la conservación in situ de la biodiversidad y agrodiversidad en los territorios indígenas*, INAH, México, 2008, p. 13.

67 Shiva, *¿Proteger o...?, op. cit.*, pp. 18 y 48.

68 Bartra, *op. cit.*, p. 95.

nista cuya tarea es la de controlar a la naturaleza, a partir de la aplicación de la *racionalidad instrumental* como criterio para todas las formas y dominios del conocimiento.

En este sentido, al igual que su predecesora –la revolución verde– la revolución biotecnológica fue llamada la cruzada de la razón científica y de la generosidad en contra de la superstición y la ignorancia de las ineficaces agriculturas tradicionales. No obstante, después de casi 30 años de hegemonía internacional de este modelo y del desplazamiento de alternativas científicas de I + D, además de trayectorias de innovación polémicas, su éxito limitado solamente se ha logrado bajo condiciones biológicas y socioeconómicas particulares. De modo que lo que denominan “la ciencia contra la ignorancia” se describiría mejor como “cultura instrumental reduccionista con visión periférica restringida contra la cultura práctica integradora de la complejidad”.<sup>69</sup> Y es que este reduccionismo del conocimiento a un simple modo de cálculo y de control técnico, reprime la complejidad del mundo, para moldearlo a las exigencias de la producción capitalista. En otros términos: “la modernidad ha reducido de manera forzosa la complejidad –variedad, variabilidad, indeterminación– del entorno natural, del organismo biológico, del espíritu pensante y de la cultura social, a las dimensiones toleradas por la fábrica industrial.” El capital ya no sólo subsume el “trabajo vivo”, también el “conocimiento”;<sup>70</sup> en aras de la culminación de la subsunción material de la naturaleza y la vida al capital, lo cual supone que las relaciones laborales, económicas, políticas, afectivas y culturales, deben comportarse acordes a la producción de plusvalor, de ganancia; quedando subordinadas a un fundamentalismo de mercado.

---

69 Wynne, Brian, “Ciencia global, el maíz mexicano y el neoliberalismo molecular: Cambiando los fundamentos de la ciencia, innovación y políticas para la alimentación y una agricultura sostenibles” en Álvarez-Buylla y Piñeyro Nelson, *op. cit.*, p. 279.

70 Rullani, Enzo, “El capitalismo cognitivo: ¿Un déjà-vu?”, en Blondeau Olivier, *et al.*, *op. cit.*, p. 100.

La alienación de la ciencia por el capitalismo radica en que, a diferencia de los *saberes de subsistencia*, la ciencia del capitalismo está impresa en la tecnología y no inscrita en la mente de los campesinos, de modo que al usarla estos en realidad está siendo usados por ella,<sup>71</sup> por lo que es necesario comprender que la ciencia no posee valor absoluto y neutral, como si fuera un fetiche con vida propia, sino que es un conocimiento válido y útil para determinados fines y que funciona con verdades relativas. Toda ciencia, como producto cultural, busca un propósito humano determinado y, por lo mismo, lleva implícita la marca de su tiempo y los sesgos valorativos de quienes la producen y controlan. Sólo a partir de esta comprensión será posible remover las relaciones de producción del conocimiento que sostienen ideológicamente estructuras injustas y destructivas y que invisibilizan y descalifican formas de producción de conocimiento y alternativas ajenas a la jerarquización científica y sus efectos de poder,<sup>72</sup> como los sistemas de conocimiento indígenas y campesinos asociados a la biodiversidad de sus territorios, frente al férreo engarce de los derechos de propiedad intelectual y la biotecnología moderna que limitan la libre difusión, uso y disfrute de bienes comunes mediante medios jurídicos, sustentando su actuar en el discurso “humanitario” según el cual la biotecnología –neutra y aséptica– acabará con el hambre en el mundo.

Por su parte, Jesús Antonio de la Torre Rangel, utilizando una categoría del filósofo Enrique Dussel –*legalidad de la injusticia*– hace visible y denuncia el conflicto jurídico que surge cuando la “justicia conservadora de la legalidad vigente” no es sino “la habilidad de dar al poderoso lo arrebatado al débil bajo apariencia legal”, lo que revela descarnadamente la injusticia de

---

71 Bartra, *op. cit.*, pp. 73-91.

72 Fals Borda, Orlando, *Conocimiento y poder popular. Lecciones con campesinos de Nicaragua, México y Colombia*, Bogotá, Siglo XXI, 1985, pp. 136-137.

fondo de todo el aparato jurídico y político.<sup>73</sup> Ya que, de este modo, el criterio de justicia —como relación recíproca entre los seres humanos de darse lo suyo— deja de ser histórica y se reduce a una “justicia conservadora” o de “derechos adquiridos” mediante el ordenamiento legal vigente, subsumido a la lógica de acumulación capitalista, que pone a resguardo aquello que se ha adquirido conforme al derecho positivo y acepta como ya no revisable la distribución de la riqueza y el poder.<sup>74</sup> Y es que la cuestión de la propiedad sigue siendo el asunto vital; pretender que esta institución constituye un derecho natural y universal, es negar la historia de *Nuestra América* y las formas diferenciadas que asume la posesión en el contexto de los pueblos indígenas y campesinos, principalmente en lo que atañe a la tierra y a la naturaleza en general.<sup>75</sup>

La genialidad de Marx —como explica Carlos Rivera Lugo— fue precisamente entender que la propiedad privada no es una relación simple y mucho menos un concepto abstracto, sino que consiste en la totalidad de las relaciones burguesas de producción y es, además, una clase de violencia; por eso hay que abolirla<sup>76</sup>. Por lo anterior, es sustancial apuntar a la forma históricamente determinada del derecho bajo el capitalismo como instrumento atrapado en la ideología dominante y en la totalidad del modo de producción imperante, cuya expresión normativa es una ficción que apuntala la igualdad formal que enmascara la desigualdad real y valoriza como mercancías bienes que no son mercancías —como la biodiversidad y los conocimientos tradicionales asociados a la misma—. Y es que esta reestructuración del capitalismo pone en peligro la existencia, no sólo de las

73 De la Torre Rangel, Jesús Antonio, *Iusnaturalismo histórico analógico*, México, Porrúa, 2011, p. 60.

74 De la Torre Rangel, Jesús Antonio, *Del pensamiento jurídico contemporáneo. Aportaciones críticas*, San Luis Potosí, UASLP, 2006, pp. 29-30.

75 Rivera Lugo, Carlos, “La miseria del derecho. Replica a Carlos Fernández Liria y a Luis Alegre Zahonero”, en Rivera Lugo, Carlos y Oscar Correas Vázquez (coords.), *El comunismo jurídico*, CEIICH-UNAM, México, 2013, p. 125.

76 *Ibidem*, pp. 125-126.

comunidades campesinas locales, sino de la humanidad entera, ya que se están sentando las bases jurídicas y tecnocientíficas que posibilitan el despojo y la destrucción, por parte de unos cuantos oligopolios transnacionales, de los soportes –materiales e inmateriales– de la subsistencia de la humanidad. Esto revela la confrontación entre lo que Rivera Lugo llama el *nomos del capital* frente al *nomos de lo común*. A pesar de las pretensiones del capital para subsumirlo todo bajo su dominio, pueblos indios y campesinos encuentran en sus ámbitos de comunidad, en “lo común”, un principio de acción, explicación y orientación en sus luchas, en franca defensa de los bienes materiales e inmateriales necesarios para reproducir una vida digna de ser vivida. En este sentido, lo *común* es “una categoría que aspira a nombrar y apalabrar un contexto material y de fuerzas diferenciado que forcejea en la actualidad desde la base de la sociedad capitalista, y que encierra la *potentia* de un mundo muy otro.”<sup>77</sup> Lo común, va más allá del estado y del mercado –en el contexto de las sociedades capitalistas– fruto de la praxis permanente de múltiples actores sociales que instituyen lo inapropiable, creando derechos de uso –libre y gratuito– que imponen límites a la propiedad privada, a través del reconocimiento de una norma social de inapropiabilidad, pues las motivaciones de “reivindicar y demandar lo común como nueva razón y principio político se debe a la toma de conciencia no ingenua de la capacidad que el capitalismo tiene de controlar y dominar el mundo”.<sup>78</sup>

Como se ha dicho reiteradamente, *el maíz no es una cosa*, ni una mercancía, ni un simple cultivo o producto agrícola. En realidad, el maíz es un tejido de relaciones que involucran epistemologías y espiritualidades, formas de estar y pensar el mundo

77 Rivera Lugo, Carlos, “El nomos de lo común”, en *Crítica Jurídica Nueva Época*, núm. 38, julio-diciembre de 2017, CRIM-UNAM, México, p. 136.

78 Sánchez Rubio, David, “Derechos humanos, praxis instituyente, común y multi-garantías”, en Malinverni Da Silveira, Clóvis Eduardo, Gustavo Borges y María Fatima Schumacher Wolkmer (orgs.), *O comum, os novos direitos e os processos democráticos emancipatórios*, Editora da Universidade de Caxias do Sul, Caxias do Sul, 2019, pp. 99-100.

colectivamente, así como a las construcciones comunes en torno al mismo; producto de una coevolución con la naturaleza que da cuenta de una elección civilizatoria —en la elección de un alimento primordial que ordena el tiempo y el espacio—, en el plano más fundamental de la relación ser humano-naturaleza. De modo que, cuando se habla del maíz como un bien común, se hace referencia a este como un don, nunca como una mercancía sujeta a apropiación individual, pues el maíz no puede jamás quedar en manos de una persona o un grupo, no importa cuán docto o comprometido sea, pues el carácter colectivo de la crianza del maíz es lo que ha mantenido su riqueza inagotable. Es por ello que, cuando se dice que los mexicanos somos mujeres y hombres de maíz, se pone de manifiesto nuestra pertenencia a una civilización material; a una forma concreta y singular de vivir, una manera de cultivar la identidad, que involucra el trabajo vivo y las creaciones sociales colectivas, los saberes y las riquezas naturales; modos históricamente determinados de estar juntos y cooperar los unos con los otros en torno a fines compartidos y colectivamente beneficiosos.<sup>79</sup>

La diversidad cultural y sus producciones, aunque marginadas y amenazadas por el modelo de desarrollo tecnológico hegemónico capitalista, sigue representando una fuerza de realidad alternativa cuya *dignificación* ofrece ejes alternativos para que el mundo y la humanidad puedan encontrar un nuevo quicio o, si se prefiere, otros centros de gravitación para su desarrollo.<sup>80</sup> Se trata de establecer una suerte de estatuto común como garantía de respeto y expansión de la diversidad epistemológica del mundo, que reconozca las recreaciones, entornos y espacios comunes de la humanidad; los cuidados, obras y las recreaciones que los pueblos indígenas y campesinos han desarrollado localmente desde tiempos inmemoriales, en sus relaciones

---

79 *Ibid.*

80 Fornet-Betancourt, Raúl, “La pluralidad de conocimientos en el diálogo intercultural” [en línea, formato html]. Recuperado de <http://www.icergua.org/latam/pdf/09-segsem/05-07-ep7/doc10.pdf>. [Consulta: 15 de enero de 2020.]

con la naturaleza, todo lo cual nos beneficia a todos los seres humanos, a nivel global.<sup>81</sup> Por lo anterior, es urgente ampliar el concepto de bioseguridad, más allá de los criterios técnico-científicos, garantizar el libre intercambio de semillas y conocimientos entre campesinos, así como fincar responsabilidades a quien contamine el maíz nativo, ya que los riesgos de distorsión de la competencia interna en la producción agrícola que favorezcan injustamente a las empresas monopólicas transnacionales y que vayan en detrimento de los pequeños campesinos nacionales son tan importantes como los riesgos ambientales o a la salud. Como ya hemos dicho reiteradamente, los campesinos mexicanos han preservado y han sido guardianes de los conocimientos agrícolas y la diversidad genética del maíz durante cientos de generaciones, son ellos quienes sostienen la diversidad de la producción nacional de maíz para consumo humano. Esa diversidad de maíces —y los cultivos asociados en la milpa— constituye la base fundamental del patrimonio culinario de nuestro país y son un reservorio genético importantísimo para la humanidad, el cual debe ser preservado y fomentado,<sup>82</sup> frente a los retos que impone el cambio climático y la pandemia que aún padecemos.

Finalmente, como recomiendan Ángel Kato y sus colaboradores, debe reinstalarse y mantener la moratoria a la liberación de maíz transgénico en el territorio mexicano, revisar y fomentar el mejoramiento del maíz nativo mexicano para poder rescatarlo de los potenciales efectos negativos del maíz transgénico, además de proteger a los más de dos millones de campesinos marginados que existen en el país; ellos son los guardianes del germoplasma nativo de maíz, ya que conservan, mantienen e incluso modifican la diversidad genética presente en sus

---

81 Cfr. Sánchez Rubio, David, “Herencia, recreaciones, cuidados, entornos y espacios comunes y/o locales para la humanidad, pueblos indígenas y derechos humanos”, en Alejandro Rosillo (coord.), *Derechos humanos, pensamiento crítico y pluralismo jurídico*, San Luis Potosí, UASLP, 2008.

82 Olivé *et al.*, “Ética y transgénicos: El caso del maíz en México”, en Álvarez-Buylla y Piñeyro Nelson, *op. cit.*, p. 322.

territorios –hacen biotecnología– mediante el intercambio, flujo genético y experimentación de nuevas semillas. El maíz, especie modelo a nivel mundial de centro de origen, domesticación y diversificación, debe ser ejemplo para la protección de las demás especies de las que México es centro de origen.<sup>83</sup> De todo esto la importancia de proteger el maíz como un bien común de la humanidad.

## Disposiciones en el derecho internacional de los derechos humanos

En términos del artículo 2º de nuestra Constitución federal, que reconoce la composición pluricultural la nación y la cultura e identidad de los pueblos indígenas, afroamericanos y comunidades equiparables, la privatización de las semillas afectaría la preservación de su cultura e identidad y el desarrollo sustentable de estos, e implica, también, un daño a sus derechos territoriales. De reformarse la LFVV, debe hacerse acorde con el artículo 2º de la Constitución federal, garantizando y protegiendo los derechos de los pueblos indígenas a sus territorios, en términos de patrimonio biocultural, así como su cultura e identidad. Asimismo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales reconoce el derecho de los pueblos a disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, por lo que en ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia (artículo 1º). Reconoce, también, el derecho de toda persona a estar protegida contra el hambre, y obliga a las partes a tomar las medidas necesarias para mejorar los métodos de producción, conservación y distribución de alimentos mediante la plena utilización de los conocimientos técnicos y científicos (artículo 11). De esto se desprende que, en tanto medios de subsistencia, riqueza biocultural y bienes naturales, todos los

83 Kato Yamakake, Ángel *et al.*, “Origen y diversidad del maíz”, en Álvarez-Buylla y Piñeyro Nelson, *op. cit.*, p. 53.

pueblos deben disponer libremente de las semillas, considerando y reconociendo sus *saberes de subsistencia* como biotecnología.

Por su parte, el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo establece adopción de las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medioambiente de los pueblos indígenas (artículo 4.1.), y obliga a los Estados parte a establecer las medidas para proteger y preservar el medioambiente de los territorios que habitan (artículo 7.4) y respetar la importancia especial que, para las culturas y valores espirituales de los pueblos, tienen en relación con los territorios, entendidos como la totalidad del hábitat, que ocupan o utilizan de alguna otra manera y en particular los aspectos colectivos de esa relación. Es de particular relevancia el derecho a la consulta en los casos que esta relación pueda ser afectada (artículo 6). En ese sentido, afectar la relación que los pueblos tienen con sus semillas tradicionalmente reproducidas y conservadas exigiría del gobierno, al menos, un proceso de consulta debidamente implementado, acorde con los estándares internacionales (previa, libre, informada, de buena fe, culturalmente adecuada). Ya que esta debe realizarse siempre que un Estado adopte una medida legislativa, administrativa o de cualquier otra índole, susceptible de afectar a los pueblos indígenas. En ese sentido, el Estado mexicano antes de obligarse a adherirse a UPOV 1991, mediante la firma del T-MEC y el TPP, debió haber realizado una Consulta a los pueblos indígenas.

Respecto al Convenio de Diversidad Biológica, en relación a la conservación *in situ*, establece que cada país, con arreglo su legislación, respetará, preservará y mantendrá los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales tradicionales para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica (artículo 8°) y reconoce que las patentes y otros derechos de propiedad intelectual pueden influir en su aplicación, por lo que, conforme al derecho internacional, las partes deben velar por que esos

derechos apoyen a la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica y no se opongan a los objetivos del convenio (artículo 16.5). Asimismo, el Protocolo de Cartagena establece el principio de precaución (artículo 11.8), que prevé la aplicación de medidas eficaces ante cualquier peligro o amenaza de daño grave o irreversible para el ambiente, la salud humana y animal y la diversidad biológica —tanto a nivel técnico como socioeconómico— por uso de OGM y sus paquetes tecnológicos, por lo que todas las decisiones que se tomen en la materia deberán seguir invariablemente este principio. Son de destacarse las consideraciones socioeconómicas (artículo 26), resultantes de los efectos de los OGM para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica, especialmente en relación con el valor que esta tiene para las comunidades indígenas y locales. En ese sentido, alienta a las partes a cooperar en la esfera del intercambio de información e investigación sobre los efectos socioeconómicos de los OGM, especialmente para las comunidades indígenas y locales.

## Corolario

El derecho es un campo en disputa. Todo orden jurídico está inscrito en un contexto social y se caracteriza por unas relaciones sociales y de poder específicas. El derecho tiene usos múltiples, como múltiples son los actores que lo usan, estratégicamente, en función de sus propios intereses, por lo que la labor de la práctica jurídica no permite soslayar la cuestión de esclarecer “a quién sirve” el derecho vigente en la práctica cotidiana, ni el estudio de sus orígenes históricos y sus fundamentos ideológicos para la actuación jurídica en provecho de quienes exigen cambios sociales.<sup>84</sup> De modo que desde la práctica jurídica militante, se usa el derecho y se teoriza respecto del

---

84 De la Torre Rangel, Jesús Antonio, *Conflictos y usos del derecho (Caso Aguascalientes 1977-1988)*, Jus, México, 1988, p. 17.

mismo, pero sin fetichizarlo, y con la intención manifiesta de apropiarse de las formas jurídicas y de darles nuevos contenidos a favor de la plena efectividad de los derechos humanos reconocidos y la búsqueda del reconocimiento de nuevos derechos

Ahora bien, como hemos visto, en el contexto de la globalización coexiste una pluralidad de fuentes de ordenes normativos con distintos niveles de efectividad y eficacia, así como de objetivos y racionalidades, lo cual contradice la percepción dominante y acrítica respecto a la coherencia y homogeneidad del derecho vigente. Estos órdenes normativos operan simultáneamente y no sólo interactúan entre sí, sino que se intersectan y se interpenetran, provocando una esquizofrenia legal en la que las múltiples fuentes normativas –nacionales e internacionales– generan escenarios de contradicción y conflicto. Como explica Orlando Aragón, dicha esquizofrenia legal se manifiesta en la sobreposición cada vez más frecuente e intensa de diferentes normas jurídicas y criterios de interpretación sobre una misma situación legal; existen determinados campos jurídicos del derecho estatal para los cuales hay múltiples disposiciones legales aplicables que provienen de tiempos y proyectos políticos muy disímiles entre sí, en el caso de los tribunales, existen criterios de interpretación abiertamente diferenciados aun en un mismo tribunal. Esto es producto, principalmente, del impacto de la globalización neoliberal del derecho y de la creciente diversificación de fuentes normativas que esta trae consigo: las normas de las justicias indígenas, los tratados de libre comercio, los imperativos de las organizaciones internacionales de financiamiento y los tratados internacionales en materia de derechos humanos se ha incrementado sustantivamente la heterogeneidad y fragmentación de lo que desde hace algunos años debe considerarse como derecho estatal mexicano.<sup>85</sup>

---

85 Aragón-Andrade, Orlando, La emergencia del cuarto nivel de gobierno y la lucha por el autogobierno indígena en Michoacán”, en *Cahiers des Amériques latines* [en línea], 2020, [publicado el 30 abril 2021], p. 94. Recuperado de <http://journals.openedition.org/cal/11270>. [Consulta: 15 de octubre de 2022.]

De esta guisa, el orden jurídico vigente en México está constituido, tanto por los derechos fundamentales reconocidos en nuestra Constitución federal y en los tratados y convenios de derechos humanos celebrados y ratificados por México (*bloque de constitucionalidad*), así como por tratados y acuerdos comerciales celebrados por el Estado mexicano, mediante los cuales acoge las exigencias y necesidades del fundamentalismo de mercado. De modo que las alternativas jurídicas dependen no sólo de la normatividad en sí, sino de la interpretación y el uso que realizan los pueblos y comunidades indígenas y campesinas —y su aliados— en la defensa de los maíces nativos y el resto su patrimonio biocultural, frente al despojo legalizado y los megaproyectos extractivos. Ahora, si bien es cierto que México se obligó a adherirse al Acta UPOV 1991 mediante la firma del T-MEC y el TPP, este punto en concreto no fue discutido ni se consultó en términos del Convenio 169 de la OIT: no atiende al interés común ni al interés público; al contrario, tal adhesión atiende al intereses privados del oligopolio agroindustrial global y genera el incumplimiento de las obligaciones del Estado mexicano derivadas del derecho internacional de los derechos humanos, por lo que en aras conservar la soberanía nacional y alimentaria del país y con fundamento en los artículos 1º y 133 de la CPEUM debe rechazarse la adhesión de México al Acta UPOV 1991. Por lo anterior, la constante presión ejercida a fin de reformar la LFVV, en el marco del T-MEC y el TPP, y que pretende obligar a nuestro país a adherirse al Acta del Convenio UPOV 1991 cuyo cambio esencial respecto al Acta 1978 está en privilegiar los DPI del oligopolio agrobiotecnológico por encima de los derechos de los pueblos indígenas y campesinos ligados a su patrimonio biocultural, debe ser rechazada asumiendo una perspectiva de plena efectividad de los derechos humanos.

De darse una reforma a la LFVV, debe ser armonizándola con el *bloque de constitucionalidad* en cumplimiento con los estándares internacionales de la materia e incorporando el análisis y discusión de los aspectos técnicos, científicos, sociales, eco-

nómicos, jurídicos, ambientales y de perspectiva de derechos humanos respecto a las incertidumbres y riesgos socioeconómicos y socioculturales que conllevan los derechos de propiedad intelectual ligados a la ingeniería genética, frente a la conservación *in situ* de la biodiversidad del maíz nativo y el resto del patrimonio biocultural de los pueblos indígenas y campesinos de México, ya que estos son los guardianes del germoplasma nativo del maíz más importante del mundo, mismo que conservan y diversifican en sus milpas, demostrando fehacientemente que la diversidad epistemológica actualmente representa una fuerza insoslayable que ofrece ejes alternativos para que la humanidad encuentre un nuevo quicio ante los retos y amenazas que conlleva la crisis multidimensional que enfrenta el mundo contemporáneo. En este sentido, el decreto presidencial del 31 de diciembre de 2020 constituye un oportunidad histórica para proteger el maíz y la milpa como base para la protección del resto de nuestras semillas nativas y el patrimonio biocultural para el bienestar de la población, a través de una alimentación sana, respetuosa con el medioambiente, culturalmente adecuada y acorde con nuestras ancestrales tradiciones agrícolas y culinarias frente al modelo corporativo de la agricultura industrial.

A pesar de las pretensiones del capital de subsumirlo todo, los pueblos indígenas y campesinos encuentran en sus ámbitos de comunidad –en lo común– un principio de acción y orientación en sus luchas históricas más allá del Estado y el mercado. Y es que la milpa como paradigma de organización sociobiocultural y el maíz como un bien común son producto del conocimiento, el trabajo, la pasión y la curiosidad histórica de millones de personas que mediante una praxis milenaria crearon y recrean una específica relación entre ser humano y naturaleza que beneficia a todos los seres humanos a nivel global.

## Bibliografía

- Arcudia Hernández, Carlos Ernesto y José Manuel Rufino Magaña, “El régimen jurídico y la concesión de los títulos de obtentor en México”, en *Revista Iberoamericana de la Propiedad Intelectual*, núm. 16, 2022.
- Barreda Marín, Andrés, “Anatomía de la decadencia de la relación capitalista entre la sociedad y la naturaleza”, en Barreda Marín, Andrés *et al.* (coords.), *Economía política de la devastación ambiental y conflictos socioambientales en México*, Ítaca-FE-UNAM, México, 2019.
- Becerra, Manuel, “La ley mexicana de variedades vegetales”, *El desarrollo tecnológico y la propiedad intelectual*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2004.
- Brand, Ulrich, “El papel del Estado y de las políticas públicas en los procesos de transformación”, *Más allá del desarrollo. Grupo permanente de trabajo sobre alternativas al desarrollo*, Quito, Ediciones Abya Yala-Fundación Rosa Luxemburg, 2011.
- Espinosa-Calderón, Alejandro, Turrent-Fernández, Antonio *et al.*, “Ley de semillas y ley federal de variedades vegetales y transgénicos de maíz en México”, en *Revista Mexicana de Ciencias Agrícolas*, vol. 5, núm. 2, febrero-marzo de 2014, México.
- González Casanova, Pablo, *Las nuevas ciencias y las humanidades. De la academia a la política*, Antrophos-UNAM-IIS, Barcelona, 2004.
- Harvey, David, “El ‘nuevo’ imperialismo: acumulación por desposesión”, *Social Register. “En nuevo desafío imperial”*, CLACSO, Buenos Aires, enero de 2005.
- Herrera, Ramón, “El maíz y su defensa más transparente”, *Ojarrasca. “Voces de un mundo en movimiento”*, núm. 168, México, abril de 2011.

- Medici, *El malestar en la cultura jurídica. Ensayos críticos sobre políticas del derecho y derechos humanos*, La Plata, Universidad de la Plata, 2011.
- Merino, Mauricio, “La importancia de la ética en el análisis de las políticas públicas”, *Reforma y Democracia*, núm. 41, junio de 2008, Caracas.
- Ribeiro, Silvia, “El asalto corporativo a la agricultura”, *Ciencias*, núm. 92, México, octubre de 2009.
- Tetrault, Darcy *et al.*, “Introducción”, en Tetrault, Darcy *et al.* (coords.), *Conflictos socioambientales y alternativas de la sociedad civil*, ITESO, Guadalajara, 2012.
- Vandana Shiva en Sánchez Rubio y Solorzano Alfaro, “Nuevos colonialismos del capital. Propiedad intelectual, biodiversidad y derechos de los pueblos”, *Pasos*, núm. 111, San José, 2004.
- Vandana Shiva, *Las nuevas guerras nuevas guerras de la globalización. Semillas, agua y formas de vida*, Madrid, Editorial Popular, 2007.
- Vercellone, Carlo, “Las políticas de desarrollo en tiempos del capitalismo cognitivo”, en O. Blondeau *et al.*, *Capitalismo cognitivo, propiedad intelectual y creación colectiva*, Traficantes de Sueños, Madrid, 2004.



**ESTUDIOS EN TORNO  
A LA ADMINISTRACIÓN Y PROCURACIÓN DE JUSTICIA  
EN LAS ENTIDADES FEDERATIVAS**

Primera edición 2022

El cuidado y diseño de la edición estuvieron  
a cargo del Departamento Editorial  
de la Dirección General de Difusión y Vinculación  
de la Universidad Autónoma de Aguascalientes.