

1

Publicación Semestral

CimaLex



VOLUMEN I, NÚMERO 1 | Enero-junio

ISSN: 2954-3398 2022

Jurisprudencia mediante precedentes obligatorios, **Miguel Ángel Rodríguez Vázquez**

Niñez migrante no acompañada: el principio de interés superior en las resoluciones en torno a los procedimientos administrativos migratorios en los que son parte, **Chantal Lucero Vargas**

El derecho a la protección de datos personales de niñas, niños y adolescentes en México, **Daniel Humberto Núñez Valadez**

El derecho fundamental a la protección de la infancia y la adolescencia y la lucha contra la ciberdelincuencia durante el Covid 19, en Brasil, **Isabela Moreira Domingos**

La gestión subrogada, el derecho no reconocido para los bajacalifornianos. Consideraciones en su legislación, **Sandra Elena Venegas Nevarez**

Los derechos políticos en la elección de ayuntamientos del estado de Chihuahua, **Erasto López López y Jorge Antonio Breceda Pérez**

Sistema Nacional de Coordinación Fiscal en el Derecho Comparado, **Gabriel Alejandro Ibarra Torres**

Maltrato y violencia hacia el adulto mayor: aspectos legales y factores de riesgo psicosocial, **Sergio Gilberto Capito Mata, Elsa de Jesús Hernández Fuentes, María del Rosario Molina González**

Publicación Semestral

CimaLex



Volumen I, número 1, enero-junio, 2022



Universidad Autónoma de Baja California



Universidad Autónoma de Baja California

Dr. Daniel Octavio Valdez Delgadillo
Rector

Dr. Luis Enrique Palafox Maestre
Secretario General

Dra. Mónica Lacavex Berumen
Vicerrectora Campus Ensenada

Dra. Gisela Montero Alpírez
Vicerrectora Campus Mexicali

Mtra. Edith Montiel Ayala
Vicerrectora Campus Tijuana

FACULTAD DE DERECHO MEXICALI

Mtra. Ana Edith Canales Murillo
Directora de la Facultad de Derecho Mexicali

Mtro. Roberto Villa González
Subdirector de la Facultad de Derecho Mexicali

Mtra. Elizabeth García Espinoza
Administradora

Mtro. Luis Xavier Garavito Torres
Coordinador de Extensión y Vinculación

Dr. Pablo Latorre Rodríguez
Coordinador de Investigación y Posgrado

Publicación Semestral



CimaLex

**Volumen I, número 1,
enero-junio, 2022**

DIRECTORA EDITORIAL

Dra. Marina del Pilar Olmeda García

CONSEJO CIENTÍFICO

Dra. Marisol Angles Hernández
Dr. José Ramón Cossío Díaz
Dr. Guillermo Escobar Roca
Dra. María Guadalupe Fernández Ruíz
Dr. Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot
Dr. Imer Benjamín Flores Mendoza
Dr. Sergio García Ramírez
Dr. Alfredo Islas Colín
Dra. María Mercedes Iglesias Báñez
Dra. Margarita Palomino Guerrero
Dra. Marina del Pilar Olmeda García
Dra. Teresita de Jesús Rendón
Dra. Eneida Desiree Salgado
Dr. Enrique Uribe Arzate
Dr. Juan Vega Gómez
Dr. Ricardo Zuluaga Gil

Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
Profesor Investigador Asociado de El Colegio de México
Universidad de Alcalá de Henares, España
Facultad de Derecho de la UNAM
Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
Universidad Juárez Autónoma de Tabasco
Universidad de Salamanca, España
Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
Facultad de Derecho, Campus Mexicali, UABC
Universidad de Guanajuato
Universidad de Curitiba, Brasil
Universidad Autónoma del Estado de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
Universidad de Medellín, Colombia

COMITÉ EDITORIAL

Dra. Angélica Burga Coronel
Dr. Sergio Gilberto Capito Mata
Mtro. Fernando Manuel Castro Figueroa
Dr. Luis Carlos Castro Vizcarra
Dr. Pablo Latorre Rodríguez
Dra. Marisol Luna Leal
Dra. Karla Elizabeth Mariscal
Dra. Alina del Carmen Nettel
Dr. Carlos María Pelayo Moller
Dra. María Candelaria Pelayo Torres
Dra. Virdzhiniya Petrova Georgieva
Dr. Jesús Rodríguez Cebreros
Dr. Luis Gerardo Rodríguez Lozano
Dr. Miguel Ángel Rodríguez Vázquez
Dr. Juan Pablo Venegas Contreras

Facultad de Derecho, Campus Mexicali, UABC
Universidad Veracruzana
Universidad Autónoma de Querétaro
Universidad Autónoma de Querétaro
Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
Facultad de Derecho, Campus Mexicali, UABC
Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
Facultad de Derecho, Campus Mexicali, UABC
Universidad Autónoma de Nuevo León
Universidad Juárez del Estado de Durango
Facultad de Derecho, Campus Mexicali, UABC

Revista CimaLex

Vol. I, núm. 1, enero-junio, 2022

Directorio

Directora editorial

Dra. Marina del Pilar Olmeda García

Coordinación editorial

Mtro. Fernando Manuel Castro Figueroa

Lic. Leobardo Sarabia Quiroz

Diseño de portada y formato de interiores: Raymundo Larios

Soporte digital: Raymundo Larios

Asistencia editorial: Issa Jensen, Leopoldo Gardea.

CIMALEX, Volumen I, número 1, enero-junio 2022, es una publicación semestral editada por la Universidad Autónoma de Baja California, a través de la Facultad de Derecho Mexicali. Boulevard Benito Juárez y Avenida Ignacio López Rayón, s/n, Mexicali, Baja California. C.P. 21280. Tel. 686 841-8231, <http://revistacimalex.uabc.mx/>, revista.cimalex@uabc.edu.mx. Editor responsable: Marina del Pilar Olmeda García. Reserva de Derechos al Uso Exclusivo no. 04- 2021-112511325400-102, ISSN: 2954-3398, ambos otorgados por el Instituto Nacional del Derecho de Autor. Licitud de Título y contenido: en trámite, otorgado por la Comisión Calificadora de Publicaciones y Revistas Ilustradas de la Secretaría de Gobernación. Impresa por Artificios Media, Abelardo L. Rodríguez 747, Col. Maestros Federales, Mexicali, Baja California, C.P. 21370. Este número se terminó de imprimir el 5 de enero de 2022, con un tiraje de 50 ejemplares.

Las opiniones expresadas por los autores no necesariamente reflejan la postura institucional de la publicación y son responsabilidad exclusiva de los autores. Se autoriza la reproducción total o parcial de los textos aquí publicados siempre y cuando se cite la fuente completa y la dirección electrónica de la publicación.

IMPRESO Y HECHO EN MÉXICO

ÍNDICE

Palabras del Rector, Daniel Octavio Valdez Delgado, rector de la UABC	9
Presentación, Ana Edith Canales Murillo, directora de la Facultad de Derecho Mexicali	11
Palabras previas, Marina del Pilar Olmeda García, Fernando Manuel Castro Figueroa, Coordinación editorial	15
Jurisprudencia mediante precedentes obligatorios, Miguel Ángel Rodríguez Vázquez	21
Niñez migrante no acompañada: el principio de interés superior en las resoluciones en torno a los procedimientos administrativos migratorios en los que son parte, Chantal Lucero Vargas	59
El derecho a la protección de datos personales de niñas, niños y adolescentes en México, Daniel Humberto Núñez Valadez	93
El derecho fundamental a la protección de la infancia y la adolescencia y la lucha contra la ciberdelincuencia durante el Covid 19, en Brasil, Isabela Moreira Domingos	125

La gestión subrogada, el derecho no reconocido para los bajacalifornianos. Consideraciones en su legislación, Sandra Elena Venegas Nevarez 147

Los derechos políticos en la elección de ayuntamientos del Estado de Chihuahua, Erasto López López y Jorge Antonio Breceda Pérez. 171

Sistema Nacional de Coordinación Fiscal en el Derecho Comparado, Gabriel Alejandro Ibarra Torres 201

Maltrato y violencia hacia el adulto mayor: aspectos legales y factores de riesgo psicosocial, Sergio Gilberto Capito Mata, Elsa de Jesús Hernández Fuentes, María del Rosario Molina González. 239

RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

La investigación jurídica. Protocolos de experiencias y desafíos en Baja California, Ana Edith Canales Murillo y Marina del Pilar Olmeda García (coordinadoras), por Leobardo Sarabia 279

Derecho y cambio climático. Marisol Luna Leal y Luis Samaniego Santamaría (coordinadores), por Luis Alberto Bautista Arciniega. 287

Discriminación y vulnerabilidad social. Una aproximación teórica y empírica, Rivera, Ó. B.; Hernández, E. de J.; Ayala, M. y Moreno, R. L. (coordinadores), por Carlos Federico Rosales Guerrero 291

PALABRAS DEL RECTOR

DANIEL OCTAVIO VALDEZ DELGADILLO
Rector de la Universidad Autónoma de Baja California

La producción editorial es el mejor ejemplo de desarrollo académico de todo universitario como persona, y de la propia casa de estudios de que se trate. Representa a su vez, el mayor esfuerzo en la consolidación de las funciones universitarias. Con esta convicción nos encontramos gratamente complacidos por la creación de la revista jurídica CimaLex. La necesidad de acrecentar el conocimiento se materializa no solo mediante la realización de investigaciones, sino además a través de la publicación de sus resultados.

Algunos afirman que el conocimiento puede ser representado en un rectángulo, en el que la altura representa la magnitud del estado del arte, y por su parte la base es la extensión o difusión de ese conocimiento. En este sentido, la finalidad de la ciencia es maximizar el espacio del rectángulo, lo que se logra no solamente con la creación, recreación e innovación del conocimiento, sino además mediante la publicación de los resultados para que llegue a la comunidad lo más amplio posible y extienda sus beneficios.

Otra consideración que habrá que agregar a la importancia de la publicación, es que además de hacer posible la difusión del conocimiento ofrece una vía para la evaluación, generando procesos de dictaminación de calidad de las investigaciones cuyos resultados se publican. Es innegable que en el presente las publicaciones indexadas se han constituido en una de las primeras exigencias para las Institucio-

nes de educación superior en los procesos de acreditación y certificación de calidad, así como para su financiamiento y obtención de fondos especiales.

Para los alumnos, las publicaciones legitiman su proceso formativo como investigadores, lo que facilita su acceso a programas de posgrado, becas, estancias de investigación, entre otras; por lo que ser autor de publicaciones científicas es una ventaja que marca la diferencia. Para los investigadores por su parte, como principales actores del proceso científico, la publicación hace visible sus estudios, a la vez que se enriquecen del intercambio de conocimientos, de la evaluación que directa e indirectamente se realiza a su trabajo, que pasa por la crítica de la comunidad científica y de la comunidad en general.

Otras consideraciones, y tal vez de las más importantes, es que la publicación de los productos de los estudios e investigaciones de los universitarios, al continuar el ciclo de producción intelectual genera nuevo conocimiento, lo recrea y lo innova. Asimismo, la publicación al acercar el conocimiento a la sociedad, a las comunidades, mediante su acceso cumple con la función social de divulgación.

Mi reconocimiento a la Facultad de Derecho Mexicali, a sus académicos y a sus directivos, por la creación de la revista CimaLex, que representa la materialización de un anhelo y el mejor ejemplo del desarrollo de la docencia y la investigación jurídica en esta Facultad, mi también Facultad.

Nuestro agradecimiento a los académicos externos de importantes universidades nacionales e internacionales que forman parte del Consejo Científico y del Comité Editorial de esta revista, gracias por creer en nosotros.

PRESENTACIÓN

ANA EDITH CANALES MURILLO

Directora de la Facultad de Derecho Mexicali

La idea de publicar una revista académica especializada en derecho ha sido una aspiración largamente acariciada en nuestra facultad. Una revista que registre la cauda de reflexiones e investigaciones académicas que se realizan en forma permanente en nuestro recinto educativo. Después de valorar propuestas y reunir los elementos necesarios, asistimos a la publicación del número uno de *CimaLex*. Una publicación académica cuidadosamente planeada, en versión impresa y digital, con periodicidad semestral, editada y difundida por la Facultad de Derecho Mexicali, de la Universidad Autónoma de Baja California (UABC).

CimaLex, desde su mismo título, invoca una conjunción de significados, una simbiosis del emblema de la universidad, el cimarrón y la antigua palabra que designa la ley en la cultura latina. Es un buen auspicio que la revista, desde el comienzo lleve en su nombre esa dualidad de significados tan apreciada por nosotros. Esto nos motiva a estudiar y ejercer el derecho, desde nuestra circunstancia geográfica, pero con proyección nacional e internacional. En una sociedad globalizada como la actual, muchos temas tienen una vigencia más allá de las fronteras, con similitudes, simetrías, desde la realidad concreta de cada país y esto se manifiesta en los estudios comparados del derecho. Nos anima promover en estas páginas la indagación, la propuesta, el debate sustentado, con la intención de poner los recursos del derecho al servicio de la sociedad. En este sentido, la

ciencia jurídica adquiere una manifiesta vocación de servicio e inserción con las causas de la comunidad, la aportación de un conocimiento actuante en el destino y bienestar de la colectividad.

El objetivo central de la revista *CimaLex* es publicar textos científicos destinados principalmente a un público especializado, en los cuales se aborde de manera rigurosa aspectos de la ciencia jurídica, desde un punto de vista teórico, metodológico y de aplicación concreta del derecho. La revista está dirigida a investigadores, profesores, estudiantes y académicos interesados en los estudios del derecho, originados en el ámbito regional, nacional e internacional. Otra meta de esta publicación semestral es registrar la agenda de investigación promovida por los cuerpos académicos de la facultad y auspiciar el estudio científico en nuestro ámbito. Aprovechar esa agenda intensa de investigación, para que sus resultados y avances sean tema principal de la nueva publicación, en sus ediciones sucesivas. Asimismo, y en la misma ruta, promover el intercambio de experiencias y estudios originados en otros países. La revista se propone ofrecer información precisa y útil, que le permita al lector, ampliar sus conocimientos sobre la tradición jurídica y abordar los grandes temas del derecho contemporáneo.

La revista se rige con una sólida base de principios. Los criterios editoriales que norman la entrega de los artículos y ensayos, un riguroso proceso de selección de los artículos académicos, la exigencia académica en sus contenidos, el cumplimiento de un código de ética. Nos acompañan con su presencia y consultoría destacados especialistas a nivel internacional en los comités científico y editorial; y la coordinación editorial asegura en todo momento la observancia del esquema de reglas que garantizan validez y calidad a los ensayos publicados y al número de la revista en su conjunto.

Los artículos se publican previo dictamen doble ciego, que realiza un conjunto de árbitros nacionales y foráneos, conocedores en distintas disciplinas jurídicas.

El propósito de *CimaLex* es ampliar la base documental del estudio del derecho. Es una publicación que se inscribe en la tradición de revistas académicas mexicanas, vigente desde la primera parte del siglo XX, originadas en los claustros académicos y en las instituciones del Estado. La idea central es dar curso a las investigaciones, elaborar números monográficos que indaguen sobre temas de actualidad, tanto de largo aliento como de coyuntura. La publicación de revistas académicas es un indicador de madurez institucional, reflejo de un proyecto permanente y serio de programas de investigación que le dan cauce a las líneas sustantivas de los cuerpos académicos de la Facultad. Eso permite poner en perspectiva el programa de investigación impulsado y con el tiempo, este registro nos permitirá evaluar el trayecto académico de la propia institución.

Desde el primer número, nuestra revista demuestra una mirada plural del hecho jurídico; la diversidad de temas contenidos en sus páginas revela una amplia agenda de investigación, e incluye ensayos sobre: la protección de los datos personales en el contexto de la sociedad de la información; la defensa de los menores migrantes en su tránsito y cruce de fronteras; los derechos políticos en los procesos electorales en los ayuntamientos del norte de México; la gestación subrogada y su problemática asociada; los aspectos legales de la violencia contra los adultos mayores; el amago de la ciberdelincuencia durante la epidemia del Covid-19, y el análisis de la jurisprudencia mediante precedentes obligatorios. El arco temático es amplio y comprende desde aspectos tradicionales pero que requieren de una actualización crítica, hasta los que emergen en los nuevos tiempos de la modernidad urbana.

Con este primer número de *CimaLex* se cumple su misión explícita: abordar temas esenciales del discurso jurídico, encauzar las investigaciones de nuestros académicos, convocar a estudiosos de otras latitudes, alentar la aplicación oportuna del derecho en México y establecer un instrumento editorial permanente para la divulgación de nuestros estudios universitarios.

PALABRAS PREVIAS

MARINA DEL PILAR OLMEDA GARCÍA
FERNANDO MANUEL CASTRO FIGUEROA
Coordinación Editorial

La creación de la revista *CimaLex* representa un anhelo de la Facultad de Derecho Mexicali de la Universidad Autónoma de Baja California y el mejor ejemplo en la consolidación de la docencia y la investigación jurídica, así como abrir mayores posibilidades de extensión del conocimiento jurídico a la comunidad.

En Baja California, la atención de los estudios de educación superior no ha sido una tarea fácil. Esta entidad federativa fue la antepenúltima en ser reconocida como tal en el contexto del federalismo en México, el 16 de enero de 1952. Esta circunstancia inhibía el desarrollo local en algunas áreas como el de la educación, en particular, la carencia de estudios de educación superior. Fue hasta 1957 que se crea la Universidad Autónoma de Baja California para iniciar la atención de programas de este nivel de estudio, en una primera etapa solo con la atención de educación media, técnica y licenciatura.

La atención de los estudios jurídicos da inicio en esta Universidad con la creación de la Licenciatura en Derecho y su respectiva Facultad en Mexicali, el 27 de octubre de 1973; en la unidad Tijuana, el 10 de noviembre de 1975 y en la unidad de Ensenada, en agosto de 2003-2. Así, los esfuerzos en la enseñanza, investigación y extensión de la cultura jurídica en la Universidad Autónoma de Baja California se centraron en una primera etapa en la docencia, porque esos eran los

requerimientos de una sociedad integrada mayormente por jóvenes ansiosos de abreviar del conocimiento de la ciencia del derecho. En esta forma, la investigación jurídica y su vinculación con el entorno social no fue posible atenderla sino hasta una segunda etapa conjuntamente con la creación de los estudios de posgrado a finales del siglo XX.

Los estudios de posgrado dieron inicio en un primer intento con la creación de la Maestría en Derecho Público en 1987. En un segundo momento, con mayor firmeza se crea la Especialidad y Maestría en Derecho en el año 2000. Un siguiente paso importante fue la creación del Doctorado en Derecho en 2006, programa que fue atendido conjuntamente con la Universidad de Sonora. En el presente, a partir de la reestructuración de estos programas de estudios con apego a los lineamientos del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología, se atiende la Especialidad en Derecho, así como la Maestría y el Doctorado en Ciencias Jurídicas, estos dos últimos programas forman parte del padrón nacional de posgrados de calidad en México.

En esta forma, la maduración de la docencia en licenciatura y los estudios de posgrado integrados a la investigación jurídica y vinculación del conocimiento, nos permite ahora la creación de la revista *CimaLex*. Estamos conscientes que el reto es alto, que no es fácil. No obstante, asumimos este reto con la mayor responsabilidad y a la vez con entusiasmo, conscientes que estamos en el mejor momento para dar este paso importante, como el mejor ejemplo para el avance del conocimiento jurídico en la Universidad Autónoma de Baja California.

La revista *CimaLex* nace a iniciativa de la directora de la Facultad de Derecho Mexicali, UABC, maestra Ana Edith Canales Murillo, quien convocó a todo el profesorado de carrera a externar sus opiniones y mejores ideas para la confor-

mación de nuestra revista que hoy es una realidad. Así, con el impulso, mediante las aportaciones y trabajo colaborativo de la planta académica fue posible materializar este anhelo, para difundir los productos de nuestras investigaciones y estudios, además de los productos investigativos de colegas de reconocidas universidades nacionales e internacionales, con los que participamos en importantes redes y organizaciones académicas. En este proyecto, muy importante fue la asesoría y orientación que en todo momento se recibió de parte de Metro Editores, a través de su director, maestro Leobardo Sarabia Quiroz, quien se integra a nuestra revista como parte de la Coordinación Editorial.

Los criterios y exigencias que sustentan esta nueva publicación científica, revista *CimaLex*, se apegan con sentido estricto a los indicadores de una revista arbitrada y evaluada para su pertenencia a los índices por repertorios de la más alta calidad:

- Por la conformación de su Consejo Científico y Comité Editorial, integrados por académicos de alto reconocimiento y solvencia en la ciencia jurídica. Buena parte de ellos sin vinculación institucional con la revista y orientado a delimitar la política editorial y someterla a evaluación y auditoria;
- Por la naturaleza de los artículos presentados para su publicación como informes técnicos, artículos originales inéditos, ponencias o comunicaciones en congresos, coloquios y otros foros científicos;
- Por la excelencia de los artículos a publicarse, evaluados con rigor mediante pares académicos a través de dictámenes en el que se expresan las razones para la aceptación, revisión o rechazo del artículo propuesto;
- Por el arbitraje a doble ciego de los artículos propuestos para su publicación, en los que se valora: su relevancia en re-

lación con su oportunidad de generar conocimiento o aportaciones que posibiliten su beneficio a la sociedad; pertinencia, por dar respuestas a problemáticas jurídicas particulares de beneficio social; congruencia, por su articulación entre los diferentes componentes del trabajo a publicar; y por las cualidades epistemológicas como la estructura, cumplimiento de los apartados, presentación, lenguaje y estilo adecuados.

- Por las características técnicas y formales: periodicidad de la revista que será semestral, cuidando su regularidad y homogeneidad de la línea editorial con claridad de la entidad editora.
- Por su factor de impacto: se cuidará la aceptación de los artículos de la revista por la comunidad científica, a través de la cantidad de citas que reciban los artículos publicados por parte de los usuarios.

La necesaria visibilidad de la ciencia jurídica es evidente, no podemos permitirnos ser solo observadores de los cambios que están impactando nuestra vida y nuestra forma de convivir. Entre los cambios que impactan el sistema jurídico se encuentran las implicaciones de las relaciones económicas mundiales, las transformaciones sociojurídicas sobre el concepto familia, las problemáticas en materia de biodiversidad y ecología, los temas sobre bioética y el desarrollo de los sistemas de comunicación e información, entre otros. Ante estas transformaciones el derecho está llamado a participar con las mejores respuestas en apoyo a su sociedad, a sus comunidades y lo menos que puede esperarse es que los académicos de esta disciplina tengamos que estar entre sus principales arquitectos.*

* Olmeda García, Marina del Pilar, “El impulso de la investigación jurídica en México, desde las políticas públicas estatales” en Luis Guerrero Agripino (coordinador), *El futuro de la investigación jurídica en México*. México, Universidad de Guanajuato, 2013, p. 25.

La publicación de nuestra revista *CimaLex* de la Facultad de Derecho Mexicali de la Universidad Autónoma de Baja California, inicia con este primer número, sustentada en la visión de Redalyc, uno de los repositorios más reconocidos de revistas científicas en el mundo: “la ciencia que no se ve no existe”. En efecto, la revista *CimaLex* es un proyecto académico para la difusión de la investigación y el trabajo jurídico, bajo un modelo liderado por la academia.

Nuestro agradecimiento al doctor Daniel Octavio Valdez Delgadillo, rector de la Universidad Autónoma de Baja California por haber creído en nosotros al autorizar el surgimiento de esta revista. Especial agradecimiento a la maestra Laura Figueroa Lizárraga, directora editorial de nuestra universidad por su asesoría y coordinación invaluable en tantos aspectos técnicos que exige la edición de una revista.

Nuestro reconocimiento a los directivos y académicos de nuestra Facultad por su liderazgo, impulso y motivación para la creación de este proyecto editorial.

JURISPRUDENCIA MEDIANTE PRECEDENTES OBLIGATORIOS

MIGUEL ÁNGEL RODRÍGUEZ VÁZQUEZ*

RESUMEN

Se estudian las influencias que en el constitucionalismo mexicano ha tenido el estadounidense, pero se advierten las diferencias en la creación judicial del derecho. Luego se analiza la genealogía de la jurisprudencia y el avance en el sistema de precedentes, al consagrarse constitucionalmente la obligatoriedad de las razones que justifiquen las decisiones contenidas en las sentencias de la Suprema Corte. Se hace un análisis crítico del diseño constitucional y legal, y se previene sobre la necesidad de poner énfasis en la preparación de las futuras generaciones de profesionales del Derecho, relacionada con las formas de crear y aplicar la jurisprudencia.

PALABRAS CLAVE: Precedente obligatorio, jurisprudencia, Suprema Corte de Justicia de la Nación

* Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. Profesor-Investigador en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Juárez del Estado de Durango; Investigador Nacional nivel I del Sistema Nacional de Investigadores; Perfil PRODEP; miembro del Cuerpo Académico “Estudios Avanzados de los Derechos Humanos”. Magistrado en Retiro; Miembro asociado de la Sección Mexicana del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.

ABSTRACT

The influences that the US has had on Mexican constitutionalism are studied, but differences in the judicial creation of law are noted. Then the genealogy of jurisprudence and progress in the system of precedents are analyzed, as the mandatory nature of the reasons that justify the decisions contained in the Supreme Court judgments is constitutionally enshrined. A critical analysis of the constitutional and legal design is made, and the need to place emphasis on the preparation of future generations of legal professionals is made, related to the ways of creating and applying jurisprudence.

KEYWORDS: Mandatory precedent, jurisprudence, Supreme Court of Justice of the Nation.

I. INTRODUCCIÓN

En la historia reciente de la justicia constitucional mexicana ha habido algunas reformas y adiciones a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que en buena medida nos acercaron al modelo europeo, por ejemplo, con las del 31 de diciembre de 1994 se introdujo en el artículo 105, la acción de inconstitucionalidad como medio de control de la regularidad constitucional de las normas de carácter general, que es de matriz europea; también se fortalecieron las controversias constitucionales consagradas en el citado artículo 105 que solo pueden ser resueltas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y en ambos procesos se puede llegar a la declaración general de inconstitucionalidad.¹

¹ “Al modelo europeo nos parecemos en la existencia de los procesos especializados de control de constitucionalidad, así como en la posibi-

No obstante lo anterior, desde sus inicios el constitucionalismo mexicano estuvo fuertemente influenciado por el constitucionalismo estadounidense, como se verá en el desarrollo de este trabajo, incluso recibió tal influencia una institución que a lo largo del tiempo ha mostrado su efectividad en la protección de los derechos humanos, el juicio de amparo mexicano.²

En materia de justicia constitucional, a partir de la resolución del expediente Varios 912/2010, el 13 de julio de 2011, se introdujo el control difuso de constitucionalidad, que es la esencia del modelo de justicia constitucional americano,³ en el que todos los jueces lo pueden realizar y, por tanto, dejar de aplicar las normas que no sean acordes a la Constitución. La finalidad de su introducción en México, fue que, a través del control difuso de constitucionalidad, se llevara a cabo el control de convencionalidad *ex officio*.⁴

lidad de que dos de ellos (controversias y acciones) la declaratoria de invalidez pueda tener efectos generales” Cossío Díaz, José Ramón, *Sistemas y modelos de control constitucional en México* (México: UNAM, 2011, Serie Estudios Jurídicos, núm. 186), 133.

² “El amparo mexicano no es un producto mexicano de principio a fin, puesto que su construcción y desarrollo se nutrió de distintas raíces y procesos. Tal institución es perfectamente comprensible desde las categorías procesales ordinarias, y no desde la metafísica de la mexicanidad hecha historia o derecho”, Cossío Díaz, José Ramón, “El modelo mexicano de justicia constitucional”, en Cossío, José Ramón y Astudillo, César, *Organización y funcionamiento de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, tomo I (México: Tirant lo Blanch, 2020), 90.

³ “Pero en el camino de las extrañezas, se adicionó otro elemento, curiosamente más de signo estadounidense [...] Definiendo una situación hasta entonces más errática que pendular, estableció, sin duda, pretoriamente, que la totalidad de los juzgadores del país podían desaplicar las normas que, a su juicio, fueran contrarias a la Constitución y, por la vía de los derechos humanos, a los tratados internacionales celebrados por el Estado mexicano”, *Ibidem*, 96.

⁴ “En el Expediente Varios 912/2010, resuelto el 13 de julio del 2011, la

Ahora, con las reformas y adiciones constitucionales contenidas en el decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación*, el 11 de marzo de 2021, se avanza en el sistema de precedentes mediante el otorgamiento de atribuciones a la Suprema Corte de Justicia de la Nación para crear jurisprudencia de esa manera, la cual ya se encuentra en vigor en nuestro país.

Aunque si bien nos encontramos cerca de los Estados Unidos de América, no solo geográficamente, sino que hemos recibido su influencia en el constitucionalismo; sin embargo, debido a que nuestra cultura y nuestro contexto político, social y económico es distinto, el funcionamiento de las instituciones y la realización de prácticas en materia jurídica, son diferentes.

De cara a esas influencias sobre la justicia constitucional mexicana, se produce la hibridación y se da paso a formar un sistema propio. Pero, ante esas influencias, ¿qué sucedió con nuestro sistema de jurisprudencia? A diferencia de otras instituciones, en la jurisprudencia encontramos marcadas diferencias entre los sistemas estadounidense y mexicano, en específico, en la forma de crear jurisprudencia y en la manera en que ha operado. En los Estados Unidos de América “cualquier decisión de la Corte Suprema que interprete y aplique la Constitución constituye, en sí un precedente vin-

Suprema Corte de Justicia de la Nación estimó que una de las obligaciones concretas del Poder Judicial de la Federación, para dar cumplimiento a la sentencia de condena en contra del Estado mexicano en el caso *Radi-lla Pacheco*, era que los jueces realizaran un control de convencionalidad *ex officio*, habida cuenta que en su *párrafo 339* se establece la obligación de todos los jueces de: ‘velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin [...] en otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer un control de convencionalidad *ex officio*’”. Rodríguez Vázquez, Miguel Ángel, *Justicia Constitucional Mexicana. Análisis jurisprudencial del control de regularidad constitucional*. (México: Flores Editor, 2019), 65.

culante que los tribunales deben tomar en cuenta para resolver casos similares o análogos. En México ello nunca sucede en automático”.⁵

Por tales motivos, es conveniente formular varias preguntas. Para comenzar, ¿en qué aspectos ha influenciado el constitucionalismo estadounidense al mexicano?, para luego pasar en específico a la jurisprudencia, ¿cuál es la genealogía de la jurisprudencia mexicana?, ¿cuáles son las formas de crear jurisprudencia?, ¿cuál es la función que cumple en el sistema jurídico mexicano?, ¿en qué consiste el precedente obligatorio?, ¿es adecuado el diseño constitucional y legal relativo al precedente obligatorio?, ¿hacia dónde se encamina la jurisprudencia mexicana?

Dichas preguntas se responderán a lo largo de este ensayo haciendo uso de la perspectiva histórica, de la dogmática jurídica y del análisis jurisprudencial, con la finalidad de conocer el origen y desarrollo del sistema de jurisprudencia mexicana, su diseño constitucional y legal actual, así como su forma de operación.

En tal virtud, se ha estructurado este trabajo de la siguiente manera: en primer lugar, se analizará desde una perspectiva histórico-jurídica la influencia del constitucionalismo estadounidense sobre el mexicano; en segundo lugar, se estudiará la genealogía y evolución del sistema de jurisprudencia mexicana y, finalmente, se analizará la creación de jurisprudencia mediante el precedente obligatorio. Al final, se exponen las conclusiones.

⁵ Magaloni, Ana Laura, *La Suprema Corte y el obsoleto sistema de jurisprudencia constitucional*, (México: CIDE, 2011), <http://repositorio-digital.cide.edu/handle/11651/1324> (Consultado el 13 de septiembre de 2021), 15.

II. INFLUENCIA DEL CONSTITUCIONALISMO ESTADOUNIDENSE SOBRE EL MEXICANO

2.1. *Habeas corpus*. Tal como se afirmó en la Introducción de este trabajo, el constitucionalismo de los Estados Unidos de América ha ejercido influencia sobre México, así como sobre el constitucionalismo latinoamericano, de diversas formas. En México, se advierte tal influencia en el juicio de amparo, en donde encontramos un sector que se ha denominado: *amparo libertad*, que está claramente influenciado por el *habeas corpus*.

El antecedente de esta institución se ubica en Roma en el *homine libero exhibendo*. En Inglaterra se consolida con el *Habeas Corpus Act* de 1679, aunque sin pasar inadvertidos los antecedentes que vienen desde la Carta Magna de 1215 que obligaba a justificar la detención de una persona. Debido a la colonización inglesa de Norteamérica, se transmitieron instituciones y derecho del viejo continente a lo que hoy es los Estados Unidos de América, entre ellas, *el habeas corpus*, a tal grado que se consagró en las constituciones de Massachussets de 1780 y de New Hampshire de 1784.

Al respecto, el ilustre constitucionalista Héctor Fix-Zamudio se refiere a la similitud del *habeas corpus* con el amparo mexicano en materia penal:

En el país del Norte, el tradicional *habeas corpus* heredado de Inglaterra como un instrumento contra las detenciones arbitrarias ordenadas generalmente por autoridades administrativas, se ha conservado en las Constituciones y leyes de las entidades federativas, pero ha evolucionado hasta convertirse en un medio de impugnación, es decir, un recurso en sentido estricto, en la esfera federal [...], este instrumento de la justicia federal norteamericana po-

see varios aspectos similares al jurídico de amparo mexicano contra resoluciones en materia penal.⁶

En el México posrevolucionario, fue en la Ley de Amparo de 1919, ya estando en vigor la Constitución de 1917, en donde se comienza con la regulación del amparo en contra de actos de autoridad que afecten la libertad fuera de procedimiento judicial, y en la Ley de Amparo de 1936 se regula con mayor detalle en lo que se denomina: *amparo libertad o amparo habeas corpus*.

En la Ley de Amparo vigente publicada en el *Diario Oficial de la Federación*, el 2 de abril de 2013, se consagra en el artículo 15, una disposición fundamental para la protección de la libertad en contra de actos que importen peligro de perder la vida y ataques a la libertad personal fuera de procedimiento judicial, entre otros:

Artículo 15. Cuando se trate de actos que importen peligro de privación de la vida, ataques a la libertad personal fuera de procedimiento, incomunicación, deportación o expulsión, proscripción o destierro, extradición, desaparición forzada de personas o alguno de los prohibidos por el artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como la incorporación forzosa al Ejército, Armada o Fuerza Aérea nacionales, y el agraviado se encuentre imposibilitado para promover el amparo, podrá hacerlo cualquiera otra persona en su nombre, aunque sea menor de edad.

En estos casos, el órgano jurisdiccional de amparo decretará la suspensión de los actos reclamados, y dictará todas las

⁶ Fix-Zamudio, Héctor, “Algunos aspectos de la influencia del constitucionalismo de los Estados Unidos en la protección de los Derechos Humanos en el ordenamiento mexicano”, en *Derecho constitucional comparado México-Estados Unidos*, Smith, James Frank (México: UNAM, 1990, Serie B, Estudios Comparativos, b), Estudios especiales, núm. 24), 136.

medidas necesarias para lograr la comparecencia del agraviado.

Una vez lograda la comparecencia, se requerirá al agraviado para que dentro del término de tres días ratifique la demanda de amparo. Si este la ratifica por sí o por medio de su representante se tramitará el juicio; de lo contrario se tendrá por no presentada la demanda y quedarán sin efecto las providencias dictadas.

Si a pesar de las medidas tomadas por el órgano jurisdiccional de amparo no se logra la comparecencia del agraviado, resolverá la suspensión definitiva, ordenará suspender el procedimiento en lo principal y se harán los hechos del conocimiento del Ministerio Público de la Federación. En caso de que éste sea autoridad responsable, se hará del conocimiento al Fiscal General de la República. Cuando haya solicitud expresa de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, se remitirá copia certificada de lo actuado en estos casos.

Transcurrido un año sin que nadie se apersona en el juicio, se tendrá por no interpuesta la demanda.

Cuando, por las circunstancias del caso o lo manifieste la persona que presenta la demanda en lugar del quejoso, se trate de una posible comisión del delito de desaparición forzada de personas, el juez tendrá un término no mayor de veinticuatro horas para darle trámite al amparo, dictar la suspensión de los actos reclamados, y requerir a las autoridades correspondientes toda la información que pueda resultar conducente para la localización y liberación de la probable víctima. Bajo este supuesto, ninguna autoridad podrá determinar que transcurra un plazo determinado para que comparezca el agraviado, ni podrán las autoridades negarse a practicar las diligencias que de ellas se soliciten o sean ordenadas bajo el argumento de que existen plazos legales para considerar la desaparición de una persona.

Más aún, las sentencias que pronuncian los jueces y tribunales de las entidades federativas se pueden impugnar ante órganos judiciales federales, a través del amparo, y dependiendo del asunto de que se trate, será competencia de los jueces de Distrito, o bien, de los tribunales colegiados de circuito, lo que tiene similitud con el *habeas corpus* federal estadounidense, aunque como bien lo refiere el maestro Fix-Zamudio, hay diferencias entre ambos: “no obstante la posibilidad de acudir a los tribunales federales norteamericanos para combatir las decisiones de los jueces locales, esta no se admite en todos los supuestos, sino en aquellos que se consideran trascendentes, mientras que en el derecho mexicano el amparo sí se admite en todos los casos [...]”.⁷

2.2. *Certiorari*. Otra influencia del constitucionalismo estadounidense sobre el mexicano es con el *certiorari*, en específico, en la facultad de atracción. Inicia esa etapa en 1968 con las reformas y adiciones a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos contenidas en el decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 25 de octubre de 1967. En la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación vigente en esa época se concedieron facultades discrecionales a la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación para conocer de asuntos que eran competencia de los tribunales colegiados de circuito, pero que por su importancia trascendente ameritaban que fueran conocidos por ella.

Con sucesivas reformas constitucionales se extendieron las facultades discrecionales, de tal manera que igualmente pudieron conocer el Pleno y las salas asuntos cuyo conocimiento era de los tribunales colegiados, pero también enviárselos si carecieran de importancia, y el Pleno a las salas.

De lo que se trataba era de consolidar a la Suprema Corte de Justicia de la Nación como tribunal constitucional, que

⁷ Ibidem, 142.

conociera menos asuntos y se concentrara en los de constitucionalidad, para que de la legalidad se encargaran los tribunales colegiados de circuito. Por tal motivo, se realizaron modificaciones a la Constitución mediante decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación*, el 10 de agosto de 1987.

Actualmente, en la fracción V del artículo 107 constitucional se consagra la competencia de los tribunales de circuito para conocer del amparo directo que es conocido como *amparo casación* o *amparo-recurso*, se promueve en contra de la legalidad de una resolución y, en su último párrafo, se establece la facultad de atracción:

- V. El amparo contra sentencias definitivas, laudos o resoluciones que pongan fin al juicio se promoverá ante el Tribunal Colegiado de Circuito competente de conformidad con la ley, en los casos siguientes:
 - a) En materia penal, contra resoluciones definitivas dictadas por tribunales judiciales, sean estos federales, del orden común o militares.
 - b) En materia administrativa, cuando se reclamen por particulares sentencias definitivas y resoluciones que ponen fin al juicio dictadas por tribunales administrativos o judiciales, no reparables por algún recurso, juicio o medio ordinario de defensa legal;
 - c) En materia civil, cuando se reclamen sentencias definitivas dictadas en juicios del orden federal o en juicios mercantiles, sea federal o local la autoridad que dicte el fallo, o en juicios del orden común.

En los juicios civiles del orden federal las sentencias podrán ser reclamadas en amparo por cualquiera de las partes, incluso por la Federación, en defensa de sus intereses patrimoniales, y

- d) En materia laboral, cuando se reclamen resoluciones o sentencias definitivas que pongan fin al juicio dictadas por los tribunales laborales locales o federales o laudos del Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje de los Trabajadores al Servicio del Estado y sus homólogos en las entidades federativas;

La Suprema Corte de Justicia, de oficio o a petición fundada del correspondiente Tribunal Colegiado de Circuito, del Fiscal General de la República, en los asuntos en que el Ministerio Público de la Federación sea parte, o del Ejecutivo Federal, por conducto del Consejero Jurídico del Gobierno, podrá conocer de los amparos directos que por su interés y trascendencia así lo ameriten.

En este último párrafo se contiene a favor del más alto tribunal del país una atribución de carácter excepcional y potestativa que consiste en conocer, de manera oficiosa, o a petición fundada del Tribunal Colegiado de Circuito o del Fiscal General de la República, en los asuntos en que el Ministerio Público sea parte, o del Ejecutivo Federal, por conducto del Consejero Jurídico de Gobierno, los amparos directos que por su interés y trascendencia así lo ameriten. Lo anterior significa que tiene la *facultad de atracción* como un medio excepcional de control de la legalidad con rango constitucional mediante el cual puede, discrecionalmente, atraer asuntos que, en principio corresponde conocer a los

tribunales colegiados, es decir, no son de su competencia originaria, pero revisten interés y trascendencia, lo que amerita su conocimiento.

Las palabras esenciales para ejercer la facultad de atracción son: interés y trascendencia. El interés, a juicio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se refiere al aspecto cualitativo, mientras que el concepto “trascendencia” es de tipo cuantitativo, se trata de un asunto de carácter excepcional o novedoso que entrañará la fijación de un criterio estrictamente jurídico, por ende, los requisitos que deberán acreditarse son los siguientes:

1) que a juicio de este Alto Tribunal, la naturaleza intrínseca del caso permita que éste revista un interés superlativo reflejado en la gravedad del tema, es decir, en la posible afectación o alteración de valores sociales, políticos o, en general, de convivencia, bienestar o estabilidad del Estado mexicano relacionados con la administración o impartición de justicia; y 2) que el caso revista un carácter trascendente reflejado en lo excepcional o novedoso que entrañaría la fijación de un criterio jurídico trascendente para casos futuros o la complejidad sistémica de los mismos, también a juicio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Facultad de Atracción. Requisitos para su Ejercicio. (Registro digital: 169885, Instancia: Primera Sala, Novena Época Materia(s): Común, Tesis: 1a./J. 27/2008, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXVII, Abril de 2008, página 150, Tipo: Jurisprudencia)

Parecida situación acontece con la fracción VIII del artículo 107 constitucional, en materia de amparo indirecto, pues también se concede a la Suprema Corte de Justicia de

la Nación, la atribución consistente en la atracción de los amparos en revisión que por su interés y trascendencia así lo ameriten.

VIII. Contra las sentencias que pronuncien en amparo las Juezas y los Jueces de Distrito o los Tribunales Colegiados de Apelación procede revisión. De ella conocerá la Suprema Corte de Justicia:

- a) Cuando habiéndose impugnado en la demanda de amparo normas generales por estimarlas directamente violatorias de esta Constitución, subsista en el recurso el problema de constitucionalidad.
- b) Cuando se trate de los casos comprendidos en las fracciones II y III del artículo 103 de esta Constitución.

La Suprema Corte de Justicia, de oficio o a petición fundada del correspondiente Tribunal Colegiado de Circuito, del Fiscal General de la República, en los asuntos en que el Ministerio Público de la Federación sea parte, o del Ejecutivo Federal, por conducto del Consejero Jurídico del Gobierno, podrá conocer de los amparos en revisión, que por su interés y trascendencia así lo ameriten.

En los casos no previstos en los párrafos anteriores, conocerán de la revisión los tribunales colegiados de circuito y sus sentencias no admitirán recurso alguno.

El contenido de esta fracción, antes de la reforma constitucional de 1951, estaba ubicado en la fracción IX, pero des-

pués de ese año quedó definitivamente en la fracción VIII, en la que se consagra el recurso de revisión en contra de las sentencias emitidas en los juicios de amparo indirecto.

Años después, en los noventa, el más alto tribunal del país fue facultado para expedir acuerdos generales, por lo que pudo delegar el conocimiento de algunos asuntos de su competencia en los tribunales colegiados de circuito. En concreto, en el Acuerdo General 5//2013 del 13 de mayo de 2013, se especificó qué asuntos el Pleno conservaría para su resolución y cuáles enviaría, no obstante, su competencia originaria para su conocimiento, a las salas y a los tribunales colegiados de circuito.

El inciso a) de la fracción VIII del artículo 107 constitucional establece la atribución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación para conocer del recurso de revisión cuando se hayan impugnado normas generales en la demanda de amparo, que es lo que comúnmente se conocía como *amparo contra leyes*, y subsista en el recurso el problema de constitucionalidad. En el inciso b) de la fracción VIII se establece la procedencia del recurso de revisión en amparo indirecto y su conocimiento por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en los casos comprendidos en las fracciones II y III del artículo 103 constitucional, que a saber establecen lo siguiente:

Artículo 103. Los Tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite

- I. Por normas generales, actos u omisiones de la autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por esta Constitución, así como por los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte;
- II. Por normas generales o actos de la autoridad federal

que vulneren o restrinjan la soberanía de los Estados o la autonomía de la Ciudad de México, y

- III. Por normas generales o actos de las autoridades de las entidades federativas que invadan la esfera de competencia de la autoridad federal.

En el antepenúltimo párrafo de la fracción VIII del artículo 107 constitucional se regula la facultad de atracción que realiza la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ya sea de oficio o a petición fundada del correspondiente Tribunal Colegiado de Circuito, del Fiscal General de la República, en los asuntos en que el Ministerio Público de la Federación sea parte, o del Ejecutivo Federal, por conducto del Consejero Jurídico del Gobierno, para conocer de los amparos en revisión, que por su interés y trascendencia así lo ameriten. Las partes no están legitimadas para pedir que se ejerza la facultad de atracción.

La atribución concedida a la Suprema Corte de Justicia de la Nación se remonta a la reforma constitucional publicada en el *Diario Oficial de la Federación*, el 25 de octubre de 1967. Aunado a lo anterior, como se explicó con antelación, en la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación se otorgó la facultad discrecional a la Segunda Sala para que conociera de los recursos de revisión que considerara de importancia trascendente. Y como bien afirma Alejandro Castañón Ramírez, fue con la reforma constitucional de 1987 que “planteó una nueva distribución de competencias para señalar efusivamente que la Suprema Corte sería la máxima autoridad jurisdiccional en materia constitucional, mientras que los tribunales colegiados lo serían en el ámbito de legalidad. Técnicamente, en ese momento se implantó la facultad de atracción de manera general para todos los amparos en revisión [...]”.⁸

⁸ Castañón Ramírez, Alejandro, “Comentarios a la fracción V del artí-

Asimismo, el 4 de enero de 1984, por así disponerlo la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, se dotó a las salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de la facultad discrecional de rechazo y, por ende, para su envío a los tribunales colegiados de circuito, modelo que “se replicó en la Suprema Corte de modo que el Pleno podría enviar un asunto a las Salas, si consideraba que no era necesaria su intervención”.⁹

En amparo directo, es necesario analizar la fracción IX del artículo 107 constitucional. A continuación se transcribe:

- IX. En materia de amparo directo procede el recurso de revisión en contra de las sentencias que resuelvan sobre la constitucionalidad de normas generales, establezcan la interpretación directa de un precepto de esta Constitución u omitan decidir sobre tales cuestiones cuando hubieren sido planteadas, siempre que a juicio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el asunto revista un interés excepcional en materia constitucional o de derechos humanos. La materia del recurso se limitará a la decisión de las cuestiones propiamente constitucionales, sin poder comprender otras. En contra del auto que deseche el recurso no procederá medio de impugnación alguno;

Para tener cabal comprensión de la fracción IX del artículo 107 constitucional es indispensable recurrir a los acuerdos generales que ha expedido la Suprema Corte de Justicia de la Nación, así como a su labor interpretativa que se concreta en la expedición de jurisprudencia.

culo 107 constitucional”, en *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada*, Cossío Díaz, José Ramón (coord.), tomo III. (México: Tirant lo Blanch, 2017), 1746.

⁹ *Ibidem*, 1751.

Por tal motivo, es necesario consultar el Acuerdo General 9/2015, en el que se establece que el presidente del más alto tribunal de la República debe verificar que se cumplan con los requisitos de procedencia: 1. Que el recurso se haya interpuesto con oportunidad y por parte legitimada; 2. Que en la sentencia recurrida el Tribunal Colegiado haya realizado un pronunciamiento sobre la constitucionalidad de alguna norma general o la interpretación directa de algún precepto constitucional o de un derecho humano establecido en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, o que en la demanda se hicieron planteamientos de esa naturaleza, aun cuando el Tribunal Colegiado de Circuito haya omitido el estudio de tales cuestiones; el propio Acuerdo General aclara que será considerada omisión en el estudio de las cuestiones constitucionales, la que derive de la calificativa de inoperancia, insuficiencia o ineficacia efectuada por el Tribunal Colegiado de Circuito, de los conceptos de violación, y 3. Que se surtan los requisitos de importancia y trascendencia. Ahora con la reforma constitucional de marzo de 2021 se cambian los términos por los de “interés excepcional”, que ameritan interpretación por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Después se debe tomar en cuenta que la sentencia que haya emitido el tribunal colegiado de circuito correspondiente tenga el pronunciamiento sobre una norma general o la interpretación de alguna disposición constitucional o de un derecho humano de fuente internacional u omita decidir sobre tales cuestiones cuando hubieren sido planteadas: en consecuencia, *los agravios de mera legalidad deben desestimarse por ineficaces*, tal como lo estableció la Suprema Corte de Justicia de la Nación en jurisprudencia por reiteración, cuyo rubro es: “Revisión en Amparo Directo. Los Agravios de Mera Legalidad Deben Desestimarse por Ineficaces”

(Registro digital: 2011655, Instancia: Segunda Sala, Décima Época Materia(s): Común, Tesis: 2a./J. 56/2016 (10a.), Fuente: *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 30, Mayo de 2016, Tomo II, página 1051, Tipo: Jurisprudencia).

Además, es procedente el juicio de amparo si la sentencia que emita el tribunal colegiado correspondiente sea contraria a los precedentes que haya emitido la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Así lo resolvió la Segunda Sala y emitió el siguiente criterio: “Revisión En Amparo Directo. Procede excepcionalmente cuando la sentencia recurrida resuelve el problema de constitucionalidad planteado, contraviniendo los precedentes de la Suprema Corte de Justicia de la nación” (Registro digital: 2022612, Instancia: Segunda Sala, Décima Época Materia(s): Común, Tesis: 2a. LI/2020 (10a.), Fuente: *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 82, Enero de 2021, Tomo I, página 667, Tipo: Aislada).

III. GENEALOGÍA DE LA JURISPRUDENCIA MEXICANA

En los primeros años del México independiente no se realizó la publicación de las sentencias que emitía la Suprema Corte de Justicia, por lo que su conocimiento era exclusivo de las partes que intervenían en el juicio correspondiente.

El destacado constitucionalista Manuel González Oropeza afirma que “la preocupación por publicar las sentencias de los tribunales federales comenzó con el Reglamento de la Suprema Corte de Justicia de 1862. Por ello, Benito Juárez crea el *Semanario Judicial de la Federación* el 8 de diciembre de 1870, como una publicación oficial donde se recogieran ‘todas las sentencias definitivas de los tribunales federales desde 1867’”.¹⁰

¹⁰ González Oropeza, Manuel, *La jurisprudencia: su conocimiento y*

En efecto, en el artículo 12 del Reglamento de la Suprema Corte de Justicia contenido en el Decreto número 41 del 29 de julio de 1862, se establece lo siguiente:

Capítulo II de las Salas y su Despacho

Art. 12. Acordadas y firmadas las sentencias se publicarán inmediatamente, leyéndolas el Ministro semanero a presencia del Secretario que deberá autorizarlas, y de todos cuantos quieran oír las, para cuyo acto se dará la voz correspondiente por el portero de la Sala y se cerrará con la fórmula de “pronunciada” que dirá el Presidente.

En forma posterior, don Benito Juárez promulgó la Ley Orgánica Constitucional sobre el Recurso de Amparo de 1869 de 20 de enero de ese mismo año, la cual abrogó la Ley de 30 de noviembre de 1861. En su artículo 27 se estableció que se deberían publicar las sentencias definitivas, en los siguientes términos: “Artículo 27. Las sentencias definitivas pronunciadas en los recursos de amparo se publicarán en los periódicos”.

En forma posterior, en 1870, el propio presidente Juárez emitió el decreto de creación del *Semanario Judicial de la Federación*, en cuyo artículo primero estableció lo siguiente:

Artículo 1. Se establece un periódico con el nombre “Semanario Judicial de la Federación”, en que se publicarán: Todas las sentencias definitivas pronunciadas por los tribunales federales, desde el restablecimiento del orden legal en 1867 y las que se pronuncien en lo sucesivo.

La medida anterior tenía como finalidad, según el propio

forma de reportarla. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2005, 37.

artículo primero del decreto de 1870, dar publicidad a todas las sentencias definitivas que fueran emitidas por los tribunales federales. Incluso para sostener la publicación, en el artículo 2 se preveía que “la Tesorería general ministrará los gastos al principio de cada quincena del segundo semestre del corriente año fiscal, a la persona que nombre la Suprema Corte de Justicia”. Dicha cantidad era de doscientos pesos, los cuales se tomarían “de la parte que resulte sin empleo en la suma destinada por el presupuesto de egresos al poder judicial”. Una vez entregada dicha suma a la persona que designara la Suprema Corte de Justicia, esta haría la distribución de esos recursos.

Hubo un lapso en el que estuvo suspendida la publicación del *Semanario Judicial de la Federación* que comprendió de 1876 a 1881, pero después de esa fecha se reanudó y, tal como lo afirma Lucio Cabrera: “La jurisprudencia fue formalmente creada en la Ley de Amparo de 1882”.¹¹

La explicación que da González Oropeza sobre el nacimiento de la jurisprudencia tiene como base el análisis histórico:

El conflicto se dio entre las fuerzas armadas permanentes y el Poder Judicial Federal a fines del siglo XIX, respecto al sistema de la leva. El conflicto se había dado entre la prensa y el Ejército, pues éste había aplicado la Ley del 28 de mayo de 1869 para cubrir los reemplazos de las bajas del Ejército; la forma arbitraria con que se llevó a cabo ese sistema descubrió los excesos de la leva.¹²

El citado constitucionalista relata que mandaron detener

¹¹ Cabrera, Lucio, *La jurisprudencia*, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/2/753/22.pdf>, 225. (Consultado el 15 de septiembre de 2021).

¹² *Ibidem*, 51.

a varios periodistas y de ello se dio cuenta en la Cámara de Diputados. Hubo quejas de la Secretaría de Guerra ante el más alto tribunal del país en contra de divesos jueces de Distrito por los amparos concedidos. “Mientras tanto, la Suprema Corte reiteró su criterio en múltiples ejecutorias que comenzaron a difundirse a principios de 1881 y se publicaron íntegramente, de manera especial, en las páginas del *Semanario Judicial de la Federación*”.¹³ Incluso se llegó al extremo de que la Secretaría de Guerra “ordenara” a los jueces de Distrito que sus sentencias se las dirigieran a ella para “resolver lo conducente”.

Por tales motivos, es que se elaboró el proyecto de nueva Ley de Amparo, que se titulaba: “Ley Orgánica de los artículos 101 y 102 de la Constitución Federal de 5 de febrero de 1857”. Dicho proyecto fue elaborado por el ilustre jurista Ignacio L. Vallarta y, una vez aprobado, se promulgó por el presidente Manuel González, el 14 de diciembre de 1882. En esa ley se estableció en el artículo 47 que se publicarían las sentencias de los jueces de Distrito y las ejecutorias de la Suprema Corte de Justicia:

Artículo 47. Las sentencia de los jueces de distrito, las ejecutorias de la Suprema Corte y los votos de la minoría de que habla el art. 41, se publicarán en el periódico oficial del poder judicial federal. Los tribunales para fijar el derecho público, tendrán como regla suprema de conducta la Constitución federal, las ejecutorias que la interpreten, las leyes emanadas de ellas y los tratados de la República con naciones extranjeras.

En el artículo 70 de dicha ley es en donde se hace mención de las cinco *ejecutorias uniformes* que constituirían ju-

¹³ Ibidem, 53.

jurisprudencia. A continuación se transcribe dicha disposición legal.

Artículo 70. La concesión o denegación del amparo contra texto expreso de la Constitución o contra su interpretación, fijada por la Suprema Corte, por lo menos en cinco ejecutorias uniformes, se castigará con la pérdida de empleo, y con prisión de seis meses á tres años, si el Juez ha obrado dolosamente: y si solo ha procedido por falta de instrucción ó descuido, quedará suspenso de sus funciones por un año.

Años después, en la Ley Orgánica del Poder Judicial del 16 de diciembre de 1908, en los artículos 786 y 787, se consagró lo siguiente:

Artículo 786. Las ejecutorias de la Suprema Corte de Justicia votadas por mayoría de 9 votos o más de sus miembros, constituyen jurisprudencia siempre que lo resuelto se encuentre en cinco ejecutorias no interrumpidas por otra en contrario.

Artículo 787. La jurisprudencia de la Corte en los juicios de amparo es obligatoria para los jueces de Distrito. La misma Suprema Corte respetará sus propias ejecutorias. Podrá sin embargo, contrariar la jurisprudencia establecida, pero expresando siempre en este caso, las razones para resolverlo así. Estas razones deberán referirse a las que se tuvieren presentes para establecer la jurisprudencia.

Hasta antes de la expedición de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, tuvieron lugar las primeras cuatro épocas del *Semanario Judicial de la Fe-*

deración, que contenía la llamada jurisprudencia histórica, empezando por la Primera Época de enero de 1871, hasta llegar al final de la Cuarta Época en agosto de 1914. La jurisprudencia aplicable se publicó a partir del primero de junio de 1917 en que comenzó la Quinta Época, hasta llegar al momento actual en que está la Undécima Época del *Semanario Judicial de la Federación*.

En la Ley de Amparo Reglamentaria de los artículos 103 y 104 de la Constitución Federal promulgada por don Venustiano Carranza, el 18 de octubre de 1919, se consagró respecto a la jurisprudencia lo siguiente:

Artículo 148. Las ejecutorias de la Suprema Corte de Justicia, votadas por siete o más de sus miembros, constituyen jurisprudencia, siempre que lo resuelto se encuentre en cinco ejecutorias no interrumpidas por otra en contrario.

Artículo 149. La jurisprudencia de la Corte en los juicios de amparo y en los que se susciten en la aplicación de leyes federales o tratados celebrados con potencias extranjeras, es obligatoria para los Magistrados de Circuito, Jueces de Distrito y Tribunales de los Estados, Distrito Federal y territorios federales.

La misma Suprema Corte respetará sus propias ejecutorias. Podrá, sin embargo, contrariar la jurisprudencia establecida, pero expresando siempre, en este caso, las razones para resolverlo así. Esas razones deberán referirse a las que se tuvieron presentes para establecer la jurisprudencia que se contraría.

Desde el siglo XIX hasta mediados del siglo XX el único órgano que creaba jurisprudencia era la Suprema Corte de Justicia, pero con la reforma constitucional que entró en vigor en 1968, se les concedió tal atribución a los tribunales colegiados de circuito.

El sistema que prevaleció con la Ley de Amparo de 1936^r para establecer jurisprudencia, consistió en que lo resuelto en las sentencias se sustentase en cinco ejecutorias ininterrumpidas por otra en contrario, que hayan sido aprobadas por lo menos por ocho ministros, si se tratara de la jurisprudencia del Pleno, y por cuatro ministros, en los casos de la jurisprudencia de las salas (artículo 192). También las resoluciones de los tribunales colegiados podían constituir jurisprudencia siempre que lo resuelto en ellas se sustentara en cinco sentencias no interrumpidas por otra en contrario, y que hayan sido aprobadas por unanimidad de votos de los magistrados que integren cada tribunal colegiado. Esta era la forma de crear jurisprudencia por reiteración de criterios (artículo 193).

También había otra forma de crear jurisprudencia mediante resoluciones que dilucidaran las contradicciones de tesis de las salas y los tribunales colegiados. La jurisprudencia podía intrrumpirse si hubiere una ejecutoria de ocho ministros si se tratara de la jurisprudencia sustentada por el Pleno, por cuatro si era de alguna de las salas y por unanimidad en los tribunales colegiados de circuito. Para la modificación de la jurisprudencia se observarían las mismas reglas que para su formación.

En la nueva Ley de Amparo que se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* del 2 de abril de 2013, se estableció que serían tres sistemas de creación de jurisprudencia: la reiteración, que establece la Suprema Corte de Justicia de la Nación, funcionando en Pleno o en salas; o por los tribunales colegiados de circuito; la jurisprudencia por contradicción la establece el Pleno, las salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y los plenos de Circuito (artículo 216), y la jurisprudencia por sustitución que podía formarse de acuerdo a las reglas establecidas por la Ley de Amparo, una vez que estuviera creada la jurisprudencia por reiteración o contra-

dicción establecida por el Pleno o las salas del más alto tribunal del país (artículo 230).

Pues bien, con las reformas y adiciones constitucionales que se realizaron en materia de justicia federal en marzo de 2021, se eliminó la jurisprudencia por susittución; además, se concedieron atribuciones a la Suprema Corte de Justicia de la Nación para crear jurisprudencia mediante precedentes obligatorios y con ello se avanza en el sistema de precedentes, lo cual será abordado en el siguiente apartado.

IV. JURISPRUDENCIA POR PRECEDENTES OBLIGATORIOS

El pasado 11 de marzo de 2021 fue publicado en el *Diario Oficial de la Federación*, el decreto que contiene reformas a seis artículos y adiciones a cuatro de esos mismos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, entre las que se encuentra la modificación en el establecimiento de jurisprudencia.

En el párrafo décimo segundo del artículo 94 constitucional, se consagró lo siguiente:

Las razones que justifiquen las decisiones contenidas en las sentencias dictadas por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación por mayoría de ocho votos, y por las Salas, por mayoría de cuatro votos, serán obligatorias para todas las autoridades jurisdiccionales de la Federación y de las entidades federativas.

Con esa adición constitucional y con las reformas a la Ley de Amparo, se establecerá la jurisprudencia por precedentes obligatorios, por reiteración y por contradicción de criterios, lo que viene a modificar el sistema anterior.

Tal adición constitucional permite avanzar en un sistema de precedentes para crear jurisprudencia por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Ahora, ella puede formar jurisprudencia con una sola sentencia, sin tener que reiterarse el criterio en cinco sentencias no interrumpidas por otra en contrario, pues esta última forma de establecerla quedó como atribución de los tribunales colegiados de circuito.

La adición del párrafo décimo segundo al artículo 94 constitucional es un comienzo para resolver problemas que había con nuestro sistema de jurisprudencia. Se fijaba una regla, pero descontextualizada de los hechos que le dieron origen y de los argumentos que le daban sustento, pues, por lo general, en forma dogmática se contenía esa regla, a manera de legislación, que debía ser acatada por los órganos jurisdiccionales.

Ana Laura Magaloni, quien ha estudiado a fondo el tema que nos ocupa, lo calificaba como “obsoleto sistema de jurisprudencia constitucional”.¹⁴ Su argumento central es el siguiente: “la manera como los tribunales federales definen y publican la jurisprudencia constitucional hace que los litigantes se enfrenten a un conjunto de criterios judiciales dispersos y fragmentados”,¹⁵ lo que genera, a juicio de Magaloni, que la interpretación constitucional provoque una fragmentación de sentidos normativos y no hay principios que los entrelacen.

En la propia exposición de motivos del “Proyecto de Reformas con y para el Poder Judicial de la Federación” se reconoció que la forma de integrar jurisprudencia *entorpecía su desarrollo*, pues aunque hubiera una “decisión paradigmática y trascendental de la Suprema Corte, que incluso sea

¹⁴ Véase Ana Laura Magaloni, op. cit., nota 5.

¹⁵ Ibidem, 2.

votada por unanimidad, los órganos jurisdiccionales inferiores no están obligados a seguirla”, de ahí que se propuso avanzar en un sistema de precedentes, en el que todas las sentencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sean relevantes, para que sea más ágil y eficiente la protección de los derechos humanos y que la justicia constitucional beneficie a más personas.

Lo positivo de este sistema es que para formar jurisprudencia basta un solo precedente obligatorio y no tendrán que pasar varios años, como en muchas de las ocasiones sucede, pues esa situación no abonaba a favor de la justicia pronta a que se refiere el artículo 17 constitucional ni de la contundencia que deben tener las decisiones de nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Es obligado preguntarse respecto a dicho sistema, ¿qué repercusión tendrá lo anterior para la gente que no se dedica a la abogacía ni trabaja en un tribunal? Un ejemplo nos ilustra sobre sus repercusiones prácticas, en el camino seguido para llegar a la emisión de la declaratoria general de inconstitucionalidad 1/2018, esto es, el pronunciamiento que hizo la Suprema Corte de Justicia de la Nación para expulsar del orden jurídico nacional disposiciones de la Ley General de Salud que prohibían el uso lúdico de la marihuana, en el que tardó ocho años. Ahora, con el sistema de precedentes, cuando el Pleno o las salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en los juicios de amparo en revisión, establezcan jurisprudencia en la que determinen la inconstitucionalidad de una norma general, se procederá a la notificación a la autoridad, a que se refiere el párrafo tercero de la fracción II del artículo 107 constitucional.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, en ese caso, emitió la declaratoria general de inconstitucionalidad, el 28 de junio de 2021, relativa a disposiciones de la Ley General

de Salud en las que subsistía un problema de inconstitucionalidad consistente en la prohibición de autorizar el autoconsumo de cannabis y THC, ya que únicamente se había autorizado para usos médicos y científicos.

En ese caso, ya se había formado jurisprudencia que fijó el criterio que la prohibición para el autoconsumo de marihuana contenida en la Ley General de Salud incide *prima facie* en el contenido del derecho al libre desarrollo de la personalidad, y que esa prohibición no es una medida proporcional para proteger la salud y el orden público.

Se notificó al Congreso de la Unión lo anterior con la finalidad de que se superara el problema de inconstitucionalidad, a través del ejercicio de las atribuciones que tiene concedidas y llevara a cabo las modificaciones a que hubiere lugar. El órgano legislativo sí realizó reformas, pero autorizó el cannabis únicamente para uso científico y médico, pero no con fines lúdicos o recreativos, por lo que no eliminó por completo el sistema de prohibiciones administrativas, no obstante las tres prórrogas que le concedió la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Ahora bien, se debe aclarar que existen antecedentes sobre el precedente en la justicia constitucional mexicana:

1. Uno de ellos se encuentra en el artículo 43 de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en relación con el artículo 73 de dicho ordenamiento legal. Actualmente, la primera de las disposiciones legales se encuentra en los siguientes términos:

Artículo 43. Las razones que justifiquen las decisiones de las sentencias aprobadas por cuando menos ocho votos, serán obligatorias para todas las autoridades jurisdiccionales de la federación y de las entidades federativas. Las

cuestiones de hecho o de derecho que no sean necesarias para justificar la decisión no serán obligatorias.

La Suprema Corte no estará obligada a seguir sus propios precedentes. Sin embargo, para que pueda apartarse de ellos deberá proporcionar argumentos suficientes que justifiquen el cambio de criterio.

La Suprema Corte estará vinculada por sus precedentes en los términos antes descritos, incluso cuando estos se hayan emitido con una integración de Ministras y Ministros distinta.

2. En el Acuerdo General 41/1996 de fecha 29 de agosto de 1996, se determinó lo siguiente:

ACUERDO

ÚNICO.- Las razones contenidas en los considerandos que sirvan de fundamento a las resoluciones de los recursos de reclamación y de queja promovidos en relación con las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad, aprobadas por cuando menos ocho votos, constituyen jurisprudencia.

3. En la contradicción de tesis 6/2008, se adoptó el siguiente criterio:

En consecuencia, cuando el artículo 43 de la Ley Reglamentaria del artículo 105 de la Constitución Federal establece que “las razones contenidas en los considerandos que funden los resolutivos de las sentencias aprobadas por cuando menos ocho votos, serán obligatorias”, se entiende que ello constituye jurisprudencia que debe ser observada por las Salas de la Suprema Corte, tribunales unitarios y colegiados de circuito, juzgados de distrito,

tribunales militares, agrarios y judiciales del orden común de los Estados y del Distrito Federal, y administrativos y del trabajo, sean estos federales o locales.

Por unanimidad de nueve votos de los señores Ministros Aguirre Anguiano, Cossío Díaz, Luna Ramos, Franco González Salas, Zaldívar Lelo de Larrea, Valls Hernández, Sánchez Cordero de García Villegas, Ortiz Mayagoitia y Presidente Silva Meza, en cuanto a que las razones contenidas en los considerandos que funden los resolutivos de las sentencias dictadas en acciones de inconstitucionalidad aprobadas por cuando menos ocho votos, constituyen jurisprudencia. Los señores Ministros Pardo Rebolledo y Aguilar Morales no se pronunciaron sobre si las referidas consideraciones son jurisprudencia.

Ahora bien, en el Acuerdo General 1/2021 emitido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el 8 de abril de 2021 en el que se acordó que iniciaba la Undécima Época del *Semanario Judicial de la Federación*, se estableció, también, lo relativo a los precedentes obligatorios para todas las autoridades jurisdiccionales de la Federación y de las entidades federativas. Dicho Acuerdo General entró en vigor el primero de mayo de ese mismo año y abrogó el Acuerdo General número 16/2019 del 28 de noviembre de 2019.

La Ley de Amparo, luego de su reforma del 7 de junio de 2021, consagra que la jurisprudencia se establece por precedentes obligatorios, por reiteración y por contradicción de criterios. La Suprema Corte de Justicia de la Nación, ya sea funcionando en Pleno o en salas, es el órgano competente para crear jurisprudencia mediante precedentes obligatorios; los tribunales colegiados de circuito emiten la jurisprudencia por reiteración y la jurisprudencia por contradicción de criterios es establecida por el Pleno o las salas y los plenos regionales.

Debido a esa nueva distribución de competencias, la Suprema Corte de Justicia de la Nación es el único órgano del Poder Judicial de la Federación con atribuciones para crear jurisprudencia a través de precedentes obligatorios, la que será obligatoria para todas las autoridades jurisdiccionales de la Federación y de las entidades federativas, con excepción de ella misma. Aclara la Ley de Amparo que la jurisprudencia del Tribunal Pleno será obligatoria para sus salas, pero no la de ellas para el Pleno, además que ninguna de las salas estará obligada a seguir la jurisprudencia de la otra.

En cuanto a la regulación de la jurisprudencia por precedentes obligatorios, la Ley de Amparo le dedica dos artículos para su regulación. En el artículo 222, en su primera parte, repite lo establecido por el párrafo décimo segundo del artículo 94 de la Constitución General de la República referida a las sentencias que emita el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y, en su parte final, aclara que “las cuestiones de hecho o de derecho que no sean necesarias para justificar la decisión no serán obligatorias”. En los mismos términos se refiere el artículo 223, pero en relación con las sentencias que emitan las salas del máximo tribunal del país.

El artículo 224 de la Ley de Amparo se refiere a la jurisprudencia por reiteración y en los artículos 225 y 226 a la contradicción de criterios. Se abrogan los artículos que regulaban la jurisprudencia por sustitución.

Un precepto legal que no se debe pasar por alto es el 228 que establece que los tribunales no estarán obligados a seguir sus propias jurisprudencias, pero si deciden apartarse de ellas, entonces tienen el deber de proporcionar argumentos suficientes que justifiquen el cambio de criterio. En caso de que así sea, se interrumpirá la jurisprudencia y dejará de tener carácter obligatorio.

En el propio Acuerdo General 1/2021 se establece el día

(viernes) de cada semana para publicar las tesis jurisprudenciales y aisladas del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de sus salas, de los plenos regionales y de los tribunales colegiados de circuito; así como las sentencias dictadas en controversias constitucionales, en acciones de inconstitucionalidad y en declaratorias generales de inconstitucionalidad, e incluso se señala la hora máxima de recepción (que serán hasta las quince horas del miércoles de la misma semana).

Ahora bien, en el Acuerdo General 1/2021 se especifica que para efectos de la divulgación de los criterios aprobados por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, diversos a los derivados que rigen la Ley Reglamentaria de las Fracciones II y III del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se continuará realizando mediante la redacción de las tesis respectivas:

Noveno. Tomando en cuenta que en términos de lo previsto en el artículo 94, párrafo décimo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos las razones que justifiquen las decisiones contenidas en las sentencias dictadas por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación por mayoría de ocho votos y por las Salas, por mayoría de cuatro votos, en todos los asuntos de su competencia, son obligatorias para todas las autoridades jurisdiccionales de la Federación y de las entidades federativas, así como las ventajas de la nueva metodología para la elaboración de las tesis que permiten su difusión, se estima conveniente que la divulgación de los criterios aprobados en los asuntos resueltos por este Alto Tribunal, diversos a los derivados de los que se rigen por lo previsto en la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Esta-

dos Unidos Mexicanos, *se continúe realizando mediante la redacción de las tesis respectivas.* (Énfasis añadido).

Lo anterior significa que la publicación de tesis, como se había venido haciendo desde hace años, no se abolirá. Dichas tesis contenían los criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de los tribunales colegiados de circuito y de los plenos de circuito (hoy plenos regionales), que podían ser tesis de jurisprudencia o tesis aisladas. Se conservó porque es un aspecto que tiene mucho arraigo en nuestra cultura jurídica y la continuidad de su publicación facilitará las labores y la actividad profesional de los operadores del sistema jurídico, pues les avisará sobre la existencia de criterios que han sido fijados y que les serán de utilidad para argumentar en sus asuntos y utilizar en sus investigaciones o en la docencia.

No obstante lo anterior, considero que para estar acorde a un sistema de precedentes lo que procedía era eliminar la elaboración de tesis con la finalidad de incentivar y propiciar que las y los abogados mexicanos desarrollaran las habilidades que son propias para operar con dicho sistema.¹⁶

Dichas tesis recogerán los criterios relevantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de los plenos regionales y de los tribunales colegiados de circuito, y contendrán, de acuerdo con el artículo 218 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, las razones de la decisión, es decir, los hechos relevantes, el criterio jurídico que resuelve el

¹⁶ “[...] los abogados mexicanos continuarán sin desarrollar la habilidad más elemental para operar un sistema de precedentes: analizar los hechos y argumentos de una sentencia y, a partir de ello, establecer cuáles son las razones indispensables que sostienen el sentido del fallo”. Garza Onofre, Juan Jesús, et al, “¿Qué propone la iniciativa de reforma judicial de AMLO y Zaldívar?”, México, *El juego de la Suprema Corte*, México, *Nexos* (2020), <https://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/que-propone-la-iniciativa-de-reforma-judicial-de-amlo-y-zaldivar/>. (Consultado el 13 de septiembre de 2021).

problema abordado en la sentencia y una síntesis de la justificación expuesta por el tribunal para adoptar ese criterio.

Entonces, se trata de que no se fije una regla descontextualizada y sin la argumentación correspondiente, por tal motivo se aprovecha la metodología contenida en el artículo 39 del Acuerdo General 17/2019, de 28 de noviembre de 2019, pero adaptada al precedente obligatorio, para que se conozcan los hechos relevantes que dieron origen al criterio adoptado, que es el que sirvió de base para resolver el problema jurídico, el cual debe justificarse mediante los argumentos expuestos por el órgano jurisdiccional.

Se deberá tener mucho cuidado en diferenciar lo que son las razones que justifican una decisión judicial y lo que técnicamente se conoce como *obiter dictum* que literalmente significa “dicho de paso”, o en plural *obiter dicta*, que son razones complementarias de las razones principales que justifican la decisión, entonces su función es reforzar estas últimas.¹⁷

En cuanto a la votación calificada que se exige para que sean obligatorias las razones que justifiquen las decisiones contenidas en una sentencia, me parece que debió ser una mayoría simple, pues exigir mayoría calificada es darle mucho poder a una minoría de ministros para que neutralice¹⁸

¹⁷ “Eso hace necesario distinguir con claridad entre aquellos argumentos que efectivamente guardan relación con la litis en el caso concreto, y que por tanto son los indispensables para resolverlo, y aquellas otras razones que se pueden llegar a incluir en una resolución judicial a manera de ‘mayor abundamiento’ y que suelen formar parte del llamado ‘obiter dicta’”. Carbonell sitio Web, “Los nuevos precedentes judiciales”, Carbonell, Miguel, <https://miguelcarbonell.me/2021/04/10/los-nuevos-precedentes-judiciales/> (Consultado el 13 de septiembre de 2021).

¹⁸ El mismo criterio sostuve en cuanto a las votaciones en las acciones de inconstitucionalidad y las controversias constitucionales. Rodríguez Vázquez, Miguel Ángel, *El control de constitucionalidad y de legalidad en un nuevo esquema federal* (México: Centro de Estudios de Ingeniería

el poder del máximo tribunal del país. Además, siendo escrupulosos con el lenguaje, considero que hay una redacción defectuosa, pues no debió decirse que se aprueben “por mayoría de ocho votos”, sino “por al menos una mayoría de ocho votos”, porque la votación puede ser de 9, 10 u 11 votos de ministras y ministros, y también serán obligatorios; igual acontece con lo redactado en lo relativo a las salas.

Por último, todo lo antes expuesto obliga a que las escuelas y facultades de derecho necesariamente incluyan en los planes y programas de estudio, el análisis de la naturaleza, de la formación, del contenido y de las funciones que tiene el precedente obligatorio. También es menester que las y los docentes expliquen detalladamente lo anterior y que preparen una batería de casos con la finalidad de que, quienes estudien Derecho, identifiquen la *ratio decidendi* y la diferencien del *obiter dicta*. Lo anterior será de gran ayuda para distinguir las partes que componen un precedente obligatorio, tal como lo establece el artículo 218 antes citado.

V. CONCLUSIONES

No obstante la fuerte influencia que ha tenido en algunos aspectos el constitucionalismo estadounidense sobre el mexicano, nuestro país ha podido consolidar un sistema propio, en el que ha habido hibridación, con divergencias profundas

Política y Constitucional, 2002). Véase también Elisur Arteaga Nava, *La controversia constitucional y la acción de inconstitucionalidad* (México: Monte Alto, 1996); Herrera García, Alfonso, *Más allá del transitorio: ¿El precedente judicial consolida a la justicia constitucional mexicana?*, IberiCONnect (2021), <https://www.ibericonnect.blog/2021/05/mas-alla-del-transitorio-el-precedente-judicial-consolida-a-la-justicia-constitucional-mexicana/> (Consultado el 13 de septiembre de 2021).

en la forma de creación judicial del derecho. Pero, ahora, el sistema de jurisprudencia mexicano avanza en el sistema de precedentes que será competencia exclusiva de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y con ello bastará una sola sentencia que tenga mayoría calificada, sin necesidad de ser reiterada, para que sea obligatoria, lo que agiliza y hace más eficiente la protección de los derechos humanos, aunque por el tipo de votación que se exige, una minoría puede neutralizar la fuerza del máximo tribunal del país, por lo que hubiera sido preferible que fuera una mayoría simple. Además, en lo que respecta a continuar con la publicación de las tesis para avisar a los operadores del sistema jurídico sobre un precedente obligatorio, eso facilitará su actividad profesional, pero no incentiva el desarrollo de habilidades que son propias del sistema de precedentes.

Finalmente, para que se continúe con paso firme en la adopción del sistema de precedentes, se debe poner énfasis en la formación de las nuevas generaciones de profesionales del derecho, de tal manera que las escuelas y facultades de derecho deberán incluir en los planes y programas de estudio, el análisis de la naturaleza, de la formación, del contenido y de las funciones que tiene el precedente obligatorio y, consecuentemente, las y los docentes deberán preparar una batería de casos con las finalidades de que, quienes estudien derecho, puedan identificar las razones que justifiquen una sentencia y estén en posibilidad de utilizarlas en el desarrollo de su actividad profesional.

FUENTES CONSULTADAS

Arteaga Nava, Elisur, *La controversia constitucional y la acción de inconstitucionalidad*. México, Monte Alto, 1996.

Cabrera, Lucio, *La jurisprudencia*, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/2/753/22.pdf>, 225. (Consultado el 15 de septiembre de 2021).

Carbonell sitio Web, “Los nuevos precedentes judiciales”, Carbonell, Miguel, <https://miguelcarbonell.me/2021/04/10/los-nuevos-precedentes-judiciales/> (Consultado el 13 de septiembre de 2021).

Castañón Ramírez, Alejandro, “Comentarios a la fracción V del artículo 107 constitucional”, en *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada*, Cossío Díaz, José Ramón (coord.), tomo III. México: tirant lo blanch, 2017.

Cossío Díaz, José Ramón, *Sistemas y modelos de control constitucional en México*. México: UNAM, 2011, Serie Estudios Jurídicos, núm. 186.

_____, “El modelo mexicano de justicia constitucional”, en *Organización y funcionamiento de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, tomo I, Cossío, José Ramón y Astudillo, César. México: tirant lo blanch, 2020.

Fix-Zamudio, Héctor, “Algunos aspectos de la influencia del constitucionalismo de los Estados Unidos en la protección de los Derechos Humanos en el ordenamiento mexicano”, en *Derecho constitucional comparado México-Estados Unidos*, Smith, James Frank. México, UNAM, 1990, Serie B, Estudios Comparativos, b), Estudios especiales, núm. 24.

- Garza Onofre, Juan Jesús et al., “¿Qué propone la iniciativa de reforma judicial de AMLO y Zaldívar?”, en *El juego de la Suprema Corte*. México: Nexos, 2020, <https://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/que-propone-la-iniciativa-de-reforma-judicial-de-amlo-y-zaldivar/> (Consultado el 13 de septiembre de 2021).
- González Oropeza, Manuel, *La jurisprudencia: su conocimiento y forma de reportarla*. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2005.
- Herrera García, Alfonso, *Más allá del transitorio: ¿El precedente judicial consolida a la justicia constitucional mexicana?*, IberlCONnect, <https://www.ibericonnect.blog/2021/05/mas-alla-del-transitorio-el-precedente-judicial-consolida-a-la-justicia-constitucional-mexicana/> (Consultado el 13 de septiembre de 2021).
- Magaloni, Ana Laura, *La Suprema Corte y el obsoleto sistema de jurisprudencia constitucional*. México: CIDE, 2011, <http://repositorio-digital.cide.edu/handle/11651/1324> (Consultado el 13 de septiembre de 2021).
- Rodríguez Vázquez, Miguel Ángel, *El control de constitucionalidad y el de legalidad en un nuevo esquema federal*. México: Centro de Estudios de Ingeniería Política y Constitucional, 2002.
- _____, *Justicia Constitucional Mexicana. Análisis jurisprudencial del control de regularidad constitucional*. México, Flores Editor, 2019.
- _____, “Jurisprudencia por precedentes obligatorios”, en *El Sol de Durango*, (2021), <https://www.elsoldedurango.com.mx/analisis/comentarios-constitucionales-6933048.html> (Consultado el 13 de septiembre de 2021).

NIÑEZ MIGRANTE NO ACOMPAÑADA: EL PRINCIPIO DE INTERÉS SUPERIOR EN LAS RESOLUCIONES EN TORNO A LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS MIGRATORIOS EN LOS QUE SON PARTE

CHANTAL LUCERO-VARGAS*

RESUMEN

México, por ser un eslabón geográfico entre Estados Unidos y los países de Centroamérica es el país de tránsito por excelencia para esta migración sur-norte, en donde su política migratoria va enfocada hacia una política de *securitización* y no de protección de los derechos humanos. En este escenario en donde las detenciones de migrantes con la finalidad de regresar a los mismos a sus ciudades de origen parece ser la norma y no la excepción, se encuentra un grupo susceptible de vulnerabilidad como lo es la infancia migrante viajando sin acompañamiento. Por lo anterior, el presente trabajo tiene como objetivo analizar, dentro de los procedimientos migratorios de retorno asistido o de regularización migratoria a través del reconocimiento de la condición de refugiado de la que niñas/os y adolescentes son parte, la aplicación

* Profesora-Investigadora del Instituto de Investigaciones Sociales de la Universidad Autónoma de Baja California. Licenciada en Derecho (1999-2003) Universidad Autónoma de Baja California (UABC). Maestra en Derechos Humanos y Democracia (2012-2014) Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO), México. Master en Derechos Constitucional (2007-2008) Universidad de Sevilla (US), España. Doctorado en Ciencias Sociales con Especialidad en Estudios Regionales (2014-2018), El Colegio de la Frontera Norte (COLEF), México. Correo lucero@uabc.edu.mx.

del interés superior del niño en las resoluciones tomadas por las autoridades migratorias, haciendo especial hincapié en el plan de restitución de derechos emitido por la Procuraduría Federal de Protección de niñas, niños y adolescentes.

PALABRAS CLAVE: Interés superior del niño, migración, niñez migrante, derechos humanos, refugio.

ABSTRACT

Mexico, being a geographical link between the United States and the countries of Central America, is the transit country par excellence for this south-north migration, where its migration policy is focused on a policy of securitization and not on the protection of human rights. In this scenario where the detention of migrants with the aim of returning to their cities of origin seems to be the norm and not the exception, there is a vulnerable group such as migrant children travelling unaccompanied. Therefore, this paper aims to analyze, within the migratory procedures of assisted return or regularization of migration through the recognition of the refugee status of which girls/boys and adolescents are part, the implementation of the best interests of the child in the decisions taken by the migration authorities, with particular emphasis on the plan for the restitution of rights issued by the Federal Procurator for the Protection of Children and Adolescents.

KEYWORDS: Best interests of the child, migration, migrant children, human rights, refuge.

INTRODUCCIÓN

El 11 de noviembre del año 2020 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* (DOF), el Decreto por el que se refor-

maron diversos artículos de la Ley de Migración y de la Ley sobre Refugiados, Protección Complementaria y Asilo Político. Lo anterior no fue algo fortuito, desde principios del año 2018 esta iniciativa estaba dando vueltas en la Cámara de Diputados sin llegar a un consenso. Quizá, la llegada del virus del SARS-COV-2 causante del COVID-19 y el hacinamiento permanente en que se encontraba la población detenida en las estaciones migratorias (incluidos niños), aunado a las presiones de las organizaciones internacionales y la sociedad civil lograron que finalmente se aprobaran estos cambios en la legislación de la materia en favor de la niñez migrante, tanto acompañado como viajando sin acompañamiento.

Esta armonización de leyes en materia de infancia migrante, tuvo como objetivo, precisamente, homologar las disposiciones federales en materia de niñez migrante con los tratados internacionales de los que México forma parte. En este sentido, entre los principales cambios realizados a las leyes en comento se encuentra la inclusión del concepto de niña, niño o adolescente no acompañado;¹ la no privación de la libertad por motivos migratorios y, por ende, la prohibición de alojamiento de niñas/os y adolescentes en estaciones migratorias; de igual manera, siguiendo el principio de la unidad familiar, se prohibió la separación de los menores de edad si este viene acompañado de alguna persona adulta por lo que, tanto el niño como sus cuidadores, no pueden ser alojados en estaciones migratorias. Un punto a resaltar es que, la legislación es muy clara al señalar que, en todo momento,

¹ El artículo 3, fracción XX de la Ley de Migración señala que, se entenderá por niña, niño y adolescente migrante no acompañado: cualquier persona migrante menor de dieciocho años de edad que no se encuentra acompañada por la persona adulta que ejerce la patria potestad, que la edad que no se encuentra acompañada por la persona adulta que ejerce la patria potestad, que la tenga bajo su guarda y custodia, por su tutor o persona adulta bajo cuyos cuidados se encuentre habitualmente por costumbre.

se atenderá el interés superior de la niña/o y adolescente y su situación de vulnerabilidad.

Lo anterior sin duda fue un gran paso en el respeto y protección de los derechos humanos de esta población en específico, sin embargo, su aplicación, hasta el momento ha sido deficiente, sobre todo al hablar de los procedimientos en materia del reconocimiento de la condición de refugiado que impliquen niñas/os y adolescentes viajando sin acompañamiento. Lo anterior se señala derivado de que en la práctica se ha podido observar que no en todos los casos se respeta el interés superior del niño es las resoluciones recaídas en sus procedimientos migratorios. Este hecho se ha visto con más claridad en la frontera sur de México, pues es en esta frontera por donde entran la mayoría de estas niñas, niños y adolescentes migrantes no acompañados, procedentes de Centroamérica y es aquí, donde se realizan la mayoría de los *rescates*² en torno a esta población migrante.³

El presente trabajo tiene como objetivo analizar si en la práctica se respeta el interés superior del niño en los procedimientos migratorios en los que las niñas/os y adolescentes migrantes viajando sin acompañamiento son parte. En este contexto y bajo un enfoque cualitativo, se realizaron entrevistas en la ciudad de Tapachula, Chiapas, a dos directores de albergues destinados para la atención de la niñez migrante viajando sin acompañamiento, uno de ellos pertenecientes

² Se torna importante señalar que, al hablar de niñez migrante, no se dice que los mismos han sido detenidos -como los adultos- sino rescata-dos, de ahí que se hable de rescates y no de detenciones.

³ Acorde a los registros de la Unidad de Política Migratoria y Registro de Identidad de Personas (UPMRIP), entre enero y junio del año 2021, el 35.21 por ciento de los rescates en torno a la niñez migrante se dieron en el estado de Chiapas, el 13.50 por ciento en Nuevo León, el 12.19 por ciento en Tamaulipas y el 7.18 por ciento en el estado de Chihuahua.

a la sociedad civil y el otro a un albergue oficial del DIF,⁴ de igual forma se realizaron entrevistas a seis adolescentes menores de edad los cuales migraban sin acompañamiento. Tanto las entrevistas a los directores de albergues, como las entrevistas realizadas a los adolescentes viajando sin acompañamiento, fueron realizadas de manera presencial. En el caso de las entrevistas realizadas a los adolescentes migrantes viajando sin acompañamiento, las mismas fueron realizadas en el albergue en el que se encontraban previo a su retorno asistido por la autoridad competente, en las cuales estuvo presente un adulto el cual tenía la custodia de los mismos, lo anterior, en atención a los protocolos en relación a entrevistas con menores de edad.

Las entrevistas realizadas a los directores de albergues de atención a la niñez migrante viajando sin acompañamiento versaron, principalmente, sobre el papel que desarrollan los mismos en torno a esta población migrante; por otro lado, las entrevistas realizadas a los adolescentes migrantes viajando sin acompañamiento versaron en tres ejes principales: en su contexto migratorio, en las condiciones en la que llevaron a cabo su tránsito migratorio y, finalmente, en el trato recibido en los albergues en donde estuvieron una vez que fueron rescatados por la autoridad competente.

Los insumos recaídos en el análisis de estas entrevistas, junto con la información recabada de fuentes documentales, nos dan una aproximación en torno al respecto al interés superior del niño en los procedimientos migratorios en los que la infancia migrante, principalmente viajando sin acompañamiento, es parte.

Por lo anterior, el presente trabajo se ha dividido en cuatro apartados: en el primero se aborda el interés superior del

⁴ Por razones de confidencialidad, se han omitido los nombres de los directores de albergues entrevistados, así como los nombres de estos albergues. Para ellos, todo nuestro agradecimiento.

niño como principio rector en todas las resoluciones en la que las niñas/os y adolescentes formen parte; el segundo apartado aborda los procedimientos recaídos en niñas/os y adolescentes migrantes viajando en calidad de no acompañados haciendo un análisis sobre los cuatro escenarios que se presentan una vez que la niña/o o adolescente es retenido por las autoridades migratorias y enfrentan un procedimiento migratorio ya sea mediante el retorno asistido o a través del reconocimiento de la condición de refugiado, según sea el caso, el tercer apartado versa sobre los actuales retos y desafíos en torno a la correcta aplicación del interés superior por parte de la Procuraduría de Protección de los estados, para finalmente llegar al cuarto apartado en donde se hace una serie de reflexiones finales en torno al papel de la Procuraduría Federal de Protección de niñas/os y adolescentes y la importancia de reconocer a esta población como verdaderos sujetos de derechos tomando en consideración sus proyectos de vida a la hora de emprender su tránsito migratorio.

EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO COMO PRINCIPIO RECTOR EN TORNO A LAS RESOLUCIONES QUE AFECTEN A LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES

No se puede abordar el tema del interés superior del niño sin hablar, primeramente, de los niños como sujetos de derecho. Si bien, actualmente se reconoce que todos los niños tienen derechos, lo anterior no siempre fue así. Los primeros esfuerzos que se hicieron a nivel internacional en relación al reconocimiento de niñas y niños como sujetos de derechos se dio en el año de 1924, con la Declaración de Ginebra sobre los Derechos de los Niños, por primera vez se redactaba un instrumento en donde se especificaba la existencia de derechos para las niñas y niños, así como la responsabilidad de

los adultos hacia ellos. Esta Declaración dio paso para que, en 1959, se presentara ante la Organización de las Naciones Unidas (ONU) lo que se conoce como la Declaración de los Derechos del Niño, que no fue más que el antecedente de lo que hoy conocemos como la Convención de los Derechos del Niño, misma que fue aprobada en el año de 1989. Este cambio de Declaración a Convención le concedió carácter vinculante a la misma y con ello, pasó a formar parte de las legislaciones propias de cada país -una vez ratificadas por los Estados- generando con ello la obligación de garantizar y respetar los derechos consagrados en dicha Convención a toda niña o niño la jurisdicción de estos Estados.⁵

En la actualidad, la Convención de los Derechos del Niño es el instrumento jurídico que regula el reconocimiento de los derechos de las niñas y niños y las obligaciones que tienen, tanto el Estado como la sociedad, respecto a los mismos,⁶ definiendo a las niñas y niños como sujetos de pleno derecho, reconociéndoles con lo anterior, un estatus de persona y de ciudadano⁷ y visualizando a los mismos en su condición de persona como titular de derechos sin importar su condición jurídica y bajo un presupuesto de igualdad y dignidad.⁸

Es importante señalar que la Convención de los Derechos del Niño no solo reconoce a los mismos como sujetos de

⁵ Actualmente, Estados Unidos de América es el único país en el mundo que no ha ratificado la Convención de los Derechos del Niño.

⁶ Jaimes, Adriana y Martha Elba Izquierdo, “Los niños y niñas: un grupo vulnerable en México”. *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, 6 (2014) :1-21.

⁷ Jaramillo, Leonor, “Concepción de la infancia”. *Zona Próxima. Revista del Instituto de Estudios Superiores en Educación*, 8 (2007) :108-123.

⁸ González Contró, Mónica, “Derechos de niñas, niños y adolescentes”, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, 2013).

derechos, sino que la misma se rige bajo cuatro principios básicos: 1). principio de igualdad y no discriminación; 2) principio de observar siempre el interés superior del niño; 3) principio del derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo y, finalmente 4). principio de participación y de ser escuchado.

De estos cuatro principios el que nos interesa abordar en estas líneas es el principio del interés superior del niño el cual está consagrado en el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño al señalar: que “en 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 a que se atenderá será el interés superior del niño”.⁹ Lo anterior se traduce en que todas las medidas respecto del niño deben estar basadas en la consideración del interés superior del mismo, en donde corresponde al Estado asegurar una adecuada protección y cuidado, cuando los padres y madres, u otras personas responsables, no tienen capacidad para hacerlo.¹⁰ En este sentido se dice que el principio del interés superior del niño es un principio dual pues, por un lado, es un derecho que tienen todas las niñas, niños y adolescentes de ser considerados prioridad en las acciones o decisiones que les afecten en lo individual o en grupo y, por otro, es una obligación de todas las instancias públicas y privadas de tomarlo como base en las medidas que adopten e impacten a este grupo de la población¹¹ con la finalidad de

⁹ Asamblea General de las Naciones Unidas, “Convención Sobre los Derechos del Niño”, Organización de las Naciones Unidas. <http://www2.ohchr.org/spanish/law/crc.htm>

¹⁰ Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, “Convención sobre los derechos del niño” (comentada) (Organización de las Naciones Unidas, 2006). <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>

¹¹ Secretaría de Gobernación, “5 claves para entender qué es el interés

garantizar su desarrollo integral y disfrute efectivo de sus derechos. Por lo anterior y atendiendo a este principio, en todas las resoluciones que afecten a alguna niña, niño o adolescente se tiene que respetar el interés superior del niño, lo que incluye a la niñez migrante que se encuentre dentro de un procedimiento, ya sea de regularización migratoria o el reconocimiento de la condición de refugiado, específicamente la que se encuentre sin acompañamiento como se verá a continuación.

DE LOS PROCEDIMIENTOS RECAÍDOS EN NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES MIGRANTES VIAJANDO SIN ACOMPAÑAMIENTO

México ha hecho un gran avance en el reconocimiento y protección de los derechos de la niñez en general, lo que incluye la niñez migrante, ya sea viajando acompañados o sin acompañamiento. Sin embargo, si bien este avance se ve claramente en la legislación de la materia, no siempre se traduce en las prácticas cotidianas cuando se trata de los procedimientos migratorios en los que las niñas/os y adolescentes migrantes viajando sin acompañamiento son parte.

Precisamente, en relación a los procedimientos recaídos en niñas, niños y adolescentes migrantes, la Ley de Migración es muy clara al señalar el procedimiento de atención a niñas/os y adolescentes migrando sin acompañamiento. En este contexto, el artículo 112 de la legislación precitada, en relación al procedimiento en la atención de personas en situación de vulnerabilidad, señala lo siguiente:

superior de la niñez”, (México, Secretaría de Gobernación, 2016). <https://www.gob.mx/segob/articulos/5-claves-para-entender-que-es-el-interessuperior-de-la-ninez?hootPostID=ea942422e7753195833d-2162f3e58018>

Artículo 112. Cuando alguna niña, niño o adolescente sea puesta a disposición del Instituto, quedará bajo su total responsabilidad en tanto procede la notificación inmediata a la Procuraduría de Protección y la canalización al Sistema DIF correspondiente, y se deberá garantizar el respeto a sus derechos humanos, sujetándose particularmente a lo siguiente:

I. Por lo que respecta a la seguridad y cuidado de niñas, niños y adolescentes, el Instituto deberá ponerles de inmediato a disposición del Sistema Nacional DIF o su equivalente en las diferentes entidades federativas, municipios o demarcaciones territoriales y notificar del caso a la Procuraduría de Protección, para proceder a su gestión conforme a lo establecido en la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.

De manera cautelar, el Instituto reconocerá a toda niña, niño y adolescente migrante la condición de Visitante por Razones Humanitarias, en los términos establecidos en la presente Ley y su Reglamento.

El Instituto emitirá un acta de canalización de la niña, niño o adolescente en la que conste la notificación a la Procuraduría de Protección y la canalización de la niña, niño o adolescente al Sistema DIF correspondiente;

II. Por lo que respecta a la determinación y resolución de la situación administrativa migratoria de niñas, niños y adolescentes, el Instituto deberá iniciar el procedimiento administrativo migratorio previa notificación a la Procuraduría de Protección para su oportuna intervención;

III. Será el Instituto quien determine y resuelva el procedimiento administrativo correspondiente, atendiendo las determinaciones que en ese sentido provea el plan de restitución de derechos emitido por la Procuraduría de Protección.

En el caso de que el plan de restitución de derechos que emita la Procuraduría de Protección recomiende la permanencia de la niña, niño o adolescente, el Instituto lo podrá regularizar bajo los supuestos establecidos en los artículos 132, 133 y 134 de esta Ley, y tendrá derecho a la preservación de la unidad familiar.

En el caso de que el plan de restitución de derechos que emita la Procuraduría de Protección estipule la posibilidad de que la niña, niño o adolescente salga del país, el Instituto procederá al retorno asistido y se notificará de esta situación al Consulado correspondiente, con tiempo suficiente para la recepción del niño, niña o adolescente en su país de nacionalidad o residencia.

El retorno asistido de la niña, niño o adolescente migrante a su país de nacionalidad o residencia se realizará atendiendo al interés superior de la niña, niño y adolescente y su situación de vulnerabilidad, con pleno respeto a sus derechos humanos y con la intervención de la autoridad competente del país de nacionalidad o residencia.

Todo traslado y retorno asistido deberá de hacerse en acompañamiento de personal especializado en el tema de infancia.

En este contexto, cuando una niña, niño o adolescente sea puesta a disposición del INAMI, el mismo quedará bajo la responsabilidad del instituto, mientras se procede a notificar, de forma inmediata, a la Procuraduría de Protección y la canalización al Sistema DIF correspondiente. Esto es, a partir de la armonización de leyes en materia de infancia migrante y aunado a que estas niñas/os y adolescentes ya no pueden permanecer en estaciones migratorias, ahora, quien tendrá la responsabilidad de estas niñas/os y adolescentes viajando en calidad de no acompañados, ya no será el INAMI sino la

Procuraduría Federal de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes o de las Procuradurías de Protección de cada entidad federativa, dependiendo de dónde haya sido rescatado la niña/o o adolescente migrante. Para lo anterior el INAMI tendrá que emitir un acta de canalización de la niña, niño o adolescente en la que conste la notificación a la Procuraduría de Protección y la canalización de la niña, niño o adolescente al Sistema DIF correspondiente, atendándose siempre conforme a lo establecido en la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, en donde, de manera cautelar, el INAMI reconocerá a estas/os niñas/os y adolescentes migrantes la condición de Visitante por Razones Humanitarias,¹² a la par que inicia el procedimiento administrativo migratorio correspondiente, el cual se deberá de resolver con base a las recomendaciones que provea el plan de restitución de derechos emitido por la Procuraduría de Protección.¹³

Si bien, quien inicia el procedimiento administrativo migratorio correspondiente es el propio INAMI, el mismo tiene que resolver con base a las recomendaciones emitidas por la Procuraduría de Protección. Estas recomendaciones deberán de estar estipulados en el plan de restitución de derechos. El propio DIF ha señalado en sus “lineamientos para la restitución de derechos y medidas de protección de niñas, niños y adolescentes” que, se entenderá por “plan de restitución de derechos” al documento que contiene de manera detallada la forma en la que se debe llevar a cabo la restitución de los

¹² El primer párrafo del artículo 74 de la Ley de Migración señala que, en tanto la Procuraduría de Protección determina el interés superior de la niña, niño o adolescente y presenta al Instituto el Plan de Restitución de Derechos, toda niña, niño o adolescente será documentada como Visitante por Razones Humanitarias, en términos del artículo 52, fracción V, de esta Ley y recibirá protección conforme a lo establecido por la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, su reglamento y demás disposiciones aplicables.

¹³ Artículo 112, fracciones I, II, y III de la Ley de Migración.

derechos vulnerados de niñas/os y adolescentes, así como la propuesta de instituciones públicas y privadas involucradas en la restitución de derechos.¹⁴

Los propios lineamientos precitados marcan la pauta a seguir para la elaboración de este plan de restitución de derechos, señalando en su Cuarto considerando que, al momento de recibir la debida notificación de las autoridades competentes sobre casos de restricción o vulneración de derechos de niñas, niños y adolescentes, se apersonará en donde éstos se encuentren, el grupo multidisciplinario de la Dirección General de Restitución de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, el cual deberá estar conformado por profesionales de las áreas de psicología, trabajo social, medicina y derecho. Acto seguido se deberá emitir, un diagnóstico inicial derivado del primer acercamiento que se tenga con niña, niño o adolescente, diagnóstico con el que se elaborará dicho plan de restitución de derechos, emitiéndose las medidas especiales de protección que se consideren necesarias atendiendo en todo momento el interés superior de la niñez.¹⁵ Por lo anterior, el plan de restitución de derechos solo tendrá dos tipos de resolución: o se recomienda la permanencia de la niña/o o adolescente, en cuyo caso el Instituto podrá regularizar la situación migratoria de esta niña/o o adolescente bajo los lineamientos de ley, o se estipula la posibilidad de que la niña/o o adolescente salga del país bajo el procedimiento de retorno asistido.

Un punto toral dentro de los procedimientos, ya sea de regulación migratoria o reconocimiento de la condición de

¹⁴ Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia. “Lineamientos para la restitución de derechos y medidas de protección de niñas, niños y adolescentes”, (México, Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia, 2016). http://sitios.dif.gob.mx/normateca/wp-content/Archivos/Procuraduria/L_restitucion.pdf

¹⁵ Idem.

refugiado que involucran niñas/os y adolescentes migrantes viajando sin acompañamiento es la entrevista de valoración en relación a su interés superior, la cual tiene por objeto el allegarse de elementos sobre la identidad, país de nacionalidad o residencia, situación migratoria, la localización de sus padres u otros miembros de su familia, así como las necesidades particulares de protección y atención médica y psicológica, realizándose la misma a través de personal especializado y capacitado en la protección y derechos de la infancia.¹⁶ Así, el artículo 173 del Reglamento de la Ley de Migración señala los puntos a seguir en torno a la valoración del interés superior, a saber:

- I. Obtener información sobre la localización de sus padres, o quienes ejerzan sobre ellos la patria potestad, así como las razones por las cuales se encuentran separados de ellos;
- II. Identificar posibles situaciones de riesgo o de violación a sus derechos humanos que pudieran presentarse o que se hayan presentado en el país de origen o residencia habitual, o en el territorio nacional;
- III. Identificar cuando la niña, niño o adolescentes sea ofendido, víctima o testigo de algún delito en el país de origen o residencia habitual o en el territorio nacional;
- IV. Determinar cualquier necesidad de protección internacional;
- V. Proponer alternativas de alojamiento temporal en instituciones públicas o privadas en donde se les pueda brindar una atención adecuada;
- VI. Tomar en cuenta la opinión y participación informada de la niña, niño o adolescente migrante no acompañado durante todo el proceso en las decisiones que le conciernen, y
- VII. En caso de ser necesario, allegarse de la opinión de

¹⁶ Artículo 172 del Reglamento Ley de Migración.

otros miembros de la familia, de personas cercanas o de instituciones involucradas en su atención.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH) se ha pronunciado en torno al interés superior del niño en contexto de migración, señalando que cualquier política migratoria respetuosa de los derechos humanos, así como toda decisión administrativa o judicial relativa tanto a la entrada, permanencia o expulsión de una niña o de un niño, como a la detención, expulsión o deportación de sus progenitores asociada a su propia situación migratoria, debe evaluar, determinar, considerar y proteger de forma primordial el interés superior de la niña o del niño afectado.¹⁷ En este sentido, el Estado mexicano, siempre se ha dicho respetuoso de los derechos humanos de toda persona bajo su jurisdicción, lo que incluye a personas migrantes, sin embargo, en la práctica y hablando de niñas/os y adolescentes migrantes no acompañados en contexto de movilidad, se han presentado distintos escenarios en donde la retórica no siempre va de la mano con la práctica y en donde se ha podido observar claramente que en los distintos procedimientos en los que la niñez migrante puede formar parte, se vulnera sistemáticamente la correcta aplicación del interés superior del niño, a saber:

a). *Niñas, niños y adolescentes en contexto de movilidad “rescatados” por las autoridades migratorias.* El primer escenario se presenta cuando se habla de procedimientos en donde niñas/os o adolescentes viajando sin acompañamiento, se presenta cuando los mismos son rescatados por

¹⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos. “Opinión Consultiva 21/14. Derechos y Garantías de Niñas y Niños en el contexto de la migración y/o necesidad de Protección Internacional”. (Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2014). http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/resumen_seriea_21_esp.pdf

las autoridades migratorias y empieza su procedimiento administrativo, el cual, con base a la determinación de la Procuraduría de Protección, se decidirá si estas niñas/os o adolescentes son regresados a sus países de origen mediante el retorno asistido o, por el contrario, son sujetos de protección internacional y se regulariza su estancia en el país.

En este escenario se observa claramente que, bajo estos cambios en la normatividad migratoria en relación a la infancia migrante, el peso de las resoluciones recae completamente en el plan de restitución de derechos emitido por la Procuraduría de Protección, entendida esta por la Procuraduría Federal de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes y las Procuradurías de Protección de cada entidad federativa. Lo anterior crea un gran problema pues la aplicación de estos lineamientos bajo el principio del interés superior del niño, varía dependiendo de la entidad federativa. Por ejemplo, en el caso de Chiapas, el estado con el mayor número de *rescates* de niñez migrante viajando en calidad de no acompañada, se ha podido observar en la práctica que la Procuraduría de Protección de la entidad, emite estos planes de restituciones de manera muy general, donde en varias ocasiones estos niños ni siquiera son entrevistados por dicha Procuraduría, ordenando, en la mayoría de los casos, el retorno asistido a sus países de origen.

Un claro ejemplo de lo anterior lo da la propia Secretaría de Gobernación, la cual a través de las cifras oficiales de la UPMRIP señala que en el año 2020 el INAMI rescató a 4 707 niñas/os y adolescentes migrantes viajando sin acompañamiento, de esa cantidad el 87.61 por ciento fueron regresados a sus países de origen, en donde tan solo el 11.47 por ciento pudo acceder al procedimiento de reconocimiento de la condición de refugiado.¹⁸ (UMPRIP, 2020).

¹⁸ Unidad de Política Migratoria y Registro de Identidad de Personas, “Eventos de menores presentados ante la autoridad migratoria, según

Lo anterior visibiliza que si bien, la mayoría de estos niños vienen de contextos adversos y violentos que pudieran ser perjudicial para la niña/o o adolescente regresar a ellos, en la práctica la mayoría son devueltos a sus países de origen derivado de estas *entrevistas express* que contravienen a todas luces el interés superior del niño ya que las mismas no están enfocadas a satisfacer este interés superior, sino solo a cumplir con la legislación en relación a la aplicación de estas entrevistas (para no violentar el debido proceso), teniendo como finalidad el retornar a estos niños a sus comunidades de origen.

Este comportamiento por parte de la autoridad es violatorio, no solo de la legislación nacional en la materia sino también de los estándares internacionales en materia de protección de la niñez migrante. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH) se ha pronunciado en la Opinión Consultiva 21/20014 sobre los Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional sobre el procedimiento de evaluación inicial de las niñas y niños en contexto de movilidad, señalando:

La Corte considera que el procedimiento de evaluación inicial debería contar con mecanismos efectivos, cuyo objetivo sea obtener información tras la llegada de la niña o niño al lugar, puesto o puerto de entrada o tan pronto como las autoridades tomen conocimiento de su presencia en el país, para determinar su identidad, y de ser posible, la de sus padres y hermanos, a fin de transmitirla a las entida-

continente, país de nacionalidad, grupos de edad, condición de viaje y entidad federativa, enero-diciembre de 2020”, (México, Secretaría de Gobernación, 2020). <http://portales.segob.gob.mx/es/PoliticaMigratoria/CuadrosBOLETIN?Anual=2020>

des estatales encargadas de evaluar y brindar las medidas de protección, de conformidad con el principio del interés superior de la niña o del niño. [...] Este procedimiento de evaluación inicial debe efectuarse en un ambiente amigable y que otorgue garantías de seguridad y privacidad, así como encontrarse a cargo de profesionales competentes formados en técnicas de entrevistas que tengan en cuenta la edad y el género. Además, los Estados deben tomar en cuenta las garantías procedimentales mínimas acordes a los principios de interés superior de la niña o del niño y su protección integral, los cuales incluyen, pero no están limitadas a las siguientes: que la entrevista se realice en un idioma que la niña o el niño pueda comprender; que sea centrado en las niñas y niños, sensible al género, y asegure su participación; que el análisis tome en cuenta la seguridad y la posible reunificación familiar; que reconozca la cultura de la niña o niño y considere su rechazo a pronunciarse en presencia de adultos o familiares; que provea de un intérprete en caso de ser necesario; que cuente con personal altamente calificado para tratar con niñas y niños y facilidades adecuadas; que provea asesoría legal en caso de ser requerida; que brinde información clara y entendible sobre los derechos y obligaciones que tiene la niña o el niño y sobre la continuación del procedimiento.

De lo anterior se observa que la CorteIDH pone hincapié en que estas evaluaciones y entrevistas sean realizadas por profesionales competentes formados en técnicas de entrevistas que tengan en cuenta la edad y el género. Al respecto, en la práctica se ha observado que, muchas veces la Procuraduría de Protección de los estados solamente cuentan con una persona para realizar dichas entrevistas y, en la mayoría de las ocasiones, estas personas carecen del entrenamiento

necesario para realizar estas evaluaciones. Lo anterior es a todas luces contrarios al interés superior del niño si se toma en consideración al tratarse de procesos en los que se ven involucrados migrantes menores de edad, las decisiones en materia migratoria no pueden ser delegadas a funcionarios no especializados. En consecuencia, en lo que concierne a procedimientos que involucren a niñas y niños, los estados deben garantizar que las personas que intervengan en los mismos se encuentren debidamente capacitadas, de forma que puedan identificar las necesidades especiales de protección de la niña o niño, de conformidad con el interés superior.¹⁹

b). *Niñas, niños y adolescentes en contexto de movilidad que al ser “rescatados” por las autoridades migratorias solicitan el retorno asistido.* El segundo escenario que se presenta es el de la niñez migrante rescatada solicitando retorno asistido. Debemos de recordar que toda niña/o o adolescente, al momento de ser rescatado o en cualquier momento durante su procedimiento de regularización migratoria, puede solicitar el retorno asistido a su país de origen. Si bien, aunque la niña/o o adolescente solicite este retorno a su país de origen, este no puede brindársele si, atendiendo al interés superior del niño, se encuentran indicios que, si regresara a su país, su vida correría peligro. No obstante lo anterior, en la práctica las cosas son un poco distintas ya que se ha detectado que, cuando se trata de un retorno asistido solicitado por la niña/o o adolescente, la Procuraduría de Protección en muchos casos solo realiza la entrevista de ley de manera muy general para cumplir, de nueva cuenta con la legislación en la materia. Sin embargo, aunque se detecten indicios de protección internacional, se continúa con el procedimiento

¹⁹ Idem.

de retorno asistido aduciendo que, como el mismo fue solicitado por la niña/o o adolescente, se tiene que respetar su decisión basándose en el principio de participación y de ser escuchado,²⁰ sin embargo, no realizan las investigaciones suficientes para detectar si, en efecto, ese retorno es en favor al interés superior del niño.

El Comité de los Derechos del Niño en su “Observación General No. 6: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen” ha señalado que:

En lo que se refiere a las niñas o niños en situación de no acompañados o separados de su familia, resulta indispensable que los Estados procuren la localización de los miembros de su familia, no sin antes verificar que estas medidas correspondan al interés superior de la niña o del niño y, si resulta posible y satisface el interés superior de la niña o del niño, procedan a su reunificación o reagrupación lo antes posible.²¹

Esto es, no basta con que la niña o el niño decida regresar, sino que el estado debe de verificar que su regreso satisfaga este interés superior, cosa que actualmente no sucede.

²⁰ Aparte de este principio consagrado en la Convención de los Derechos del Niño, la Ley General de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes señala en su artículo segundo, fracción segunda como uno de sus principios promover la participación, tomar en cuenta la opinión y considerar los aspectos culturales, éticos, afectivos, educativos y de salud de niñas, niños y adolescentes, en todos aquellos asuntos de su incumbencia, de acuerdo a su edad, desarrollo evolutivo, cognoscitivo y madurez.

²¹ Comité de los Derechos del Niño, “Observación General no. 6. Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen”. (Ginebra, Organización de las Naciones Unidas, 2005). <http://www1.umn.edu/humanrts/crc/spanish/Sgeneralcomment6.html>

En este segundo escenario se considera importante conocer las causas por las que estos niños deciden acogerse a la figura del “retorno asistido”. En entrevistas realizadas a adolescentes migrantes viajando sin acompañamiento, provenientes de algún país del Triángulo Norte de Centroamérica, que habían solicitado el retorno asistido a sus países de origen, se pudo detectar que los mismos tenían en común que habían contratado el servicio de un “guía” o “pollero” para su traslado a Estados Unidos, servicio que, a decir de estos adolescentes les costó a sus familias alrededor de 5 162 dólares. Lo anterior es importante conocerlo porque muchos niños, por no perder este dinero, prefieren regresar a sus países de origen e intentar cruzar, ya que, en muchas ocasiones, la mayoría de estos guías les brindan a las personas que contratan su servicio hasta tres intentos para cruzar por la cantidad pagada.

Esta situación es bastante delicada ya que convierte a estas niñas/os y adolescentes en parte de estas redes de tráfico de personas que hay en el país. Respecto a este tema la CorteIDH también se ha pronunciado al respecto, señalando que:

La situación de niña o niño no acompañado o separado los expone a “diversos riesgos que afectan a la vida, supervivencia y desarrollo, [como] por ejemplo, la trata dirigida a la explotación sexual o de otra índole o la participación en actividades delictivas de las que puede resultar perjuicio para el menor o, en casos extremos, la muerte”, especialmente en aquellos países o regiones con presencia del crimen organizado.

En particular, las niñas o niños no acompañados o separados de su familia que se encuentran fuera de su país de origen son particularmente vulnerables a la trata infantil, a la explotación y los malos tratos. La Corte reconoce que las niñas pueden ser aún más vulnerables a ser víctimas de

trata, en especial para la explotación sexual y laboral. Por esta razón, resulta esencial que los Estados adopten todas aquellas medidas necesarias para prevenir y combatir la trata de personas, entre las que destacan todas aquellas medidas de investigación, protección para las víctimas y campañas de información y difusión.

Específicamente, los Estados tienen la obligación de adoptar determinadas medidas de control de frontera con el objeto de prevenir, detectar y perseguir cualquier tipo de trata de seres humanos. Para ello, deben disponer de funcionarios especializados encargados de identificar a todas aquellas víctimas de la trata de seres humanos, prestando especial atención a las que sean mujeres, niñas o niños.²²

De lo anterior se puede observar la importancia de aplicar correctamente las entrevistas en torno al interés superior del menor, pero sobre todo la necesidad de que las mismas sean realizadas por funcionarios especializados, ya que son ellos los especialistas que pueden llegar a detectar si existe algún indicio de que la niña/o o adolescente entrevistado pueda ser parte de una red de trata partiendo de la obligación de los Estados, primera, de como ya se ha dicho en estas líneas, priorizar el interés superior del niño y, segundo, prevenir y combatir la trata de personas.

Otra de las causas por las que deciden solicitar el retorno asistido es por el tiempo de espera en relación a la resolución recaída en su procedimiento administrativo migratorio. Aunque el promedio de tiempo de resolución para estos niños es

²² Corte Interamericana de Derechos Humanos. “Opinión Consultiva 21/14. Derechos y Garantías de Niñas y Niños en el contexto de la migración y/o necesidad de Protección Internacional”. (Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2014). http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/resumen_seriea_21_esp.pdf

aproximadamente de un mes, muchos de estos niños, que se encuentran en albergues temporales del DIF mientras se resuelve su situación migratoria, no quieren estar encerrados en los mismos ya que estos centros son de puertas cerradas, prefiriendo solicitar el retorno asistido para regresar a su país y, una vez allá, volver a intentar cruzar en el entendido que la frontera sur de México es muy porosa.

c). *Niñas, niños y adolescentes en contexto de movilidad que al ser rescatados por las autoridades migratorias solicitan el reconocimiento de la condición de refugiado.* Existe un tercer escenario en relación a esta población migrante, el mismo se presenta cuando ellos mismos solicitan el reconocimiento de la condición de refugiado al momento de ser rescatados o la Procuraduría determina que la niña/o o adolescente en cuestión tiene necesidades de protección internacional. En ambos casos se da aviso a Comisión Mexicana de Ayuda a Refugiados (COMAR) con la finalidad de dar inicio al procedimiento correspondiente.

En la práctica se ha visto que, actualmente, más del 90% de los niños viajando sin acompañamiento se les concede el reconocimiento de la condición de refugiado, cuando no se les otorga es porque, o hay discrepancias en sus declaraciones o se comprueba que esta niña/o o adolescente estuvo dentro de contextos violentos como maras o pandillas.

En el caso de las niñas/os y adolescentes que se les otorga el reconocimiento de la condición de refugiado, quedan a cargo del Estado y son enviados a lo que se conoce como albergues de larga estancia o de segunda acogida²³ y su do-

²³ La “Ruta de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes en Situación de Migración”, en relación a las alternativas de cuidado, manifiesta que las mismas se dividen en dos tipos: el modelo de primera acogida que se basa en Centros de Asistencia Social (CAS), especializados dirigidos a niñas/os y adolescentes no acompañados en situación de migración; y el modelo de segunda acogida el cual está re-

cumentación es resguardada por la Procuraduría Estatal. En este escenario, lo que se ha podido apreciar en la práctica es que estos albergues de segunda estancia son instituciones del DIF que pueden ser casas de asistencia u orfanatorios, los cuales son, en su gran mayoría, albergues de puertas cerradas meramente asistencialistas donde los niños se sienten encerrados y no quieren estar ahí, incluso hay albergues que no los dejan tener teléfonos o utilizar el internet más que para cosas de tareas. En este sentido, estos albergues no cumplen con la normatividad de ser albergues propicios para esta población, ya que cualquier medida de alojamiento debe permitir la salida del establecimiento donde se encuentre la niña o el niño, esto es, debe desarrollarse en un ambiente no privativo de libertad.²⁴

Ante esta situación, la Procuraduría del Estado de Chiapas ha optado por, una vez cumplidos los 17 años de edad, entregarle los documentos donde se comprueba la legal estancia en el país de estas/estos adolescentes, terminando con ello la actuación de la Procuraduría en torno a esta población migrante. Lo anterior es un hecho alarmante ya que, bajo criterios internacionales y bajo la legislación nacional, un niño deja de serlo hasta cumplir la mayoría de edad, esto es, a los 18 años de edad.²⁵

Estas prácticas evidencian, ya sea porque no hay espacio en los albergues o estos jóvenes se muestran inquietos porque no quieren estar encerrados, no son acorde al interés su-

presentado por tres modalidades, a saber: a) El acogimiento familiar por familia extensa (reunificación familiar); b) acogimiento familiar por familia ajena y; c). Acogimiento en CAS de segunda fase.

²⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos. “Opinión Consultiva 21/14. Derechos y Garantías de Niñas y Niños en el contexto de la migración y/o necesidad de Protección Internacional”. (Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2014). http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/resumen_serica_21_esp.pdf

²⁵ Artículo 3, fracción XIX, de la Ley de Migración.

perior del niño. Esta decisión no es beneficiosa para la niña o el niño sino para la Institución que, sea por la causa que fuere, ya no quiere tener más la responsabilidad de esta población en particular. En este sentido, una vez más, se puede observar que las resoluciones tomadas por la Procuraduría no son con base a este interés superior del niño.

d). *Niñas, niños y adolescentes en contexto de movilidad que solicitan por su propio derecho ante la COMAR el reconocimiento de la condición de refugiado.* Finalmente hay un cuarto escenario y se observa cuando la niña/o o adolescente se presenta personalmente ante COMAR a solicitar el reconocimiento de la condición de refugiado. En estos casos estos niños no son obligados a ir a estos albergues de acogida, es decir, pueden vivir con amigos o albergues de la sociedad civil mientras esperan su resolución. Sin embargo, por ser menores de edad, se les solicita un representante legal. Aquí, al igual que en otros procedimientos, hay discrepancias entre los estados pues, en el estado de Chiapas este representante es la misma Procuraduría sin posibilidad de que el niño elija su propia representante, contrario a lo que sucede en el Estado de Tabasco donde, sí se les permite tener un representante legal que no sea la Procuraduría de Protección, personificando ese papel en la mayoría de las ocasiones distintas organizaciones civiles pro-migrantes.

Estas discrepancias en la atención de la niñez migrante sin acompañamiento solicitantes del reconocimiento de la condición de refugiado que se presenta dependiendo de la entidad, presentan situaciones que contravienen de nueva cuenta el interés superior del niño. En el caso del estado de Chiapas, la niñez migrante reconocida como refugiada tiene dos opciones: o irse a estos albergues de larga estancia atendidos por personal del DIF o, si es que ellos lo desean, perma-

necer en otros espacios. Sin embargo, aunque ellos decidan no estar bajo la tutela de los albergues DIF, su documentación es retenida hasta cumplir los 17 años de edad.

En la práctica se ha visto que muchas de estas niñas/os y adolescentes reconocidos como refugiados viviendo por su cuenta, deciden, con base a sus proyectos de vida, emprender el viaje hacia el norte. Lo anterior suscita ciertos problemas ya que estos niños, al carecer de documentos por estar los mismo en resguardo de la Procuraduría de Protección del Estado de Chiapas, si son detenidos por autoridades migratorias en algún punto de su tránsito migratorio, pueden llegar a permanecer varios días -incluso meses- en albergues de corta estancia hasta que se acredite su legal estancia en el país. Una vez acredita su estancia, no los dejan en el estado donde fueron rescatados sino que los regresan de nueva cuenta a Chiapas en donde, de nueva cuenta encuentran su camino para migrar al norte, convirtiéndose lo anterior en un círculo infinito.

En el caso del estado de Tabasco, donde se ha visto que los representantes legales de estos niños solicitantes del reconocimiento de la condición de refugiado pueden ser asociaciones civiles pro-migrantes, la situación se torna un poco más complicada. Bajo esta premisa, cuando una niña/o o adolescente es reconocido como refugiado, el representante legal firma para recoger la documentación, sin embargo, la misma no se queda en poder de dichas asociaciones, sino que, se le entrega a la niña/o o adolescente para que ella/el decida qué camino tomar.

Esta práctica es sumamente alarmante pues se han visto casos de niñas y niños de 15 y 16 años que les entregan sus documentos y no hay un seguimiento de lo que pasa con estos adolescentes. Si bien, COMAR entrega al representante legal estos documentos como marca la ley, y si bien estas

asociaciones hacen una gran labor en apoyar a estos jóvenes con sus trámites migratorios, estas prácticas, tampoco corresponden a decisiones tomadas con base al interés superior del niño.

Lo anterior no hace más que vislumbrar que las decisiones tomadas por las personas a cargo de esta niñez migrante en contexto de movilidad, no son siempre acordes con el interés superior del niño, lo que demanda con urgencia unificar los procedimientos de atención de la niñez migrante viajando sin acompañamiento con base siempre al respeto y garantía del interés superior del menor en todas las decisiones que se tomen en torno a los mismos.

RETOS Y DESAFÍOS PARA LA UNIFICACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS EN MATERIA DE ATENCIÓN A LA NIÑEZ MIGRANTE EN CONTEXTO DE MOVILIDAD

La falta de unificación de procedimientos en materia de atención a la niñez migrante en contexto de movilidad, ya sean que viajen con o sin acompañamiento, representa grandes retos para el Estado mexicano en aras de respetar, proteger y garantizar, los derechos humanos de esta población migrante. Las Procuradurías de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes, establecidas por la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes de 2014, son las instituciones directamente responsables de coordinar las acciones de protección y restitución de derechos de la infancia y adolescencia en México.²⁶ No obstante lo anterior, su papel

²⁶ Oficina de las Naciones Unidas para la Infancia, “Procuradurías de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes. Informe sobre su costo y propuestas para su fortalecimiento.” (México, Oficina de las Naciones Unidas para la Infancia, 2019). <https://www.unicef.org/mexico/media/2951/file/Resumen%20ejecutivo.pdf>

hasta la fecha, no ha sido el mejor para proteger a la infancia migrante, sobre todo si viajan sin acompañamiento.

Uno de los retos más grande que enfrenta actualmente el sistema de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes, lo que incluye la infancia migrante, es mejorar el papel de la Procuraduría de Protección de los Estados. En su mayoría, las Procuradurías de Protección enfrentan escasez de personal, lo que dificulta una atención óptima y personalizada dirigida a atender la gran cantidad de niñas, niños y adolescentes que son rescatados por el INAMI -sobre todo en la frontera sur- y que, bajo las nuevas reformas legislativas, ahora estas niñas/os y adolescentes rescatados están bajo su guardia y cuidado. A los escasez de personal se suma que, en la mayoría de los casos, estas personas no están capacitadas para este trabajo; esto es, no son las personas idóneas ni expertos para realizar las entrevistas en relación al interés superior del niño, y muchas veces, lo que reportan las asociaciones, es que ni siquiera saben cómo hacerlas o qué formatos utilizar.

En este sentido, es importante, primero, que se aumente el presupuesto a las Procuradurías de Protección de los estados para contratar al personal necesario para llevar a cabo estas resoluciones en torno al interés superior del niño cuando se trate de niñez migrante no acompañada. De igual forma es fundamental, que estas personas tengan el perfil necesario y la experiencia para llevar a cabo estas entrevistas, así como los procedimientos necesarios para en realidad velar por este interés superior del niño en todas las resoluciones que implique niñez migrante no acompañada.

Otro punto que representa un reto, sobre todo a la Procuraduría de Protección Federal de Niñas, Niños y Adolescentes, es lo concerniente a los albergues, tanto de corta estancia como larga estancia. Estos espacios de atención deben de empezar a alejarse del modelo asistencialista que actualmente implementan y transitar a espacios que ofrezcan una aten-

ción integral, inclusiva y velando por atender las necesidades particulares de cada niña/o o adolescente que se albergue en sus instalaciones. De manera idónea los mismos deberían de ser albergues de puertas abiertas en donde las niñas/os y jóvenes que estén residiendo en estos albergues -sobre todo los de larga estancia- puedan asistir a una escuela normal, así como también cuenten con la libertad de ir al cine y salir con amigos, entre otras cosas. De igual manera, estas estancias deben de respetar la identidad de género de estos jóvenes. Lo anterior es fundamental, ya que en la actualidad, las niñas/os y jóvenes perteneciente a la comunidad LGBTTIQ son todavía un grupo muy invisibilizado, lo que origina que las decisiones que se tomen en torno a la niñez migrante, no contemplen las necesidades específicas de este grupo en particular.

De la mano de lo anterior se destaca la importancia que las niñas/os y adolescentes que residan en estos albergues reciban clases de educación sexual y control de la natalidad teniendo en cuenta que, una gran parte de las y los jóvenes residiendo en los mismos son adolescentes y, como cualquier adolescente, están despertando a su sexualidad.

Quizá el reto más importante que enfrenta el Estado mexicano es procurar la integración de estas niñas/os y jóvenes en el país, teniendo en consideración que los mismos, en su mayoría, tienen como proyecto de vida cruzar hacia Estados Unidos, ya sea porque tienen familia en dicho país o porque en su imaginario desean encontrar el sueño americano. En este sentido, y pensando en esta integración, es importante la enseñanza en estos espacios de talleres o carreras técnicas como carpintería, electricidad, costura, mecánica, entre otros, para que estas niñas/os y jóvenes, tenga un oficio en donde se puedan emplear al salir de estas estancias o albergues. También se tiene que tomar en consideración la elección que estas niñas/os y jóvenes hagan al tomar estos talleres; es decir, no hacer talleres para “hombres” o para

“mujeres” sino que, la niñez migrante albergada en estos espacios, se sienta con libertad de escoger el taller que le guste, sin implementar los mismos bajo los estereotipos de género.

REFLEXIONES FINALES

El tema de la migración infantil, sobre todo la no acompañada, es y seguirá siendo un tema sumamente complicado que representa infinidad de retos. Uno de estos retos es el respeto y protección de los derechos humanos de este grupo vulnerable, lo que conlleva a garantizar, la correcta aplicación del interés superior del niño en todas las resoluciones que se tomen en torno a este grupo en particular. Hablando del Estado mexicano, es un hecho que se ha avanzado mucho en la protección de este grupo, sin embargo, a pesar de estos avances, todavía queda mucho por hacer.

Uno de los puntos más débiles actualmente, como se ha dejado claro en líneas precedentes, es el papel de la Procuraduría de Protección a la hora de atender el interés superior del niño. El actuar de la misma se presenta de una manera deficiente, por decir lo menos. Se entiende que hay una gran falta de presupuesto y de personal capacitado, sin embargo, mientras esta situación no mejore, las resoluciones que la misma tome en relación a la niñez migrante viajando sin acompañamiento, en la mayoría, no velarán eficientemente por el interés superior del niño.

Otro punto a tomar a consideración es la necesidad de abandonar este papel asistencialista por parte del gobierno y reconocer, en la práctica, a la niñez migrante como verdaderos sujetos de derechos, no solo es darle comida, alimentación y escuela, sino que, mientras estas niñas/os y jóvenes migrantes estén bajo el cuidado del Estado, la atención que

el mismo les brinde debe ser una atención de corte integral, en espacios de puertas abiertas y atendiendo sus necesidades específicas. Esto último es un tema donde, precisamente, se debe de poner atención ya que hay algunas niñas/os y jóvenes que, por situaciones particulares, las estancias o albergues de puertas abiertas no son lo idóneos para ellos, por eso la importancia de identificar las necesidades particulares de cada niña/o o adolescente y atenderlas de la mejor manera posible.

Lo anterior va de la mano con la necesidad de crear espacios específicos para la atención de la niñez migrante no acompañada solicitante de refugio, ya que muchas veces el personal de estas casas de asistencia no está capacitado ni conoce las necesidades de esta población. También es imperativo el hecho de tomar en consideración el proyecto de vida de esta población migrante. Es un hecho reconocido que los mismos, aunque se les reconozca como refugiados en México, su objetivo final no es quedarse en el país sino cruzar hacia Estados Unidos. En este sentido, estas estadías solo crean en ellos confusión y desesperación que no ayudan a la correcta evolución psicológica de estas niñas/os y adolescentes.

La actual política migratoria del Estado mexicano es mantener a toda la población migrante -incluyendo la niñez- en el sur de país, aduciendo que, si los dejan migrar hacia el norte se pueden encontrar un camino plagado de numerosos peligros, incluyendo al crimen organizado. Sin embargo, no se toman en cuenta los programas implementados por Estados Unidos, los cuales dan cabida a aceptar en su país a ciertos grupos de personas, como el denominado Programa de Menores Migrantes Centroamericanos (CAM, por sus siglas en inglés). Este programa, reinstaurado el 10 de marzo del presente año bajo el mandato de Joe Biden, crea una oportu-

nidad para que niñas/os y jóvenes procedentes de Honduras, Guatemala y el Salvador, menores de 21 años y que no estén casados, de aplicar al estatus de refugiado para una posible estadía permanente en dicho país. Si estos programas existen y, es un hecho que México no tiene la capacidad de atender a esta población migrante, ¿por qué no crear una vía segura para que estos niños lleguen a Estados Unidos y se beneficien de este programa?

Si bien lo precitado pudiera sonar muy fácil, sabemos que no lo es, en gran medida, porque una gran parte de las decisiones en materia migratoria devienen mucho de decisiones políticas. No obstante lo anterior, tratándose de un grupo tan vulnerable como lo es la niñez migrante no acompañada, sería importante plantearse una reestructuración eficaz en materia de política pública al hablar de niñez migrante viajando en calidad de no acompañada, sobre todo al hablar del interés superior del niño y en los proyectos de vida de los mismos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Asamblea General de las Naciones Unidas, “Convención Sobre los Derechos del Niño”. Organización de las Naciones Unidas, 2006. <http://www2.ohchr.org/spanish/law/crc.htm>

Comité de los Derechos del Niño, “Observación General no. 6. Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen”. Ginebra: Organización de las Naciones Unidas, 2005. <http://www1.umn.edu/humanrts/crc/spanish/Sgeneral-comment6.html>

Corte Interamericana de Derechos Humanos. “Opinión Consultiva 21/14. Derechos y Garantías de Niñas y Niños en el contexto de la migración y/o necesidad de protección internacional”. Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2014. http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/resumen_seriea_21_esp.pdf

Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, “Convención sobre los derechos del niño” (comentada). Organización de las Naciones Unidas. <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>

González Contró, Mónica, *Derechos de niñas, niños y adolescentes*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, 2013.

Jaimes, Adriana y Martha Elba Izquierdo, “Los niños y niñas: un grupo vulnerable en México”. *Revista sobre la infancia y la adolescencia* 6 (2014) :1-21.

Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. 2014. México: Cámara de Diputados.

Ley de Migración. 2011. México: Cámara de Diputados.

Oficina de las Naciones Unidas para la Infancia, “Procuradurías de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes. Informe sobre su costo y propuestas para su fortalecimiento. México: Oficina de las Naciones Unidas para la Infancia, 2019. <https://www.unicef.org/mexico/media/2951/file/Resumen%20ejecutivo.pdf>

Secretaría de Gobernación, “5 claves para entender qué es el interés superior de la niñez”. México: Secretaría de Gobernación, 2016. <https://www.gob.mx/segob/articulos/5-claves-para-entender-que-es-el-interes-superior-de-la-ninez?hootPostID=ea942422e-7753195833d2162f3e58018>

Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia. “Lineamientos para la restitución de derechos y medidas de protección de niñas, niños y adolescentes”. México, Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia: 2016. http://sitios.dif.gob.mx/normateca/wp-content/Archivos/Procuraduria/L_restitucion.pdf

Sistema Nacional de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes, “Ruta de protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes en situación de migración”. México: Sistema Nacional de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes, 2019. https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/577003/Ruta_versio_n_final_editada_definitiva_II_1.pdf

Unidad de Política Migratoria y Registro de Identificación de Personas, “Eventos de menores presentados ante la autoridad migratoria, según continente, país de nacionalidad, grupos de edad, condición de viaje y entidad federativa, enero-junio de 2021”. Secretaría de Gobernación. http://portales.segob.gob.mx/es/PoliticaMigratoria/Boletines_Estadisticos

EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES EN MÉXICO

DANIEL HUMBERTO NÚÑEZ VALADEZ*

RESUMEN

En el presente artículo se argumenta la necesidad de crear e implementar un régimen de protección de datos personales en México que otorgue un trato especial a la información de niñas, niños y adolescentes a través del análisis de las bases conceptuales, el marco jurídico mexicano, un contraste con el marco jurídico colombiano y el desarrollo de una entrevista a servidores públicos miembros de la Comisión Nacional de Protección de Datos Personales.

PALABRAS CLAVE: datos personales, México, menores de edad, marco normativo.

ABSTRACT

In this article, I argue that a specific data protection regime is needed to guarantee the defense of information related to children and adolescents in Mexico. I affirm this based on the analysis of the conceptual aspects, the Mexican legal fra-

* Licenciado en Derecho por la UABC, egresado de la XX Generación (2018-2019) del Programa Educativo de Posgrado de la Especialidad en Derecho de la Facultad de Derecho Mexicali de la Universidad Autónoma de Baja California. Profesor de la materia Evolución de los Sistemas Jurídicos Contemporáneos en la Facultad de Derecho Mexicali de la UABC.

meworks, a comparison with Colombian legal framework, and the information obtained from the interviews with members of the National Data Protection Commission.

KEYWORDS: personal data, Mexico, minors, regulatory framework

INTRODUCCIÓN

En México, desde comienzos del año 2010, se implementaron diversos instrumentos con el objeto de regular el tratamiento de la información personal de los mexicanos, no obstante, lo anterior no se advierte una consideración particular hacia los menores de edad quienes en el año 2015 representaron el 32.8%¹ de la población mexicana; particularmente en este grupo poblacional las plataformas digitales tienen mayor presencia, ya que más de la mitad de ellos son usuarios de internet,² lo que representa un sector importante en la materia.

Es así que, en el México actual resulta posible la divulgación de la información personal de los menores de edad, lo que ocasiona ciberacoso y la validación del consentimiento de personas menores de edad.³ Ante este acontecimiento, el Estado mexicano, atendiendo al interés superior del menor,

¹ INEGI, 2015, Estadísticas a propósito del día del niño (30 de abril), México, 2018 disponible en: <https://tinyurl.com/y6qgb66e>, fecha de consulta: 10 de octubre de 2019

² INEGI, 2018, Estadísticas a propósito del Día Mundial de Internet (17 de mayo), México, 2019 disponible en: <https://tinyurl.com/y6lvxtl9>, fecha de consulta: 10 de octubre de 2019

³ Comisión de Normatividad de Datos Personales, et al. *Guía para prevenir el robo de identidad*, México, INAI 2016, p.5 disponible en: <https://tinyurl.com/y5faaczf>, fecha de consulta: 30 de octubre de 2019

ha regulado el consentimiento otorgado por los menores y el ejercicio de sus derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición mediante la representación del menor por sus padres o tutores conforme a las normas del Código Civil Federal.⁴

Siendo así, el presente artículo plantea la necesidad de contar con un régimen normativo que distinga el tratamiento efectuado a la información personal de menores de edad en contraste con el de las personas mayores de edad en México, para ello, se elaboró una serie de entrevistas a miembros de la Comisión de Protección de Datos Personales del Sistema Nacional de Transparencia, con la finalidad de acreditar la necesidad de contar con un régimen normativo que distinga el tratamiento efectuado a la información personal de menores de edad y cuáles son las consecuencias de no contar con el mismo.

Por su parte, Colombia regula estas circunstancias de manera distinta, pues el Estado y las entidades educativas de todo tipo proveen información y capacitan a los representantes legales y tutores sobre los eventuales riesgos a los que se enfrentan los niños, niñas y adolescentes respecto del tratamiento indebido de sus datos personales, ya que el artículo 7 de la Ley 1581 prohíbe el tratamiento de los datos personales de personas menores de edad.

Debido a lo anterior, el presente artículo establece la conceptualización y alcance del derecho humano a la protección de datos personales, desde una óptica universal para todas las personas con apoyo del marco teórico y normativo aplicable a la materia. En búsqueda de una experiencia cercana a la problemática planteada se contrasta con el Estado de Colombia las medidas legislativas adoptadas para garantizar el

⁴ Escobar, Guillermo, *Tema monográfico: la protección de datos de los menores de edad, red iberoamericana de protección de datos Informe 2016*, Madrid, Editorial Trama, 2017, pp.248-258

derecho a la protección de datos personales de los menores de edad.

1.1.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS, CONCEPTUALIZACIÓN Y ALCANCE DEL DERECHO HUMANO A LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

La creación y evolución de lo que hoy en día es el derecho a la protección de datos personales no es posible de comprender sin considerar sus bases y antecedentes primarios, pues la protección de la información personal se desarrolló como respuesta a una injerencia arbitraria de terceras personas en la vida privada donde no exista manera de volver las cosas al estado en que se encontraban con anterioridad a dicho suceso.

Es así que, el antecedente más remoto del derecho a la protección de datos personales radica en las aportaciones que desde los Estados Unidos formularon los abogados Samuel Warren y Louis Brandeis en su estudio denominado “The Right to Privacy” en el año de 1890. Warren y Brandeis determinaron que a partir del derecho general de la personalidad surge el derecho a ser “dejado solo” o “privacy”, de tal manera que fijaron la necesidad de demarcar un principio que pudiera ser invocado para proteger la vida privada del individuo frente a su invasión por modernos mecanismos de interceptación o grabación que amenazaran con la difusión indiscriminada de información privada.⁵

Posteriormente, a finales de 1960 comenzó un proceso por el cual diversas naciones a lo largo de Europa formularon ordenamientos con los más altos estándares en materia

⁵ Warren D, Samuel & Brandeis Louis D. “The Right to Privacy” trad. Nuñez Valadez Daniel Humberto, *Harvard Law Review*, Vol. 4, No. 5 (Dec. 15, 1890), pp. 193-220,

de privacidad, con el objeto de garantizar el respeto a la vida privada, la intimidad y que precisaran lo relativo a la protección de datos personales tanto en el sector público como en el privado.

Frente a estos ordenamientos de carácter nacional se originó una preocupación en el ámbito internacional, por la posibilidad de que estas regulaciones constituyeran un obstáculo para el flujo transfronterizo de datos personales, considerados vitales para el desarrollo de la economía global y para potenciar el comercio electrónico.

En este contexto, la comunidad internacional paulatinamente advirtió que el uso de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación, podrían generar vulnerabilidad en la privacidad personal al facilitar el uso, almacenamiento, circulación, así como la obtención de información. De nueva cuenta, la academia planteó que la violación al derecho de privacidad podría ocurrir con el tratamiento de datos personales.⁶

En consecuencia, a finales del siglo XX se inició lo que Remolina llama un “proceso de armonización regulatoria”⁷ con el objetivo principal de permitir la libre circulación de datos personales y al mismo tiempo garantizar la protección de estos. Los principales agentes de este proceso están integrados por organizaciones internacionales entre las que destacan la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), el Consejo de la Unión Europea, Parlamento Europeo, el Foro de Cooperación Económica Asia-Pacífico (APEC) y la Red Iberoamericana de Protección de Datos (RIPD), las cuales concentraron sus esfuerzos en crear protocolos de actuación ante la comunicación internacional de información personal.

⁶ Remolina Angarita, Nelson, *Recolección internacional de datos personales: Un reto post-internet*, Madrid, Agencia Española de Protección de Datos-Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2015

⁷ Idem

Actualmente, existe un creciente número de Estados e instituciones que asumen el derecho a la protección de datos personales como una nueva libertad, tan importante como los derechos más fundamentales. La globalización, así como el desarrollo de las tecnologías de la información y comunicación han exigido que se generen formas más eficientes para proteger la libertad de la información, pero a su vez se garantice el derecho a la privacidad en la sociedad de la información. En esta etapa, podemos encontrar acuerdos multilaterales de la ONU, el Consejo de Europa, así como la Red Iberoamericana de Protección de Datos.

Concretamente, la protección de datos de carácter personal representa el control de nuestra información personal elevado a rango de derecho humano que se desarrolla a partir de la evolución de la tecnología; la dignidad del individuo, al igual que su intimidad y su honor deben ser resguardados de los usos indebidos de sus datos personales contenidos en bancos de datos, tanto de carácter público como privado.⁸

La privacidad “implica no comunicar a los demás lo que compete únicamente a los individuos”⁹ y podemos caracterizarla por la frase “derecho a ser dejado solo” y con ello evitar injerencia de terceros en la vida personal.¹⁰ En contraste, la protección de datos personales consiste en “la facultad

⁸ Richtler, Marcelo, “La Protección de Datos de Carácter Personal como Derecho Humano”, *Revista Auctoritas Prudentium*, Guatemala, 2015, no. 12, pp.18-29

⁹ Guerrero, Juan, “Derecho a la Protección de Datos Personales” en Ackerman, John M. (coord.), *Más allá del acceso a la información Transparencia, rendición de cuentas y Estado de Derecho*, México, Siglo XXI editores, 2008, p.325

¹⁰ Magallanes Martínez, Víctor Hugo, “Derecho a la protección de datos personales. su diseño constitucional” Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2016, pp.25-45, <https://docs.google.com/viewerng/viewer?url=https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-informacion/article/viewFile/10486/12651>

de control de la información personal sobre su uso y destino, con el propósito de impedir que su circulación lesione los derechos de las personas”,¹¹ asimismo tutela cualquier información que haga referencia a una persona física, que pueda ser identificada a través de estos y que pueden expresarse de manera numérica, alfabética, gráfica, fotográfica, acústica, o de cualquier otro tipo¹² como ejemplo de ello tenemos el nombre, apellidos, el estado civil, domicilio, número de teléfono y en una categoría especial podemos adelantar el tipo de sangre, la preferencia sexual, entre otros.

El alcance de este derecho estriba en “proteger de los abusos, excesos y arbitrariedades que con el mal uso de la información pudieran lesionar los derechos de la personalidad, como otros derechos constitucionales motivados por una información tergiversada, falsa o discriminatoria que conste en un registro o banco de datos”¹³.

Frente a esta serie de acontecimientos históricos, en el ámbito internacional, paulatinamente se dotó de forma y contenido al derecho a la protección de datos personales. Gracias a su importancia y alcance no tardó mucho tiempo en insertarse en otros continentes como el de América, especialmente en México, donde se adoptaron una serie de normas y compromisos para implementar y garantizar este derecho como se verá en el apartado siguiente.

¹¹ Garrido Iglesias, Romina, “La seguridad en el tratamiento de datos personales”, en Patricia Reyes Olmedo (coord.), *Ciudadanas 2020 III*, Chile, 2015.

¹² Zúñiga Becerra, Odra. “Educación y prevención en materia de protección de datos personales de niños, niñas y adolescentes en Internet.” *Estudios en Derecho a la Información*, México, 2018, febrero, p. 62, <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-informacion/article/view/12122/13806>.

¹³ Op. cit. nota 4

1.1.2 MARCO NORMATIVO EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES

El derecho a la protección de datos personales a diferencia de algunos otros se gestó al interior de la comunidad internacional, como consecuencia de la preocupación constante que generaba la regulación interna de ciertos Estados, como Alemania, por ejemplo, donde se restringía la salida de la información personal de los ciudadanos, generando con ello consecuencias económicas de suma importancia para el flujo transfronterizo de información.

Por ello, a finales del siglo XX, se realizaron varios esfuerzos por parte de diversas organizaciones internacionales para generar un marco normativo que regulara el uso, aprovechamiento y transferencia de los datos personales. Algunos de los esfuerzos más destacados pertenecen a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), el Consejo de la Unión Europea y el Parlamento Europeo en contraste, a inicios del siglo XXI el Foro de Cooperación Económica Asia-Pacífico (APEC) y la Red Iberoamericana de Protección de Datos (RIPD)¹⁴ se suman al movimiento iniciado en el siglo pasado con la emisión de sus propios instrumentos armonizadores.

Los instrumentos emitidos por las organizaciones antes mencionadas persiguen el mismo objetivo, aunque cuentan con distinta fuerza vinculante, en su mayoría se tratan de directrices, marcos de privacidad, principios o estándares. En este sentido, México a lo largo del siglo XX se adhirió a diversos organismos internacionales y con ello suscribió directrices, protocolos y tratados en materia de protección de datos personales, adquiriendo con ello el compromiso de adecuar su legislación nacional a los desafíos que supone

¹⁴ Op. cit. nota 2

la protección de datos personales y el flujo de información entre Estados.

Así, el primero de junio de 2009 se adicionó un segundo párrafo al dispositivo dieciséis de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual establece: “Toda persona tiene derecho a la protección de sus datos personales, al acceso, rectificación y cancelación de los mismos, así como a manifestar su oposición, en los términos que fije la ley, la cual establecerá los supuestos de excepción a los principios que rijan el tratamiento de datos, por razones de seguridad nacional, disposiciones de orden público, seguridad y salud públicas o para proteger los derechos de terceros.”¹⁵

De esta manera, México reconoce como derecho humano la protección de la información personal de todo individuo en el territorio nacional, solo sería cuestión de tiempo desarrollar las leyes secundarias que lo regulen, tal es el caso de la Ley General de Protección de Datos Personales en Posesión de los Sujetos Obligados, así como la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares, y las leyes estatales en materia de protección de datos personales en posesión de los sujetos obligados.

En este sentido, el órgano encargado de tutelar este derecho es el Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales. El antecedente de este órgano constitucionalmente autónomo se estableció en el decreto de 7 de febrero de 2014, por el cual el anterior órgano conocido como Instituto Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública (IFAI) cambió de denominación, dejó de formar parte de la administración pública federal y se convirtió en órgano constitucionalmente autónomo.¹⁶

¹⁵ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Diario Oficial de la Federación*, 1 junio de 2009.

¹⁶ Cruz Sosa, Quetzalli y Dávalos Casanova, Daniela Elliot, “Meca-

Siendo así, debe precisarse que el marco normativo nacional en materia de protección de datos personales únicamente regula el tratamiento realizado por dos clases de entidades; las públicas y las privadas. La primera clase se ve regulada por la Ley General de Protección de Datos personales en Posesión de los Sujetos Obligados, así como las leyes de cada Estado que regulan los sujetos obligados de carácter estatal.

De lo anterior, se advierte que, toda dependencia pública que realice actos de autoridad o ejerza recursos públicos y efectúe un tratamiento de datos personales se encuentra sujeta a las obligaciones contenidas por la Ley General de Protección de Datos personales en Posesión de los Sujetos Obligados. No obstante, el tratamiento de la información personal no solo es susceptible de llevarse a cabo por los sujetos obligados, bien puede llevarse a cabo de la misma manera por entidades o personas del derecho privado quienes reciben la denominación de responsables del tratamiento, lo que constituye la segunda clase de entidades antes descritas, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 2 y 3 fracción XIV de la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares.

Esas dos normas constituyen la base del marco normativo nacional en materia de protección de datos personales, cada una de ellas reviste al Instituto Nacional de Protección Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales de facultades y procedimientos diversos que se analizarán en los siguientes párrafos.

De esta manera, la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares es uno de los dos instrumentos rectores de la protección de datos personales a nivel nacional. Dicha ley fue publicada en el *Diario Oficial*

nismos legales de transparencia sindical”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, Distrito Federal, México, número 25, julio-diciembre, 2017, pp 203-221.

de la Federación el 5 de julio de 2010. Su objetivo es regular el tratamiento legítimo, controlado e informado, a efecto de garantizar la privacidad y el derecho a la autodeterminación informativa de las personas.¹⁷

Como su nombre lo indica, la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares se encarga de regular el tratamiento de estos frente a los responsables del mismo, es decir, frente a los sujetos de derecho privado que realicen las conductas contenidas en el artículo 3 fracción XVIII del citado ordenamiento. Para que una entidad particular responsable del tratamiento de datos personales pueda utilizar la información personal de las personas resulta necesario que el titular otorgue su consentimiento en todos los casos.

Cuando la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares hace referencia al titular de datos personales, este debe entenderse como cualquier persona a la que pertenezca cierta información que lo identifique. Así, la ley permite que los menores de edad, incapacitados o aquellos que se encuentren en estado de interdicción, sean representados conforme al Código Federal de Procedimientos Civiles, no obstante que, previo a este proceso pudo haberse obtenido información personal de los titulares con su solo consentimiento.

Con ello, el consentimiento otorgado por los titulares no se encuentra sujeto a otras reglas especiales aun cuando sean personales menores de edad, toda vez, que son considerados titulares bajo los términos de la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares, por lo que resultan facultados *prima facie* para otorgar el consentimiento de su información personal, a menos, que estemos en presencia de datos personales sensibles en términos del

¹⁷ Cámara de diputados, Ley Federal de Protección de Datos Personal en Posesión de los Particulares, 2010

artículo 9 de la citada Ley. De lo contrario, los menores de edad podrían inclusive de manera tácita otorgar su consentimiento, debido a que, el aviso de privacidad no recolecta información previa a la aceptación del mismo.

Conforme a lo señalado, el derecho a la protección de datos personales surge con motivo de la preocupación internacional en materia de flujo de información y seguridad, por ello el marco jurídico internacional es vasto y diverso, no obstante, se hará especial énfasis en el instrumento adoptado por el Consejo de Europa debido a su trascendencia en materia de protección de datos personales.

En 1981, el Consejo de Europa celebró la Convención para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos personales con el objetivo de ampliar la protección de derechos y libertades fundamentales con especial énfasis en el derecho a la vida privada.¹⁸ Este es el primer instrumento comunitario en materia de protección de información personal vinculante para 53 países en la actualidad.¹⁹ Este derecho es protegido de forma material,²⁰ a través de disposiciones que regulan el tratamiento automatizado de datos de carácter personal, tanto en el sector público como el privado,²¹ y dispone la creación de un Comité Consultivo que podrá presentar propuestas para la mejor aplicación del Convenio.²² México fue invitado el 13 de diciembre del

¹⁸ Consejo de Europa, “Convenio 108 para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal”, 1981

¹⁹ Información del 10 de enero del 2019, tomada de la página oficial del Consejo de Europa disponible en: https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/108/signatures?p_auth=4PKqAYTa

²⁰ López Torres, Jonathan, “Antecedentes internacionales en materia de privacidad y protección de datos personales”, *EAFIT*, 2014, vol.5, no.2

²¹ Op.cit. nota 14

²² Monsalve Caballero, Vladimir, “La protección de datos de carácter

2017²³ a formar parte de este convenio, convirtiéndose en el noveno país no europeo en adherirse a dicho instrumento y a su protocolo adicional 181, reafirmando así, su interés por armonizar el libre flujo de información entre Estados.

La relevancia de este instrumento de origen europeo, es su carácter preponderantemente proteccionista para el titular de los derechos. En contraste, un sinnúmero de instrumentos internacionales como el Marco de Privacidad del Foro de Cooperación Económica Asia-Pacífico, o las directrices de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico centraron sus esfuerzos en permitir la libre circulación de información personal. Al igual que el objeto de los diversos instrumentos internacionales citados, cada país adoptó y adaptó el derecho a la protección de datos personales de manera distinta. Así, en relación al consentimiento de los menores de edad con respecto a su información personal, el Estado de Colombia es un caso sumamente interesante que por su similitud al Estado mexicano será objeto del siguiente apartado.

1.1.3 COMPARACIÓN ENTRE COLOMBIA Y MÉXICO RESPECTO DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES

La Constitución colombiana dispone, en su artículo 15, que todas las personas tienen derecho a su intimidad personal,

personal en los contratos electrónicos con consumidores: análisis de la legislación colombiana y de los principales referentes europeos” *Prolegómenos. Derechos y Valores*, Bogotá, Colombia, 2017, volumen XX, número 39, enero-junio, pp.163-195.

²³ Council of Europe, *Congratulations to Mexico for being invited to accede to Convention 108!* Strasbourg, 2017, disponible en: <https://www.coe.int/en/web/data-protection/-/congratulations-to-mexico-for-being-invited-to-accede-to-convention-108->

familiar, a su buen nombre, por lo que el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas.²⁴

Por su parte, el artículo 44, párrafo tercero, de la Constitución colombiana se contempla la obligación por parte del Estado en asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral así como el ejercicio pleno de sus derechos, y el orden preferente de los derechos de la niñez sobre cualquier otro derecho.²⁵

En lo que corresponde al derecho a la protección de datos personales, se advierte que la Constitución colombiana no define directamente lo que debe considerarse como dato personal, ni su relación explícita con los menores de edad. En este sentido, en 2012 en Colombia se expidió la Ley Estatutaria 1581 cuyo objeto es desarrollar el derecho constitucional consagrado en el artículo 15, es decir, el derecho de todas las personas a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bases de datos o archivos en el ámbito público o privado.²⁶

En relación con el derecho a la protección de datos personales de los menores de edad la Ley 1581 en su artículo 7 dispone: “En el Tratamiento se asegurará el respeto a los derechos prevalentes de los niños, niñas y adolescentes. Queda proscrito el Tratamiento de datos personales de niños, niñas y adolescentes, salvo aquellos datos que sean de naturaleza pública.”²⁷

²⁴ Constitución Política de Colombia, consultada el 10 de octubre de 2020 <http://wsp.presidencia.gov.co/Normativa/Constitucion-Politica-Colombia.pdf>.

²⁵ Idem

²⁶ Congreso de la República, Ley Estatutaria 1581 de 2012, consultada el 11 de octubre de 2020 http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1581_2012.html.

²⁷ Idem

De ahí que, es tarea del Estado y las entidades educativas de todo tipo proveer información y capacitar a los representantes legales y tutores sobre los eventuales riesgos a los que se enfrentan los niños, niñas y adolescentes respecto del tratamiento indebido de sus datos personales, y proveer de conocimiento acerca del uso responsable y seguro por parte de niños, niñas y adolescentes de sus datos personales, su derecho a la privacidad y protección de su información personal y la de los demás.²⁸

En este sentido, el artículo tercero de la Ley Estatutaria de 1581 define al dato personal como “cualquier información vinculada o que pueda asociarse a una o varias personas naturales determinadas o determinables”.²⁹ Con lo anterior, se advierte el carácter de marco general en materia de protección de datos personales que posee la Ley Estatutaria de 1581. Sin embargo, un año después se promulga el decreto 1377 de 2013 para reglamentar parcialmente la Ley de 1581 y definir los conceptos de aviso de privacidad, los datos personales sensibles, así como las transferencias, transmisiones de datos personales y el procedimiento para llevarlas a cabo.³⁰

Por otra parte, en México, el derecho a la protección de datos personales se encuentra plasmado en el artículo 16 párrafo segundo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que a la letra dice:

Toda persona tiene derecho a la protección de sus datos personales, al acceso, rectificación y cancelación de estos,

²⁸ Idem

²⁹ Idem

³⁰ Presidencia de la República, Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, Decreto número 1377, consultado el 11 de octubre de 2020 <http://wsp.presidencia.gov.co/Normativa/Decretos/2013/Documents/JUNIO/27/DECRETO%201377%20DEL%2027%20DE%20JUNIO%20DE%202013.pdf>,

así como a manifestar su oposición, en los términos que fije la ley, la cual establecerá los supuestos de excepción a los principios que rijan el tratamiento de datos, por razones de seguridad nacional, disposiciones de orden público, seguridad y salud públicas o para proteger los derechos de terceros.³¹

Este artículo constitucional está reglamentado por la Ley General de Protección de Datos Personales en Posesión de los Sujetos Obligados (sector público), la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares (sector privado) y su reglamento. Las cuales regulan el ejercicio de los derechos de Acceso, Rectificación, Cancelación y Oposición.³² La primera de ellas establece en su artículo 7 lo siguiente:

Por regla general no podrán tratarse datos personales sensibles, salvo que se cuente con el consentimiento expreso de su titular o en su defecto, se trate de los casos establecidos en el artículo 22 de esta Ley. En el tratamiento de datos personales de menores de edad se deberá privilegiar el interés superior de la niña, el niño y el adolescente, en términos de las disposiciones legales aplicables.³³

En relación con lo anterior, se deben atender las reglas que para la representación de los menores establece la legislación civil, en caso de hacer efectivo el derecho a la protección de datos personales de los menores de edad. Por otra parte, en lo que respecta al sector privado, el Reglamento de

³¹ Op. cit. nota 11

³² Idem

³³ Cámara de Diputados, Ley General de Protección de Datos Personales en Posesión de los Sujetos Obligados, consultada el 13 de octubre de 2020, <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGPDPPSO.pdf>

la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares dispone en su artículo 89:

Los derechos ARCO se ejercerán:

Por el titular, previa acreditación de su identidad, a través de la presentación de copia de su documento de identificación y habiendo exhibido el original para su cotejo. También podrán ser admisibles los instrumentos electrónicos por medio de los cuales sea posible identificar fehacientemente al titular, u otros mecanismos de autenticación permitidos por otras disposiciones legales o reglamentarias, o aquéllos previamente establecidos por el responsable. La utilización de firma electrónica avanzada o del instrumento electrónico que lo sustituya eximirá de la presentación de la copia del documento de identificación, y

Por el representante del titular, previa acreditación de:

- a) La identidad del titular; b) La identidad del representante, y c) La existencia de la representación, mediante instrumento público o carta poder firmada ante dos testigos, o declaración en comparecencia personal del titular. Para el ejercicio de los derechos ARCO de datos personales de menores de edad o de personas que se encuentren en estado de interdicción o incapacidad establecida por ley, se estará a las reglas de representación dispuestas en el Código Civil Federal.³⁴

Las anteriores disposiciones deberán siempre ser interpretadas a la luz del interés superior del menor regulado, entre otras disposiciones, en la Ley General de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, así como en la Convención de

³⁴ Cámara de Diputados, Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares, consultada el 13 de octubre de 2020, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/regley/Reg_LFPDPPP.pdf.

los Derechos del Niño, las cuales de manera general instruyen a velar por los intereses de los menores en las resoluciones que adopte cualquier autoridad.

En suma, de lo anterior, se desprende la existencia de disposiciones que distinguen el tratamiento de información personal atendiendo a la mayoría o minoría de edad de las personas, en un Estado que posee similares características con México, por ello resulta necesario conocer las consecuencias que se generarían al contar con un régimen que contemplara la distinción antes descrita, lo que se abordará de la mano de expertos en el tema en el siguiente apartado.

1.1.4 MARCO METODOLÓGICO Y DESARROLLO DE ENTREVISTAS A SERVIDORES PÚBLICOS

Para esta investigación se utilizó la técnica denominada entrevista no estructurada. Así, tres servidores públicos que integran la Comisión de Protección de Datos Personales del Sistema Nacional de Transparencia fueron entrevistados para obtener información respecto de la necesidad de contar con un régimen que distinga el tratamiento que se hace a la información personal de menores de edad en contraste con la de los mayores de edad y determinar los problemas que esto generaría. De igual forma fue de utilidad para analizar la difusión que actualmente tiene este derecho.

Una vez realizada la obtención de datos, se elaboró un análisis de los mismos y la producción de información a partir categorías extraídas de las entrevistas realizadas a los informantes clave en el tema de investigación. Posteriormente, se confrontaron los resultados con la hipótesis y los objetivos planteados en el presente artículo.

En la entrevista, se realizó un análisis cualitativo a través de informantes clave, de los cuales se pudo recabar infor-

mación valiosa respecto del objeto de estudio. Tal y como se ha señalado, el presente análisis fue realizado a través de entrevistas a servidores que por su trabajo y trayectoria son especialistas en la materia de análisis a estudiar, como son los miembros de la Comisión Nacional de Protección de Datos Personales del Sistema Nacional de Transparencia.

Las entrevistas a los especialistas en el tema fueron realizadas durante diciembre de 2020 y enero de 2021, fecha en la que existe el Sistema Nacional de Transparencia, el cual cuenta con la Comisión Ordinaria de Protección de Datos Personales integrada por treinta y cinco comisionados, lo cual significa un universo de treinta y cinco individuos a entrevistar.

A la fecha en que se aplicó el instrumento de investigación los especialistas en el tema se encontraban: la primera, en Avenida Carpinteros y Calle H, Colonia Industrial de Mexicali, Baja California; el segundo en Calle La Morena 865, Colonia Narvarte Poniente, Alcaldía Benito Juárez, Ciudad de México y el tercero, en Avenida Colón No. 185 x 10 y 12 Col. García Ginerés, Mérida, Yucatán, buscando la mayor representatividad posible.

Al elaborar y depurar el instrumento de investigación se decidió aplicar 12 preguntas a los servidores públicos descritos en el apartado anterior, a efecto de comprobar la hipótesis propuesta. Así, en el análisis de los datos, la acción esencial consiste en que se recibieron datos no estructurados, a los cuales se les proporcionamos una estructura. Los datos son muy variados, pero en esencia consisten en observaciones del investigador y narraciones de los participantes.

Así, la codificación es predominantemente concreta y se procedió a identificar los segmentos de los datos para generar categorías de análisis, con la finalidad de que el análisis sea más manejable y sencillo de realizar como sigue:

Tabla 1
Categorías de Codificación

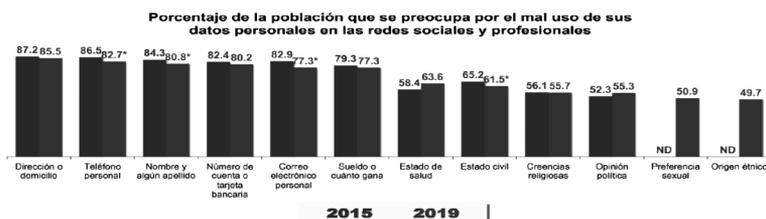
Categoría	Definición
Importancia (I)	Las personas integrantes de la Comisión Nacional de Protección de Datos Personales externan la importancia del derecho a la protección de datos personales para los mexicanos.
Marco Jurídico (MJ)	Las personas que integran la Comisión Nacional de Protección de Datos Personales responden si es necesario un cambio en el marco jurídico mexicano del derecho a la protección de datos personales.
Conocimiento (C)	Las personas que integran la Comisión Nacional de Protección de Datos Personales opinan sobre el nivel de conocimiento de los mexicanos sobre el ejercicio del derecho a la protección de datos personales.
Casos (Ca)	Las personas que integran la Comisión Nacional de Protección de Datos Personales responden el número total de casos que recurren al órgano garante para proteger el derecho a la protección de datos personales de los menores de edad en México.
Hipotético (H)	Las personas que integran la Comisión Nacional de Protección de Datos Personales opinan sobre considerar un régimen restrictivo al tratamiento de datos personales de menores de edad en México.
Riesgos (R)	Las personas que integran la Comisión Nacional de Protección de Datos Personales responden los riesgos a los que se enfrenta el derecho a la protección de datos personales.

Fuente: Elaboración propia

La primera categoría es “importancia”. Esta categoría encuentra sustento en la pregunta 1, de la entrevista elaborada. Todas las personas participantes aseguraron que el derecho a la protección de datos personales es un derecho para resguardar otros valores. A partir de estos resultados se enfatiza que no todos los participantes mencionaron los mismos valores (algunos de los señalados son la identidad, valor económico o la privacidad), sin embargo, todos coinciden en la importancia instrumental de este derecho.

Lo anterior, se ve reflejado en la concepción que la misma sociedad mexicana otorga a su información personal. Así, un 85% de la población encuestada manifestó preocupación por el uso indebido de su información personal, como se puede apreciar en el siguiente gráfico.

Gráfica 1
Preocupación por el mal uso de datos personales



Fuente: Encuesta Nacional de Acceso a la Información Pública y Protección de Datos personales de 2019.³⁵

Ahora bien, en cuanto a la segunda categoría “marco jurídico”, el objetivo de las preguntas 2 y 10 de la entrevista realizada, es reflexionar sobre el impacto del marco jurídico actual y explorar la posibilidad de modificarlo. En este sentido, dos de los participantes consideran que existe una gran área de oportunidad para la mejora de la regulación actual en materia de datos personales, específicamente en el sector privado, esto debido a la desactualización de este, por lo que, consideran necesario un replanteamiento del marco que regula la protección de datos personales. No obstante, lo anterior, uno de los entrevistados considera adecuado el marco

³⁵ Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), Encuesta Nacional de Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales de 2019, consultado el 25 de febrero de 2021, https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/enaid/2019/doc/enaid_2019_principales_resultados.pdf

jurídico existente por contener estándares internacionales y proporcionar garantías para la efectiva tutela de derechos que se reconocen tanto a nivel constitucional como también en leyes específicas y no replantaría el marco jurídico.

De lo anterior, se precisa que el Banco Interamericano de Desarrollo en conjunto con la Organización de los Estados Americanos evaluó en términos de protección de datos y privacidad, a las dos leyes por separado. Una para las bases de datos públicas y la otra para bases de datos privadas como puede apreciarse en la gráfica 2.

Gráfica 2
Evaluación del marco normativo



Fuente: Reporte Ciberseguridad en América Latina.³⁶

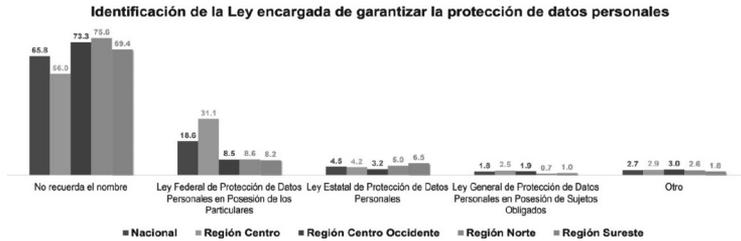
³⁶ Banco Interamericano de Desarrollo & Organización de los Estados Americanos, *Reporte Ciberseguridad en América Latina*, consultado el 25 de febrero de 2021, <https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/Reporte-Ciberseguridad-2020-riesgos-avances-y-el-camino-a-seguir-en-America-Latina-y-el-Caribe.pdf>

Con la tercera categoría, denominada “conocimiento”, se buscó con las preguntas 5 y 6 de la entrevista, conocer la percepción de los entrevistados sobre el nivel de conocimiento de la población en general sobre el derecho a la protección de datos personales y su ejercicio en lo individual y en representación de menores de edad. En esta categoría los tres entrevistados coinciden en que existe una gran área de oportunidad en la difusión y entendimiento de este derecho, pues su percepción (que en el caso de uno de los casos estuvo respaldada por los resultados de la Encuesta Nacional de Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales de 2019) es que una gran parte de los mexicanos no conoce en qué consiste la protección de datos personales y no sabe cómo ejercer este derecho tanto a nivel propio como en representación de otros.

Lo anterior encuentra sustento en los resultados de la Encuesta Nacional de Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales de 2019, la cual reportó que el 55.1% de la población encuestada conoce o ha escuchado la existencia de una ley encargada de garantizar la protección de datos personales. De las personas que conocen o escucharon una norma que regule la protección de datos personales, un 18.6% pudo nombrar a la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares, 4.5% pudo nombrar a una Ley Estatal de Protección de Datos Personales y un 1.8% de la población pudo nombrar a la Ley General de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados tal como puede apreciarse en la siguiente gráfica:

Gráfica 3

Conocimiento del marco jurídico



Fuente: Encuesta Nacional de Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales de 2019³⁷

Por lo que hace a la cuarta categoría que se denominó “casos”, contemplada en la pregunta 7 y su inciso “a”, se buscó obtener el número de casos activos de los mexicanos que han interpuesto algún recurso en materia de protección de datos personales en representación de algún menor de edad y, así, conocer el grado de vulneración que estos pudieran llegar a tener.

En esta categoría, en particular, los resultados obtenidos empatan con la categoría anterior, ya que la falta de conocimiento expresada por los entrevistados parece repercutir en el número de casos activos en materia de protección de datos de los menores de edad en México, ya que en Baja California se cuenta con 1 caso activo, en Ciudad de México ninguno hasta el momento y en Yucatán se cuenta con un “número mínimo de casos”.³⁸

En este sentido, los resultados obtenidos en las entrevistas realizadas pueden observarse en la siguiente tabla de interposición de recursos en materia de transparencia y acceso a

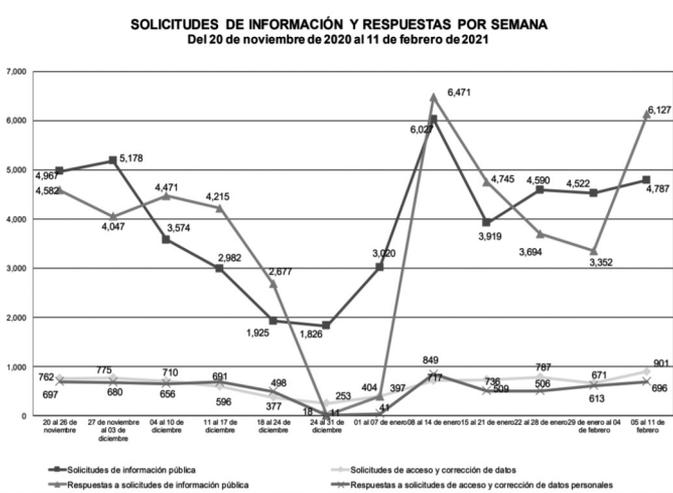
³⁷ Op. cit., nota 30

³⁸ Dr. A. Briceño, Comunicación personal, 8 de enero de 2021

la información pública en contraste con el ejercicio de derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición. Así, existe un total de 4,787 solicitudes en materia de acceso a la información de noviembre a febrero de 2021 y tan solo 1597 solicitudes en el ejercicio del derecho a la protección de datos personales, lo que significa una diferencia de 67 puntos porcentuales que se puede apreciar en la gráfica 4:

Gráfica 4

Solicitudes de información vs. Solicitudes de datos personales



Fuente: INAI, Secretaría de Acceso, Dirección General de Evaluación³⁹

Por otra parte, en lo que hace la cuarta categoría nombrada “hipotético”, contemplada en las preguntas 8 y 9 de la en-

³⁹ Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales (INAI), Secretaría de Acceso, Dirección General de Evaluación con datos de la Plataforma Nacional de Transparencia e información proporcionada por los Sujetos Obligados, consultada el 25 de febrero de 2021, <https://home.inai.org.mx/wp-content/uploads/Estadisticas-semanales-11-de-febrero-de-2021.pdf>

trevista, se buscó conocer la viabilidad de considerar como datos sensibles la información personal de los menores de edad en México. Así, dos de los entrevistados estuvieron de acuerdo con la idea de otorgar un tratamiento especializado a los datos personales de los menores de edad, sin embargo, uno de ellos considera que incluirlos en la categoría de sensibles no es lo ideal, sino generar una nueva categoría. Cabe destacar que el otro entrevistado, no está de acuerdo con implementar prohibiciones absolutas, como en el caso de Colombia, toda vez que, esto podría vulnerar el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los menores de edad.

Por último, la sexta categoría, “riesgos”, contemplada en las preguntas 3, 4 y 11, estuvo enfocada a comprobar nuestra hipótesis de investigación a fin de conocer los riesgos que existen para el derecho a la protección de datos personales de la ciudadanía en general, y específicamente los menores de edad. Así, los tres entrevistados coinciden en que existe un riesgo diferenciado para el derecho a la protección de datos personales de los menores de edad en contraste con el de los mayores de edad. Señalan que este riesgo se ocasiona por un indebido tratamiento de la información en plataformas digitales y procedimientos físicos, pues las personas consienten el tratamiento de sus datos sin conocer los alcances que esto conlleva. De la misma manera, dos de los entrevistados coincidieron en que el robo de identidad es uno de los principales riesgos a los que se enfrenta el derecho a la protección de datos personales sobre todo frente plataformas digitales.

Por otra parte, los tres entrevistados adicionaron riesgos distintos como el “diseño de las plataformas digitales”,⁴⁰ “un impacto en su vida digital inclusive desde un aspecto psicológico”⁴¹ y “grooming”.⁴² Así, el uso de las Tecnologías de la

⁴⁰ Lic. C.D., Gómez, Comunicación personal, 15 diciembre de 2020.

⁴¹ Op. cit. nota 33

⁴² Mtro. A.R., Guerrero, Comunicación personal, 15 enero de 2021.

Información y de la Comunicación (TIC) para la comunicación a través de las redes sociales es especialmente popular entre los adolescentes y jóvenes, por lo que resulta que son quienes están más expuestos a sufrir situaciones relacionadas con el ciberacoso. Aquí se afirma esa relación, dado que los porcentajes más altos de prevalencia de ciberacoso se encuentran en los primeros rangos de edad (de 12 a 19 años y de 20 a 29 años), en los cuales, poco más del 20% de los usuarios de Internet señalaron haber vivido algún tipo de ciberacoso, como puede observarse en la gráfica 5.

Gráfica 5
Ciberacoso



Fuente: INEGI⁴³

CONCLUSIONES

Derivado del análisis de la información que se recopiló, así como de las entrevistas realizadas se advierte que existe un marco jurídico robusto en materia de protección de datos personales por parte de México, en el cual es necesario incluir el tratamiento de datos personales con capacidades jurídicas distintas, así del desarrollo de este artículo se concluye:

⁴³ Instituto Nacional de Geografía y Estadística (INEGI), Comunicado de Prensa Núm. 185/19 10 de abril de 2019, consultado el 26 de febrero de 2021, <https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/boletines/2019/EstSociodemo/MOCIBA-2017.pdf>

- El tratamiento de los datos personales de los menores de edad debe ser autorizado por los legítimos representantes de estos en atención a la capacidad jurídica de cada persona.
- El marco jurídico mexicano en materia de protección de datos personales permite que se lleve a cabo un tratamiento sin que necesariamente sean observadas las reglas de representación que para la capacidad jurídica establecen los códigos civiles de las entidades federativas.
- El Estado colombiano cuenta con un régimen de protección de datos personales que distingue entre el tratamiento de personas mayores de edad y menores de edad.
- El régimen de protección de datos personales en México no distingue entre el tratamiento que se realiza a personas mayores de edad y menores de edad, aunque las autoridades les otorgan un trato preferente al aplicar el interés superior del menor, lo que sucede una vez realizado un indebido tratamiento de datos personales.
- Los mexicanos tienen una falta de conocimiento de los medios, reglas y procedimientos para ejercer el derecho a la protección de datos personales, así como los medios de impugnación ante un indebido tratamiento de su información personal; y,
- Los fenómenos que se producen al no contar con un régimen que distinga los datos personales de las personas mayores y menores de edad son el ciberacoso y la validación del consentimiento otorgado por el menor ante plataformas digitales.

REFERENCIAS

Banco Interamericano de Desarrollo & Organización de los Estados Americanos, Reporte Ciberseguridad

en América Latina, consultado el 25 de febrero de 2021, <https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/Reporte-Ciberseguridad-2020-riesgos-avances-y-el-camino-a-seguir-en-America-Latina-y-el-Caribe.pdf>

Cámara de Diputados, Ley Federal de Protección de Datos Personal en Posesión de los Particulares, 2010.

Cámara de Diputados, Ley General de Protección de Datos Personal en Posesión de Sujetos Obligados, 2017;

Congreso de la Unión, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, consultado el 11 de octubre de 2020 http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_080520.pdf

Consejo de Europa, Convenio 108 para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, 1981.

Constitución Política de Colombia, consultada el 10 de octubre de dos mil veinte <http://wsp.presidencia.gov.co/Normativa/Documents/Constitucion-Politica-Colombia.pdf>.

Council of Europe, *Congratulations to Mexico for being invited to accede to Convention 108!* Strasbourg, 2017, disponible en: <https://www.coe.int/en/web/data-protection/-/congratulations-to-mexico-for-being-invited-to-accede-to-convention-108->

Cruz Sosa, Quetzalli y Dávalos Casanova, Daniela Elliot, “Mecanismos legales de transparencia sindical”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, Distrito Federal, México, número 25, julio-diciembre, 2017.

Dr. A. Briceño, Comunicación personal, 8 de enero de 2021

García, M. A. (15 de enero de 2021). Comunicación personal. (D. H. Valadez, Entrevistador)

- Garrido Iglesias, Romina, 2015, “La seguridad en el tratamiento de datos personales”, en Reyes Olmedo, Patricia (coord.), *Ciudadanas 2020 III*, Chile.
- Guerrero, Juan, “Derecho a la protección de datos personales” en John M. Ackermann (coord.), *Más allá del acceso a la información. Transparencia, rendición de cuentas y Estado de Derecho*, México, Siglo XXI Editores, 2008.
- Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), Encuesta Nacional de Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales de 2019, consultado el 25 de febrero de 2021, https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/enaid/2019/doc/enaid_2019_principales_resultados.pdf.
- Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales (INAI), consultada el 25 de febrero de 2021, <https://home.inai.org.mx/wp-content/uploads/Estadisticas-semanales-11-de-febrero-de-2021.pdf>
- Lic. C.D., Gómez, Comunicación personal, 15 diciembre de 2020. Congreso de la República, Ley Estatutaria 1581 (2012).
- López Torres, Jonathan, “Antecedentes internacionales en materia de privacidad y protección de datos personales”, EAFIT, 2014, vol.5, no.2.
- Magallanes Martínez, Víctor Hugo, “Derecho a la protección de datos personales. Su diseño constitucional” *Biblioteca Jurídica Virtual* del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2016, <https://docs.google.com/viewerng/viewer?url=https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-informacion/article/viewFile/10486/12651>

- Monsalve Caballero, Vladimir, “La protección de datos de carácter personal en los contratos electrónicos con consumidores: análisis de la legislación colombiana y de los principales referentes europeos” Prolegómenos. *Derechos y valores*, Bogotá, Colombia, 2017, volumen XX, número 39, enero-junio.
- Presidencia de la República, Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, Decreto número 1377, consultado el 11 de octubre de 2020 <http://wsp.presidencia.gov.co/Normativa/Decretos/2013/Documents/JUNIO/27/DECRETO%201377%20DEL%2027%20DE%20JUNIO%20DE%202013.pdf>
- Remolina Angarita, Nelson *Recolección internacional de datos personales: Un reto post- internet*, Madrid, Agencia Española de Protección de Datos-Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2015.
- Richtler, Marcelo, “La protección de datos de carácter personal como derecho humano”, *Revista Auctoritas Prudentium*, Guatemala, 2015, no. 12.
- Warren D., Samuel & Brandeis Louis D. “The Right to Privacy” trad. Núñez Valadez Daniel Humberto, *Harvard Law Review*, Vol. 4, No. 5 (Dec. 15, 1890).
- Zúñiga Becerra, Odra. “Educación y prevención en materia de protección de datos personales de niños, niñas y adolescentes en Internet.” *Estudios en derecho a la información*, México, 2018, febrero, <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-informacion/article/view/12122/13806>.

EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PROTECCIÓN DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA Y LA LUCHA CONTRA LA CIBERDELINCUENCIA DURANTE EL COVID-19 EN BRASIL

ISABELA MOREIRA DOMINGOS*

RESUMEN

Durante la pandemia de Covid-19, los niños y adolescentes se han enfrentado a los impactos del aislamiento y el cierre de las escuelas. Los problemas van más allá de las barreras de los déficits de aprendizaje e infraestructura en la educación básica y comienzan a afectar la cuestión emocional de los estudiantes. Esta investigación tiene como objetivo abordar los riesgos de la ciberdelincuencia para los niños y adolescentes, que implican el peligro de contacto con personas malintencionadas, el intercambio de fotos y vídeos, el ciberacoso y el *hackeo* de dispositivos electrónicos, entre otros. Se utiliza el método analítico para identificar el impacto de los ciberdelitos en la vida de los estudiantes durante la

* Profesora y conferencista internacional. Investigadora de la Universidad de São Paulo (USP). Máster en Derecho Económico y Desarrollo por la Pontificia Universidad Católica de Paraná (PUCPR), con beca integral CAPES. Especialista en Estado Democrático de Derecho por la Fundación Escuela del Ministerio Público del Estado de Paraná (FEMPAR). Investigadora en las áreas de Derecho Constitucional, Derecho Administrativo y Compliance. Autora de libro sobre Compliance y de artículos científicos publicados en revistas especializadas internacionales. Miembro de la Comisión de Conformidad de la Orden de Abogados de Brasil. Abogada. <https://orcid.org/0000-0002-8226-1348>. Contacto: <isabeladomingos.law@gmail.com.

pandemia de Covid-19, con el apoyo de la legislación y los artículos sobre el tema.

PALABRAS CLAVE: Derechos Humanos, Derecho Digital, Ley General de Protección de Datos de Brasil, Cibercrimes, Covid-19.

ABSTRACT

During the Covid-19 Pandemic, children and adolescents have faced the impacts of isolation and school closures. The problems go beyond the barriers of learning deficits and infrastructure in basic education and start to affect the emotional issue of the students. This research aims to address the risks of cybercrime for children and adolescents, which involve the danger of contact with malicious people, sharing photos and videos, cyberbullying, and hacking into electronic devices, among others. The analytical method is used in order to identify the impact of cybercrimes in the lives of students during the Covid-19 pandemic, with the support of legislation and articles on the subject.

KEYWORDS: Human Rights, Digital Law, Brazilian General Data Protection Act, Cybercrimes, Covid-19.

INTRODUCCIÓN

El Estatuto del Niño y del Adolescente (Ley 8.069/1990) es conocido como un avance para cumplir con las políticas públicas internacionales para niños y adolescentes. Se orienta por la promoción de la dignidad humana e incluye el compromiso del Estado, de las familias, de las empresas y de la

sociedad de dar atención prioritaria a los niños y adolescentes para salvaguardar su integridad y proteger sus derechos fundamentales, estableciendo una serie de instrumentos de protección a nivel federal, estatal, municipal y distrital.

El Código Penal brasileño también contempla los delitos contra la dignidad¹ sexual, física, moral y psicológica del niño, ya que como las personas están cada vez más conectadas,² los delincuentes utilizan Internet para encontrar presas fáciles para aprovecharse del cibercrimen (*phishing*, *malwares*, perfiles falsos y ciberacoso). Los niños y adolescentes son aún más vulnerables durante la pandemia de Covid-19, dado el aumento del uso de teléfonos móviles, tabletas y ordenadores, no solo para el consumo de medios de comunicación, redes sociales y *streaming*, sino también para cumplir con el programa de estudios de las escuelas primarias a través de clases virtuales.

La Ley General de Protección de Datos (Ley N° 13.709/2018 que fue modificada por la Ley N° 13.853/2019) ordena un tratamiento adecuado en la protección de los datos de los usuarios de niños y adolescentes. Así, este artículo aborda el impacto de la pandemia en la educación básica, particularmente frente a los niños y adolescentes que notablemente, son más susceptibles a los riesgos de los ciberdelitos. Para ello, es necesario que las empresas, el Estado y las Instituciones Educativas cumplan con la Ley General de

¹ El párrafo 1, sección I del artículo 147-A, referido al Código Penal brasileño, aumenta la pena a la mitad cuando el delito de acoso por cualquier medio se comete contra un niño, adolescente o anciano. Además, la pena se incrementa hasta la mitad si el delito se comete también contra una mujer por su condición de tal, de acuerdo con el Párrafo 2-A del artículo 121 del Código Penal brasileño (incluido por la Ley 14.132/2021).

² Attanasio, Angelo y Bbc News Mundo. “Coronavírus: o dramático aumento da atividade dos pedófilos virtuais com o isolamento”. 2020. Disponible en: <<https://www.bbc.com/portuguese/geral-52450312>>. Consultado en: 28 jul. 2021.

Protección de Datos (LGPD). La metodología utilizada fue analítica a través de la doctrina y la legislación nacional e internacional.

1. LA PRIMACÍA DE LOS INTERESES DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES

La protección de los niños y adolescentes fue el resultado de una construcción internacional destinada a salvaguardar los derechos humanos, debido a la responsabilidad de los Estados de construir la paz y proteger a los grupos vulnerables, especialmente después de la Segunda Guerra Mundial.

Existe una amplia construcción normativa para la protección de los derechos de los niños y adolescentes. El avance normativo tuvo lugar en el siglo XX, con movimientos anteriores a la creación de la Organización de las Naciones Unidas (ONU). En 1924, la Sociedad de Naciones adoptó el primer texto de la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño y del Adolescente. El documento fue redactado por la activista británica Englantyne Jebb (1876-1928), fundadora de Save the Children. La Declaración se consolidó tras su ratificación por la Asamblea General de las Naciones Unidas (1959) y sirvió de inspiración para la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (1989), de la que Brasil es signatario.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) llega en un momento posterior a la Segunda Guerra Mundial (1939-1945), en la medida en que se reconozca el principio de la dignidad humana a nivel internacional, sirviendo de pauta para las constituciones y la promoción de la paz en el mundo.³

³ Sarmento, Daniel, *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 54-55.

Los Estados han ido adoptando pactos internacionales para proteger a los niños y adolescentes, y también han tratado de promover políticas públicas de asistencia social y de recuperación económica de las naciones. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos entró en vigor en 1976 y fue adoptado por la Resolución 2.200 (XXI de 166 de diciembre) de la Asamblea General de las Naciones Unidas⁴. Este Pacto fue promulgado en Brasil por el Decreto 592/1992⁵ y establece que todo niño, sin discriminación por color, sexo, idioma, religión, origen nacional o condición socioeconómica, tiene derecho a medidas de protección, así como a registrarse y adquirir una nacionalidad (artículo 24).

La justificación del retraso de Brasil en la adhesión al citado Pacto fue el hecho de que los derechos previstos no eran compatibles con la Constitución de 1967. Solo después de la promulgación de la Constitución Ciudadana de 1988 hubo un compromiso de salvaguardar los derechos fundamentales y una preocupación por los grupos vulnerables. El Estado brasileño establece políticas públicas para el desarrollo socioeconómico y la universalización de la educación básica gratuita.

El derecho a la educación es un derecho de todos, según el principio de universalidad el Estado brasileño debe atender toda la educación básica. El constituyente brasileño atribuye

⁴ Brasil. “International Covenant on Civil and Political Rights”. 1996. Disponible en: <[https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/A_RES_2200A\(XXI\)_civil.pdf#:~:text=Adopted%20and%20opened%20for%20signature%2C%20ratification%20and%20accession,23%20March%201976%2C%20in%20accordance%20with%20Article%2049](https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/A_RES_2200A(XXI)_civil.pdf#:~:text=Adopted%20and%20opened%20for%20signature%2C%20ratification%20and%20accession,23%20March%201976%2C%20in%20accordance%20with%20Article%2049)>. Consultado en: 15 jul. 2021.

⁵ Brasil. “Atos Internacional sobre Direitos Civil e Políticos. Promulgação”. Decreto n. 592/1992. 1992. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Consultado en: 11 jul. 2021.

preferencia a la educación pública sobre la iniciativa privada, José Afonso da Silva, considera que si bien se reconoce la libre iniciativa, se observa que está condicionada y actúa de manera secundaria, con base en los artículos 209 y 213 de la Constitución de la República Federativa de Brasil de 1988.⁶

El artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) de 1966 fue promulgado en 1992 mediante el Decreto 591/1992. El artículo 10 reafirma el compromiso de los Estados Parte de adoptar medidas especiales para la protección de los niños y adolescentes con el fin de prevenir la explotación social y económica. Los Estados no deben someter a los niños y adolescentes a trabajos insalubres y peligrosos (artículo 10), y tienen el deber de garantizar el derecho a la salud física y mental (artículo 12).⁷

La protección de los niños y adolescentes está garantizada en la Constitución de la República Federativa de Brasil de 1998 (CRFB/1998). El Estatuto del Niño y del Adolescente, popularmente conocido como ECA (Ley n. 8.069/90)⁸ reconoce el derecho de los niños y adolescentes a la protección integral, considerando como niños el grupo de edad hasta los doce años, y adolescentes los que tienen entre doce y dieciocho años.⁹

⁶ Da Silva, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 316-17 y 858-859.

⁷ Brasil. “Atos Internacionais. Pactos Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais”. Promulgação. Decreto nº 591/1992. 1992. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0591.htm>. Consultado en: 11 jul 2021.

⁸ BrasiL. “Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências”. Lei nº 8.069/1990. 1990. Disponible en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm. Consultado en: 06 ago. 2021.

⁹ En casos excepcionales definidos por la Ley, el Estatuto puede apli-

Según el ordenamiento jurídico brasileño, los niños y los adolescentes deben ser tratados con prioridad por todos. Existe un deber colectivo de protección que implica no solo al Estado, a los padres, a los tutores y a la familia, sino sobre todo a la escuela y a la sociedad en general. La garantía de prioridad significa la primacía en la atención clínica y hospitalaria para recibir ayuda, la precedencia en los servicios públicos o de relevancia pública. El derecho a la prioridad en la agenda pública para la formulación y ejecución de políticas públicas sociales, especialmente para lograr el acceso a una educación de calidad y a la protección. La ley establece el derecho a una asignación privilegiada de los recursos que están relacionados con la protección de la infancia y la juventud (artículo 4, párrafo único, líneas «a», «b», «c» y «d»).

El artículo 190-A del Estatuto del Niño y del Adolescente (ECA) autoriza la infiltración de agentes policiales en Internet para investigar delitos contra niños y adolescentes, que estará precedida de una autorización judicial motivada, observando los límites de la infiltración para obtener pruebas, previa audiencia del Ministerio Público (punto I), según la Ley 13.441/2017.¹⁰ La Ley 12.737/2012 insertó el artículo 154-A en el Código Penal, que trata de la inviolabilidad de los secretos, definiendo la práctica del hacking como un delito de intrusión.

La LGPD prevé que el tratamiento de los datos personales de niñas, niños y adolescentes debe realizarse siempre en su interés superior. El suministro de información debe utilizarse de manera sencilla, clara y accesible, respetando las ca-

carse a personas de entre dieciocho y veintiún años de edad (artículo 1, párrafo único de la citada Ley).

¹⁰ Brasil. “Lei n. 13.411/2017”. 2017 Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13441.htm>. Consultado en: 03 ago. 2021.

racterísticas físicas, motrices, perceptivas, sensoriales, intelectuales y mentales del usuario (etapas de desarrollo de los niños y adolescentes), con la posibilidad de utilizar recursos audiovisuales cuando sea necesario, a fin de ofrecer información adecuada y elegible no solo a los padres y tutores legales, sino para la comprensión efectiva del niño (artículo 14, párrafo 6).¹¹

Esta pregunta es importante porque los niños y adolescentes deben conocer las condiciones de protección de datos en los perfiles de las redes sociales. Para acceder tanto a Instagram como a Facebook, el adolescente debe tener al menos 13 años, según la política de uso de las plataformas. Antes de la aplicación de la LGPD, las empresas internacionales buscaban el cumplimiento de los datos en base al Reglamento General de Protección de Datos (RGPD), que entró en vigor el 25 de mayo de 2018 para la protección de datos en Europa.

El RGPD es vinculante para todas las empresas y personas que procesan datos personales de personas en la Unión Europea, sin embargo, incluso una empresa brasileña que opera en Europa puede ser considerada responsable de la recogida, almacenamiento, uso y destrucción de datos. El incumplimiento de las obligaciones puede dar lugar a multas de hasta el 4% de los ingresos globales de la empresa. Se considera que la protección de datos contribuye a las nuevas políticas de seguridad de las aplicaciones en general, como Facebook, Messenger, Instagram, Oculus, Whatsapp¹² y Telegram.

Las políticas internacionales de protección y tratamiento

¹¹ Brasil. “Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)”. Lei n. 13.709/2018. 2018. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm>. Consultado en: 5 ago. 2021.

¹² Cf. Facebook. “What is the General Data Protection Regulation (GDPR)?”. Disponible en: <<https://www.facebook.com/business/gdpr>>. Consultado en: 05 ago. 2021.

de datos tienen como objetivo promover la transparencia, el control y la responsabilidad de las empresas, así como de los Estados, sobre el uso de los datos de las personas. Facebook ha informado de que está desarrollando inteligencia artificial para detectar la edad de los usuarios, en particular para identificar quién es menor o mayor de 18 años.¹³ La empresa pretende identificar las asimetrías de información entre las aplicaciones de Instagram y Facebook para evitar que personas malintencionadas envíen mensajes a los jóvenes, y eliminar las cuentas de los menores de 13 años.

Otra de las innovaciones es la creación de plataformas específicas para niños, lo que requiere un trabajo multidisciplinar con el apoyo de profesionales de las áreas de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC), Psicología, Pedagogía, *Compliance* y Marketing para una nueva visión de los negocios adecuada a la edad de los consumidores, es decir, considerar que el público adolescente e infantil está presente en las redes sociales, por lo que las instituciones y empresas deben ser conscientes de los impactos negativos de Internet en los niños y adolescentes.

2. EL IMPACTO DE LA PANDEMIA EN LA EDUCACIÓN BÁSICA DE NIÑOS Y ADOLESCENTES

La pandemia expuso aún más a los niños y adolescentes a las redes, muchos tuvieron acceso a teléfonos móviles, tabletas y ordenadores para seguir las clases en línea. El número de denuncias e investigaciones de violencia sexual contra niños y adolescentes también aumentó durante este periodo, según una investigación realizada por la Universidad Federal de Pernambuco (UFPE), la Universidad Estatal de São Pau-

¹³ Diwanji, Pavni. Facebook. “How Do We Know Someone Is Old Enough to Use Our Apps?”. Disponible en: < <https://about.fb.com/news/2021/07/age-verification>. Consultado en: 28 jul. 2021

lo (UNESP) en cooperación con la Universidad Federal de São Paulo (UNIFESP), y los Consejos de Tutela en las cinco regiones de Brasil: Norte, Nordeste, Centro Oeste, Sur y Sudeste.¹⁴

Se verificó que en la mitad de los consejos tutelares hubo un aumento significativo de la gravedad de los casos denunciados. Así, la escuela es una de las instituciones más carentes en la relación de comunicación y denuncias para una efectiva protección de los niños y adolescentes.¹⁵

El *bullying* se conceptualiza como una forma de abuso, repetida y agresiva, con la intención de menospreciar al otro y crear pánico. El acoso no solo se caracteriza por la violencia física, sino que puede exteriorizarse de otras formas, como la agresión psicológica y social, ignorando y excluyendo al otro individuo de las actividades del grupo. En la actualidad, el acoso traspasa las barreras de la escuela y el barrio para afectar al otro a través de las redes sociales, las fotos ofensivas, la recepción de comentarios, mensajes y correos electrónicos ofensivos, entre otras formas de vergüenza. También se añade el interés de quienes practican el acoso, de sentirse poderosos, populares y, a menudo, de fabricar su propia seguridad a costa de los demás.¹⁶

¹⁴ Cf. Ufpe. “Mobilização digital destaca impacto da pandemia no enfrentamento às violências sexuais contra crianças e adolescentes”. Disponible en: <Universidade Federal de Pernambuco - Agência de Notícias - Clipping (ufpe.br)>. Consultado en: 11 ago. 2021.

¹⁵ Cf. Luciene Regina Paulino Tognetta, Apresentação do dossiê: “Conflitos, violências, *bullying* na escola: problemas da convivência potencializado pela pandemia?”. *Revista Tópicos Educacionais*. Pernambuco, v. 27, n. 01, p. ii-x, 2021. ISSN: 2448-0215. Disponible en: <https://periodicos.ufpe.br/revistas/topicoseducacionais/index>. Consultado en: 11 ago. 2021.

¹⁶ Raychelle Cassada Lohmann y Julia Taylor, *The bullying workbook for teens: activities to help you deal with social aggression and cyberbullying*. Instant Help; Workbook, 2013. p. 6.

Los efectos del acoso escolar son muy perjudiciales para el niño y su familia, ya que los problemas emocionales pueden repercutir en la adolescencia e incluso en la vida adulta. Raychelle Lohmann y Julia Taylor señalan que la víctima del acoso puede tener dificultades para dormir, dolor, vómitos, anorexia e incluso problemas emocionales relacionados con el estrés, la depresión y la ansiedad, lo que sin duda le quitará el interés por asistir a la escuela.¹⁷

En cuanto al ciberacoso, los autores afirman que es tan perjudicial como la práctica del *bullying*. Esta interpretación, cabe decir, ha sido apoyada por profesionales de la educación, psicólogos y está ganando espacio en el sistema legal. En el sentido de que muchos niños y jóvenes pasan por una situación de represión y acoso y no lo denuncian a sus tutores. El acoso escolar, que tiene trazas de violencia, maltrato psicológico y hostilidad, no puede confundirse con una mera situación de dramatismo y falta de capacidad para afrontar los retos.¹⁸ El acoso y el ciberacoso no pueden ser ignorados, todos somos responsables y debemos contribuir a la concienciación y represión de esta práctica en los espacios de la vida pública y privada, especialmente en el ámbito escolar y redes sociales, ya que considera que los niños y adolescentes están presentes en estos espacios.

Hoy, los niños crean cada vez más perfiles en las redes sociales: Instagram, Facebook, Youtube y, TikTok, son las aplicaciones más populares. Antes de la pandemia, Brasil ya tenía 24,3 millones de niños y adolescentes con acceso a internet, es decir, el 86% de los individuos en el grupo de edad

¹⁷ Raychelle Cassada Lohmann y Julia Taylor, *The bullying workbook for teens: activities to help you deal with social aggression and cyberbullying*. Instant Help; Workbook, 2013. p. 7.

¹⁸ Raychelle Cassada Lohmann y Julia Taylor, *The bullying workbook for teens: activities to help you deal with social aggression and cyberbullying*. Instant Help; Workbook, 2013, p. 9-11.

entre nueve y diecisiete años,¹⁹ según la encuesta realizada por el Centro Regional de Estudios para el Desarrollo de la Sociedad de la Información del Centro de Información (CETIC) y la Coordinación de Ponto BR.²⁰

En 2019, la encuesta del CETIC llamó la atención sobre el uso de internet por parte de los niños y adolescentes en actividades multimedia, aproximadamente el 83% de los encuestados utiliza internet para el consumo de vídeos en plataformas online, series o programas en internet. Por otro lado, las clases D y E utilizan internet exclusivamente a través del teléfono móvil.²¹

Cabe destacar que el aumento significativo del número de niños y adolescentes con acceso a aplicaciones como Whatsapp, Instagram y Facebook implica el riesgo de que desconocidos tengan contacto directo con los menores, a través del número de teléfono móvil, donde es posible acceder a la geolocalización, a los datos sensibles de los niños (nombre, dirección, colegio y rutina), así como compartir vídeos y fotografías.

Es importante destacar la necesidad de debatir y concienciar sobre el impacto de la tecnología en la vida de los estudiantes, teniendo en cuenta los riesgos del ciberacoso, las noticias falsas, la incitación al odio y el hecho de compartir fotos y vídeos que pueden ser utilizados de forma maliciosa en la Deep Web y en los sitios de contenido para adultos.

¹⁹ Ebc. “Brasil tem 24,3 milhões de crianças e adolescentes que usam internet”. Disponible en: <https://agenciaBRAZIL.ebc.com.br/geral/noticia/2019-09/Brazil-tem-243-milhoes-de-criancas-e-adolescentes-utilizando-internet#>>. Consultado en: 15 abr. 2021.

²⁰ Cetic, “TIC Kids Online BRAZIL – 2019. Crianças e Adolescentes”. Disponible en: <https://cetic.br/pt/tics/kidsonline/2019/criancas/>. Consultado en: 25 jul. 2021.

²¹ Cetic, “TIC Kids Online BRAZIL – 2019. Crianças e Adolescentes”. Disponible en: <https://cetic.br/pt/tics/kidsonline/2019/criancas/>. Consultado en: 25 jul. 2021.

3. CONSTRUIR EXPERIENCIAS CONTRA EL CIBERACOSO

Con la globalización y la innovación de los teléfonos inteligentes y las tabletas, la tecnología acaba formando parte del desarrollo de los individuos, que suelen estar expuestos al uso de pantallas desde sus primeros años de vida. Los niños y adolescentes del mundo contemporáneo son llamados la generación postmilenial, también conocida como Generación Z, pues ya sufren con las consecuencias del uso excesivo de las redes sociales.

Un estudio realizado por Public Health England durante el Covid-19 identificó que los niños y jóvenes se enfrentan al estrés debido al aislamiento social y al retraimiento de las actividades escolares y extraescolares en el aula, lo que implica un aumento de los ataques de ansiedad,²² sin embargo, cada individuo reacciona de forma diferente, por lo que es importante que los padres estén alerta para identificar posibles cambios en el estado de ánimo y los hábitos de sus hijos.

Según UNICEF, más de 1.500 millones de niños y adolescentes se vieron afectados por el cierre de escuelas en todo el mundo durante la pandemia de Covid-19 en el año 2020. Internet sirvió de puente para la socialización y la tutoría online.²³ En cambio, esta población menor de edad se ha vuelto

²² Internet Matters Team. “Children’s mental health and wellbeing guidance from Public Health England during COVID-19 pandemic”. Disponible en: <https://www.internetmatters.org/hub/guidance/childrens-mental-health-and-wellbeing-guidance-from-public-health-england-during-covid-19-pandemic>. Consultado el 27 jul. 2021.

²³ Unicef. “Children at increased risk of harm online during global Covid-19 pandemic”. Newly released technical note aims to help governments, ICT companies, educators and parents protect children in lockdown. Disponible en: <https://www.unicef.org/press-releases/children-increased-risk-harm-online-during-global-covid-19-pandemic>. Consultado el 27 jul. 2021.

aún más vulnerable a los ciberdelitos, es decir, a los delitos relacionados con la captación sexual en línea, la incitación al odio y el ciberacoso.

De hecho, la violencia que se vive en el hogar, en la escuela, en la empresa y en los espacios públicos, encuentra en Internet una forma de difundir actos ilícitos, bajo la falsa expectativa de que el agresor detrás de la pantalla no será identificado. Las medidas desarrolladas por UNICEF en colaboración con los Estados firmantes de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (ONUDD), la Organización Mundial de la Salud (OMS), la Fundación Mundial de la Infancia de EE.UU. (Childhood USA) y la Alianza Global WePROTECT han lanzado una nueva nota técnica para ayudar a las políticas públicas a proteger a los niños y jóvenes en la red. Entre las medidas clave se encuentran:²⁴

a) Es importante que las escuelas y los servicios especializados en la protección de niños y adolescentes se formen sobre los riesgos de los delitos digitales y trabajen en formas efectivas para prevenirlos, pues como señalan Perales, Arias y Bazdresch, los profesores y directores deben observar posibles señales, como un cambio de comportamiento que pueda indicar una ruptura en la vida cotidiana del aula, lo que podría indicar que el niño o adolescente está experimentando algún tipo de violencia;²⁵ los centros de apoyo

²⁴ Unicef. “Children at increased risk of harm online during global Covid-19 pandemic”. Newly released technical note aims to help governments, ICT companies, educators and parents protect children in lockdown. Disponible en: <https://www.unicef.org/press-releases/children-increased-risk-harm-online-during-global-covid-19-pandemic>>. Consultado en: 27 jul. 2021.

²⁵ Perales Franco, Cristina, Eduardo Arias Castañeda y Miguel Bazdresch Parada, *Desarrollo socioafectivo y convivencia escolar*. Guadalajara, México: Iteso, 2004, p. 194-195.

a niños y adolescentes deben permanecer siempre abiertos para apoyar situaciones de emergencia de abandono y violencia (respetando las medidas de seguridad impuestas por el Covid-19 durante el encierro y el aislamiento);²⁶

b) la industria de las tecnologías de la información debería incluir plataformas para un acceso adecuado en función de la edad del niño, mediante herramientas de aprendizaje virtual y seguridad infantil, especialmente para mejorar el acceso a Internet de los niños económicamente desfavorecidos;²⁷

c) las escuelas deberían actualizar sus políticas de tutela de la red,²⁸ promoviendo el buen comportamiento en línea y

²⁶ Según Jacqueline Bhabha, la pandemia de Covid-19 ha aumentado la exposición de los niños a los abusos y la violencia doméstica, y también advirtió que en Europa hay indicios de que los niños están desapareciendo de los sistemas de protección, especialmente los niños inmigrantes, en particular víctimas de los traficantes para trabajos forzados y el matrimonio infantil. En vista de lo anterior, el autor afirma que los gobiernos deben trabajar en la identificación y documentación de estos niños y adolescentes vulnerables para mitigar los impactos socioeconómicos, trabajando en cooperación con la comunidad y las organizaciones no gubernamentales de protección. Cf. Bhabha, Jacqueline. “Time for a reset: implications for child migration policies arising from Covid-19”. *IOM UN Migration y IOM’s Migration Research High Level Advisors*, Agosto, p. 1-12, (2020). Disponible en: <<https://bettercarenetwork.org/sites/default/files/2021-01/implications-for-child.pdf>>. Consultado en 15 set. 2021.

²⁷ Unicef. “Children at increased risk of harm online during global COVID-19 pandemic”. Newly released technical note aims to help governments, ICT companies, educators and parents protect children in lockdown. Disponible en: <<https://www.unicef.org/press-releases/children-increased-risk-harm-online-during-global-covid-19-pandemic>>. Consultado en: 27 jul. 2021.

²⁸ Es esencial que los niños y adolescentes y sus tutores legales sean conscientes del uso malicioso de la información, que puede concederse fácilmente a través de los intercambios de mensajes, haciendo a las víctimas aún más vulnerables. Entre las formas de violencia están obligar a los menores a proporcionar contraseñas, robar datos personales, robar

la prevención del ciberacoso, así como proporcionando un servicio de asesoramiento para los estudiantes y sus tutores;²⁹

d) Los padres deben asegurarse de que los dispositivos de los niños están actualizados con software de protección de datos y programas antivirus. Los padres de los niños se comprometen a actualizar los dispositivos de los niños con programas que impidan la descarga automática de aplicaciones y la instalación de aplicaciones maliciosas.³⁰

Con la pandemia, hay una exposición de grupos en situación de vulnerabilidad social y económica, el impacto es mayor frente a las familias de bajos ingresos que dependen del buen funcionamiento de los servicios públicos para mantener su dignidad, escolaridad, alimentación y salud. Además, existen numerosas cuestiones políticas y económicas que repercuten en la crisis migratoria y de refugiados,³¹ que

fotografías, crear perfiles para estafas fraudulentas y/o crear vergüenza, entre otros actos ilícitos en la web. Cf. Domínguez Artega, Rosa Amelia *Cf. El ciberacoso en Tamaulipas: caracterización, conductas y violencias asociadas*. Ciudad Victoria, Tamaulipas: El Colegio de Tamaulipas, 2019.

²⁹ Unicef. “Children at increased risk of harm online during global COVID-19 pandemic”. Newly released technical note aims to help governments, ICT companies, educators and parents protect children in lockdown. Disponible en: <https://www.unicef.org/press-releases/children-increased-risk-harm-online-during-global-covid-19-pandemic>>. Consultado en: 27 jul. 2021.

³⁰ Sobre la nota técnica de UNICEF, cf. “Coronavirus Disease (Covid-19) and Its Implications for Protecting Children Online A technical note from UNICEF and partners”. Disponible en: < https://www.unicef.org/documents/covid-19-and-implications-protecting-children-online?utm_campaign=coronavirus&utm_source=referral&utm_medium=media- Consultado en: 27 jul. 2021.

³¹ Los niños se ven obligados a huir de los conflictos, la indigencia, los abusos domésticos, los problemas medioambientales y/o la persecución armada. En este sentido, durante la pandemia de Covid-19, hay un aumento de niños no acompañados que llegan a las fronteras de México.

traerán consigo nuevos retos para el desarrollo integral de los niños y adolescentes, que deben ir acompañados de políticas públicas de acceso a la educación, protección de los derechos humanos y oportunidades en el mercado laboral.

CONCLUSIONES

Los derechos de los niños y adolescentes ganaron notoriedad internacional con la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948. Brasil, a través de la Constitución de la República Federativa de Brasil de 1988 y del Estatuto del Niño y del Adolescente (1992), consolidó una política pública de protección del niño y del adolescente, y trabaja constantemente con la comunidad y las autoridades para mejorarla.

El derecho a la educación es un deber del Estado y de la familia. Se trata de un derecho público subjetivo que no está sujeto a la discrecionalidad administrativa restringida ni a la reserva de lo posible como justificación para que el gestor público no facilite el acceso a la educación, con riesgo de regresión social y ampliación de las desigualdades. El acceso a la educación básica es de aplicación inmediata.

Sin embargo, con la pandemia, muchos niños y adolescentes no pudieron mantener sus actividades escolares debido a los déficits en la infraestructura de las redes educativas públicas. Los problemas van desde la falta de conexión a través de wifi o móvil, la falta de material adaptado para la educación y enseñanza a distancia, que dificultó el retorno inmediato en la modalidad online, así como la necesidad de

Cf. UN Brasil. “UNICEF relata aumento drástico em crianças migrantes no México”. Disponible: <https://brasil.un.org/pt-br/125704-unicef-relata-aumento-drastico-em-criancas-migrantes-no-mexico>. Consultado en 15 set. 2021.

invertir en la formación del profesorado para la enseñanza a distancia (EAD) y online en la red pública. No todos los profesores y alumnos tienen disponibles los materiales electrónicos adecuados.

Es notorio que con los avances tecnológicos y la facilidad de acceso a los bienes de consumo, una parte importante de los niños y adolescentes en Brasil no tiene acceso a dispositivos electrónicos con acceso a internet. Otra parte de los niños accede solo a través de los teléfonos móviles. Internet puede contribuir al aprendizaje y al desarrollo cognitivo.

Sin embargo, la *internet* no puede ser un medio para que personas malintencionadas accedan a los datos de niños y adolescentes. La ciberdelincuencia pone en riesgo su integridad física y emocional y requiere la implicación de los centros de investigación, las escuelas, el Consejo Tutelar y el Ministerio Público para desarrollar medidas de prevención y lucha contra el abuso sexual y el ciberacoso en el entorno escolar virtual.

El alejamiento de los alumnos del centro educativo acaba creando un ambiente propicio para el maltrato, la violencia doméstica, el trabajo infantil y el abandono escolar; sobre todo, la escuela es un espacio de acogida, al igual que el trabajo en colaboración con la red de protección de la infancia y la adolescencia.

De hecho, el daño emocional es tan perjudicial para el desarrollo de los niños y adolescentes causado por la intimidación, el acoso y el ciberacoso como lo es en los entornos donde hay agresión física y violencia doméstica. Los Estados deben prestar atención a la exposición de los grupos en situación de extrema vulnerabilidad social, como los niños y jóvenes migrantes y refugiados, a menudo sin la presencia de un tutor legal, lo que aumenta el riesgo de exposición a la ciberdelincuencia y otros abusos, lo que requiere una mayor

atención de la red de protección de la infancia y la adolescencia, especialmente en el entorno de internet.

REFERENCIAS

- Attanasio, Angelo y BBC News Mundo, “Coronavírus: o dramático aumento da atividade dos pedófilos virtuais com o isolamento”. 2020. Disponible en: <https://www.bbc.com/portuguese/geral-52450312>. Consultado en: 28 jul. 2021.
- Bhabha, Jacqueline. “Time for a Reset: Implications for Child Migration Policies Arising from Covid-19”. *IOM UN Migration y IOM's Migration Research High Level Advisors*, Agosto, p. 1-12, (2020). Disponible en: <https://bettercarenetwork.org/sites/default/files/2021-01/implications-for-child.pdf>>. Consultado en 15 set. 2021.
- Brasil. “Atos Internacionais. Pactos Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais”. Promulgação. Decreto nº 591/1992. 1992. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0591.htm>. Consultado en: 11 jul 2021.
- Brasil. International Covenant on Civil and Political Rights. 1966. Disponible en: <[https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/A_RES_2200A\(XXI\)_civil.pdf#:~:text=Adopted%20and%20opened%20for%20signature%2C%20ratification%20and%20accession,23%20March%201976%2C%20in%20accordance%20with%20Article%2049](https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/A_RES_2200A(XXI)_civil.pdf#:~:text=Adopted%20and%20opened%20for%20signature%2C%20ratification%20and%20accession,23%20March%201976%2C%20in%20accordance%20with%20Article%2049)>. Consultado en: 15 jul. 2021.

- Brasil. “Atos Internacional sobre Direitos Civil e Políticos. Promulgação”. Decreto n. 592/1992. 1992. Disponible en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm. Consultado en: 11 jul. 2021.
- Brasil. “Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências”. Lei nº 8.069/1990. 1990. Disponible en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm. Consultado en: 06 ago. 2021.
- Brasil. “Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)”. Lei n. 13.709/2018. 2018. Disponible en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm. Consultado en: 5 ago. 2021.
- Brasil. “Lei n. 13.411/2017”. 2017 Disponible en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13441.htm. Consultado en: 03 ago. 2021.
- Cetic. “TIC Kids Online Brazil – 2019”. Crianças e Adolescentes. Disponible en: <https://cetic.br/pt/tics/kidsonline/2019/criancas/> >. Consultado en: 25 jul. 2021.
- Diwanji, Pavni. Facebook. “How Do We Know Someone Is Old Enough to Use Our Apps?”. 2021. Disponible en: <https://about.fb.com/news/2021/07/age-verification/>>. Consultado en: 28 jul. 2021.
- Domínguez Artega, Rosa Amelia Cf. *El ciberacoso en Tamaulipas: caracterización, conductas y violencias asociadas*. Ciudad Victoria, Tamaulipas: El Colegio de Tamaulipas, 2019.
- Ebc. “Brasil tem 24,3 milhões de crianças e adolescentes que usam internet.” 2019. Disponible en: <https://>

agenciaBRAZIL.ebc.com.br/geral/noticia/2019-09/BRAZIL-tem-243-milhoes-de-criancas-e-adolescentes-utilizando-internet#>. Consultado en: abr. 2021.

Facebook. “What is the General Data Protection Regulation (GDPR)?.” 2021. Disponible en: <<https://www.facebook.com/business/gdpr>>. Consultado en: 05 ago. 2021.

Internet Matters Team. “Children’s Mental Health and Well-being Guidance from Public Health England during COVID-19 Pandemic”. Disponible en: <<https://www.internetmatters.org/hub/guidance/childrens-mental-health-and-wellbeing-guidance-from-public-health-england-during-covid-19-pandemic/>>. Consultado en: 27 jul. 2021.

Sarmiento, Daniel, *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

Silva, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional positivo*. São Paulo, Malheiros, 2016.

Lohmann, Raychelle Cassada y Taylor, Julia. *The Bullying Workbook for Teens: Activities to Help you Deal with Social Aggression and Cyberbullying*. Instant Help; Workbook, 2013.

Perales Franco, Cristina, Eduardo Arias Castañeda y Miguel Bazdresch Parada, *Desarrollo socioafectivo y convivencia escolar*. Guadalajara, México: Iteso, 2004, p. 194-195.

Tognetta, Luciene Regina Paulino. Apresentação do dossiê: “Conflitos, violências, *bullying* na escola: problemas

da convivência potencializado pela pandemia?”. *Revista Tópicos Educacionais*. Pernambuco, v. 27, n. 01, p. ii-x, 2021. ISSN: 2448-0215. Disponível em: <https://periodicos.ufpe.br/revistas/topicoseducacionais/index>. Consultado em: 11 ago. 2021.

UFPE. “Mobilização digital destaca impacto da pandemia no enfrentamento às violências sexuais contra crianças e adolescentes”. 2021. Disponível em: <https://www3.ufpe.br/agencia/clipping/index.php?option=com_content&view=article&id=47334:-projeto-crescer-sem-violencia-promove-acoes-digitais-para-marcas-o-dia-nacional-de-combate-ao-abuso-e-a-exploracao-sexual-de-criancas-e-adolescentes-18-de-maio&catid=1642&Itemid=243>. Consultado em: 11 ago. 2021.

UN Brasil. “UNICEF relata aumento drástico em crianças migrantes no México”. 2021. Disponível: <https://brasil.un.org/pt-br/125704-unicef-relata-aumento-dras-tico-em-criancas-migrantes-no-mexico>. Consultado em 15 set. 2021.

UNICEF, “Children at increased risk of harm online during global COVID-19 pandemic”. 2020. Disponível em: <<https://www.unicef.org/press-releases/children-increased-risk-harm-online-during-global-covid-19-pandemic>>. Consultado em: 27 jul. 2021.

LA GESTACIÓN SUBROGADA. EL DERECHO NO RECONOCIDO PARA LOS BAJACALIFORNIANOS. CONSIDERACIONES EN SU LEGISLACIÓN

SANDRA ELENA VENEGAS NEVAREZ*

RESUMEN

La legislación vigente en el estado de Baja California no cumple con las directrices y mandatos que, tanto en la normativa internacional, como en la Constitución Federal se han establecido, para garantizar y contemplar aquellas situaciones que para los bajacalifornianos se han convertido en necesidades; tal y como es el caso de la gestación subrogada. Este es un método utilizado por aquellas personas que desean procrear un hijo, pero que, por cuestiones ajenas, y/o personales, se han visto imposibilitados para hacerlo.

La gestación subrogada es un método de reproducción surgido en consecuencia de los avances de la ciencia y la tecnológica que, bien implementado, no vulnera los derechos ni el bienestar de las personas. Por ello, resulta indispensable que el ordenamiento legal del estado de Baja California se adapte a la realidad actual y establezca que la gestación subrogada es una “nueva figura jurídica”, derivada de los derechos humanos reconocidos tanto en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y tratados internacionales.

* Nace en la Ciudad de Mexicali, Baja California en 1992, lugar donde actualmente reside. Licenciada en Derecho por la Universidad Autónoma de Baja California. Maestra en Ciencias Jurídicas por la Universidad Autónoma de Baja California. Investigadora, Abogada postulante, que presta servicios al sector público y privado.

PALABRAS CLAVE: Gestación subrogada, legislación Baja California, padres de intención, madre sustituta, Ley de reproducción asistida, voluntad procreacional, contrato de gestación subrogada, Ley de protección de maternidad, derecho a la maternidad, libertad de reproducción, libertad de procreación, Tabasco, Sinaloa.

ABSTRACT

The current Baja California legislation does not comply with the international and constitutional framework established to guarantee the situations that for Baja Californians have become necessities; such as the case of surrogacy. This is the method used by those who wish to procreate a child, but are unable to archive their purpose, due to external and / or personal reasons. Since surrogacy is a method of reproduction that arose as a result of advances in science and technology, and well implemented, it does not violate the rights or well-being of people, it is essential that the legal system of the state of Baja California adapts to the current reality and establishes that surrogacy is a “new legal figure”, derived from the human rights recognized both in the Political Constitution of the United Mexican States and international treaties.

KEYWORDS: Surrogacy, Baja California legislation, intended parents, surrogate mother, Assisted reproduction law, procreation will, surrogacy contract, Maternity protection law, right to motherhood, freedom of reproduction, freedom of procreation, Tabasco, Sinaloa.

INTRODUCCIÓN

A pesar de que existe una alternativa científica que le otorga a toda persona la posibilidad de procrear los hijos deseados, resultando posible aun y cuando se presente alguna problema biológico o psicológico que le impida por si o en sí mismos lograr la reproducción; en la actualidad lo único que le hace imposible a la persona gozar de su derecho a la libre reproducción, es la legislación en el estado de Baja California, al no establecer que la gestación subrogada es un método viable y legal para lograr dicho cometido.

Es el caso que la gestación subrogada es un método que hace posible que, a pesar de las circunstancias que les impidan lograr la procreación de sus hijos, las personas puedan concebir a través del vientre de una mujer que sustituya a otra en el embarazo; por tanto, actualmente solo debería ser necesario celebrar “un contrato por el cual una mujer acepte prestar su cuerpo para que le sea implantado un embrión ajeno llevando el embarazo a término”, por lo que algunas de las personas a las que no les es posible tener descendencia lo lograría.

La gestación subrogada es un método que presenta una alta demanda por la sociedad, convirtiéndose en una necesidad y/o camino ideal para aquella persona que desea lograr la procreación de hijos, por lo que al ser una exigencia social, las autoridades se encuentran obligadas a modificar su normativa, adaptando los lineamiento a la implementación de este método; puesto que al ignorar una práctica latente en la sociedad únicamente provoca una incertidumbre jurídica para todos los gobernados.

Así, el sistema normativo vigente en el estado de Baja California debe considerar la gestación subrogada como una forma de reproducción, contemplando las repercusiones que dicho método pudiera generar en las relaciones familiares.

LA GESTACIÓN SUBROGADA COMO MEDIO DE ACCESO A DERECHOS HUMANOS.

La gestación subrogada es un método que le permite a aquellas personas que, por diversas circunstancias no han podido procrear hijos, puedan lograr la concepción a través del vientre de una mujer que sustituya a otra en el embarazo. En ese sentido, podemos decir que, en la actualidad, solo debería ser necesario celebrar “un contrato por el cual una mujer acepte prestar su cuerpo para que le sea implantado un embrión ajeno llevando el embarazo a término”.¹ Así, todas y cada una de las personas podrían ejercer, de forma libre y sin limitación alguna, su derecho de procrear libremente y de formar una familia.

Sin embargo, para el estado de Baja California, la gestación subrogada aún sigue siendo una posibilidad que es imposible de alcanzar. Resultando lamentable, que la sociedad en este estado esté atada por sus legisladores, quienes a pesar de ser conscientes de que la ciencia proporciona nuevos métodos para realizar sus deseos y/o convicciones, actualmente no se haya implementado una normativa que incluya a la maternidad subrogada, como un forma de reproducción.

Así, es claro que aquel deseo que pudiera llegar a tener una persona, por ser padre o madre debe ser protegido y tutelado como un derecho humano, e incluso, de impedirse la práctica de un método de reproducción, tal y como lo es la gestión subrogada, la persona se encontraría en una restricción o privatización del goce a derechos como la libre procreación, la formación de una familia y al acceso a los avances científicos y tecnológico; mismos que han sido re-

¹ Muñoz, María Richard, *Maternidad subrogada*, Congreso virtual interinstitucional, Los Grandes Problemas Nacionales, Universidad Autónoma de Nuevo León, Centro Parlamentario, México, 2008, p. 3. Artículo.

conocidos en la normativa internacional y federal vigente en nuestro país.

De igual forma, la gestación subrogada, es un método que le permite a las personas gozar plenamente de su derecho a la reproducción, el Estado debe proteger y en ningún momento limitarlo, ya que como se encuentra establecido en la Declaración Universal de Derechos Humanos, se deben adoptar las medidas necesarias para que todo individuo pueda gozar plenamente de sus derechos.

Asimismo, la gestación subrogada, es un método que ha surgido de la mano con el avance de la ciencia y tecnología, teniendo entonces las personas el derecho de usar y participar en el progreso científico, así como los beneficios que deriven de dichos avances.² Reiterando que, de continuar el estado estableciendo limitaciones o restricciones para su implementación, se encuentra incumpliendo con obligaciones establecidas en tratados internacionales en materia de derechos humanos.

Por todo lo anterior, se afirma que para algunas personas, solo les es posible lograr un desarrollo pleno con la procreación de hijos, lo cual solo pueden con la implementación de los métodos creados por la ciencia y tecnología. Además, la existencia de normativas como las vigentes en el estado de Baja California, vulneran los derechos humanos plenamente reconocidos y tutelados, incumpliendo con obligaciones de tutela y protección, así como el proporcionar los mecanismos de acceso para la implementación de dichas prerrogativas.

² Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, “Declaración universal sobre derechos humanos, Artículo 27: 1. Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora”, diciembre de 1948.

EL MARCO NORMATIVO ACTUAL EN EL ESTADO DE BAJA CALIFORNIA

Aun y cuando el sistema normativo en el estado de Baja California ha sido reformado en múltiples ocasiones, buscando resolver las problemáticas sociales que se presentan en el momento, en la actualidad, la gestación subrogada continua siendo un método que no ha sido contemplada; hecho que también vulnera los derechos humanos que a las personas se les han reconocido en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y diversas normativas internacionales.

Asimismo, al analizar el sistema normativo vigente en el estado de Baja California, se advierte que, aunque la gestación subrogada es un método no contemplado, esta es una figura compatible con el resto de las disposiciones; tal y como se desprende de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Baja California donde se afirma que, en el estado se “acata plenamente y asegura a todos sus habitantes los derechos humanos reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y en los Tratados Internacionales de los que el Estado mexicano sea parte”.³

En ese sentido, si en el estado de Baja California se aplicara lo establecido en su disposición constitucional, las autoridades se encuentran obligadas a garantizar y proteger el derecho que tiene toda persona a su libertad personal, protección a la honra y dignidad, libre procreación, libre acceso a los avances científicos y tecnológicos, así como a la formación de una familia, por encontrarse estos reconocidos (y enunciados expresamente) en la normativa federal e internacional.

³ Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Artículo 7, febrero de 1917, última reforma en agosto de 2019, http://www.congresobc.gob.mx/Parlamentarias/TomosPDF/Leyes/Tomo_I/20191017_Constbc.pdf.

Aunado a lo anterior, el 18 de octubre de 2013, en el estado de Baja California se publicó la Ley de Protección a la Maternidad, por la cual se estableció que la maternidad es un derecho inherente a toda mujer, y por tanto, una obligación para la autoridad de establecer formas para que le garantice a las personas el goce de este. Debiendo asegurar que en la normativa no exista ningún tipo de impedimento o vulneración para aquella mujer que pretenda practicar la maternidad.

En razón de lo anterior, dentro de la misma normativa se encuentran establecidos lineamientos que toda autoridad debe poner en práctica y cuya finalidad es proteger la maternidad, resaltando dentro de ellos, el que a la letra expresa: “Artículo 5.- Toda mujer tiene derecho a la maternidad. Para tales efectos, el Gobierno de Baja California brindará las condiciones necesarias para hacer efectiva esta protección”.

En consecuencia, el actual marco normativo del estado de Baja California no contempla a la gestación subrogada como un método de reproducción, sin embargo, de los lineamientos se desprende que la reproducción, la maternidad, el acceso a los medios científicos y tecnológicos son derechos de la sociedad, y por tanto, la necesidad de adaptar la normativa a una realidad.

EL NUEVO MARCO NORMATIVO EN EL ESTADO DE BAJA CALIFORNIA

Al analizarse el sistema normativo en el estado de Baja California, se advierte la necesidad que se tiene de establecer lineamientos idóneos para que toda persona pueda tener acceso a su reproducción, implementando si es necesario métodos como la gestación subrogada; generándose por medio

de esta, un vínculo filial entre el niño nacido y los padres de intención, sean estos padre y padre, madre y madre, padre y madre, o bien sólo padre de intención o madre de intención.

Con independencia de lo anterior, no pasa desapercibido el hecho de que, mal empleada, la gestación subrogada se puede volver un método que se utilice para explotar a los intervinientes, incluso al niño procreado, sin embargo, esto no es una justificación para que en la gestación se omita su reconocimiento como una forma de reproducción; por el contrario, la exposición y vulneraciones que podría ocasionarse a los intervinientes, es lo que lleva a evidenciar que es aún más necesario que las autoridades le reconozcan a los ciudadanos su derecho a hacer uso de la gestación subrogada como forma de reproducción, y a su vez, otorgar un procedimiento regulado adecuadamente, garantizando que cada uno pueda ser protegido y tutelado bajo el marco de un sistema normativo idóneo.

La gestación subrogada debe dejar ser vista como un método de explotación de la mujer, o como en algunas ocasiones se le nombra “explotación de vientres”, pues la mujer que decide prestar su vientre la procreación del niño, lo deberá hacer de forma libre, voluntaria y sin engaño; gozando plenamente de su derecho a la libertad, libre expresión y autodeterminación. La mujer debe ser considerada como “un sujeto libre, autónomo y en grado de asumir plenamente las consecuencias que deriven del acuerdo subrogativo”.⁴ Por ello, si una mujer consiente procrear por medio de este método, externa su deseo de que el niño concebido tenga vínculos de filiación con los padres de intención y no con ella; circunstancia que de igual forma debe encontrarse contemplada dentro de la normatividad.

⁴ Callejas Arreguin, Norma Angélica, *Maternidad subrogada y la situación jurídica de las mujeres en México*, https://www.uaeh.edu.mx/xiii_congreso_empoderamiento_fem/documentos/pdf/C033.pdf.

Tomando en consideración lo antes manifestado, así como las legislaciones existentes en México, es entonces que el marco normativo del estado de Baja California debe considerar, entre otras cosas, los derechos y obligaciones que tendrán los intervinientes en la gestación subrogada, dentro de los cuales resultaría ideal contemplar los siguientes:

- La mujer gestante, gestará el producto fecundado por los padres de intención.⁵
- La mujer gestante debe encontrarse en un entorno social estable, libre de violencia; y con una condición física y psicológica favorable para el desarrollo de la gestación.⁶
- Los padres de intención y la mujer gestante deben otorgar por escrito el consentimiento para gestar al niño que a su nacimiento será entregado a los padres de intención.⁷
- No participar en más de dos ocasiones consecutivas en un procedimiento de gestación subrogada.⁸
- Procurar el bienestar y el sano desarrollo del feto durante el periodo gestacional.⁹

⁵ Congreso del estado de Tabasco, “Código civil”, *artículo 380 Bis 1*, http://documentos.congresotabasco.gob.mx/2017/legislativo/codigos/Codigo_Civil_para_el_Estado_de_Tabasco.pdf.

⁶ Congreso del estado de Tabasco, “Código civil”, *artículo 380 Bis 3*, http://documentos.congresotabasco.gob.mx/2017/legislativo/codigos/Codigo_Civil_para_el_Estado_de_Tabasco.pdf.

⁷ Ídem.

⁸ Congreso del estado de Tabasco, “Código civil”, *artículo 380 Bis 3*, http://documentos.congresotabasco.gob.mx/2017/legislativo/codigos/Codigo_Civil_para_el_Estado_de_Tabasco.pdf.

⁹ Ídem.

- Contar con una póliza para solventar los gastos originados en la atención del embarazo, parto y puerperio,¹⁰ contratada por los padres de intención.
- La relación entre la mujer gestante y los padres de intención, así como el niño procreado, concluye con el nacimiento de este último.¹¹
- La mujer gestante no puede recibir un pago en cantidad cierta y determinada por práctica de la gestación subrogada, lo cual será independiente de los gastos generados por el embarazo.

Asimismo, en la legislación también debe contemplarse las medidas necesarias para que el niño procreado se encuentre protegido, ya que, aun y cuando el niño no tiene una intervención activa en la gestación subrogada, sí se encuentra relacionado de forma indirecta, al ser el producto de su implementación. Por este motivo, en el estado de Baja California se debe considerar una protección del niño, sin que esto implique una restricción a la voluntad de la mujer gestante y de los padres de intención; siendo posible considerar lineamientos como:

- La Secretaría de Salud del estado de Baja California garantizará que tanto los padres de intención como la mujer gestante gocen de un perfil clínico, psicológico y social adecuado o ideal para que el niño que será

¹⁰ Congreso del estado de Tabasco, “Código civil”, *artículo 380 Bis 3*, http://documentos.congresotabasco.gob.mx/2017/legislativo/codigos/Codigo_Civil_para_el_Estado_de_Tabasco.pdf.

¹¹ Congreso del estado libre y soberano Sinaloa, “Código familiar”, *artículo 283*, www.congresosinaloa.gob.mx/images/congreso/leyes/zip/codigo_familiar_21-feb-2018.pdf.

procreado, no se vea inmerso en alguna afectación o peligro durante su reproducción y crecimiento.¹²

- Toda autoridad en el ámbito de su competencia debe comprobar que el entorno en que se desarrollará el embarazo y en el que posteriormente crecerá el niño, sea estable y libre de violencia.¹³

- El instrumento en el cual se haga constar la voluntad de los intervinientes deberá ser suscrito ante notario público, pues al dotarlo de fe pública, otorga la certeza jurídica de que tanto la mujer gestante como los padres de intención cumplirán todas las obligaciones establecidas para proteger el interés y bienestar del niño.¹⁴

- Todos los acuerdos de gestación que se suscriban bajo compromisos o cláusulas que atenten contra el interés superior del niño serán nulos.¹⁵

Por todo lo anterior, se advierte que en Baja California, toda persona es libre de ejercer su reproducción, por lo que en el sistema normativo no debe existir limitación o dificultades que, sin justificación, lo imposibilite, pues de ser así se vulnerarían los derechos humanos que le son inherentes a toda persona. Así, la autoridad no debe continuar ejerciendo y/o sustituyendo a las personas en la toma de decisiones, como lo son los métodos que implementan en su reproduc-

¹² Congreso del estado de Tabasco, “Código Civil”, artículo 380 Bis 3, http://documentos.congresotabasco.gob.mx/2017/legislativo/codigos/Codigo_Civil_para_el_Estado_de_Tabasco.pdf.

¹³ Ídem.

¹⁴ Congreso del estado de Tabasco, “Código Civil”, artículo 380 Bis 3, http://documentos.congresotabasco.gob.mx/2017/legislativo/codigos/Codigo_Civil_para_el_Estado_de_Tabasco.pdf.

¹⁵ Congreso del estado de Tabasco, “Código Civil”, artículo 380 Bis 4, http://documentos.congresotabasco.gob.mx/2017/legislativo/codigos/Codigo_Civil_para_el_Estado_de_Tabasco.pdf.

ción, siendo esta una facultad propia del individuo. Entonces, el legislador tiene el deber de otorgar a la sociedad una seguridad en el ejercicio de sus derechos, procedimientos seguros, pero sobre todo, una protección para los intervinientes y el menor procreado.

LA NECESIDAD DE UNA REFORMA EN EL ESTADO DE BAJA CALIFORNIA

Aun y cuando ha quedado demostrado que la gestación subrogada es una necesidad que demanda la sociedad, el estado de Baja California ha omitido emitir pronunciamiento alguno sobre su aprobación, mucho menos se han establecido lineamientos que regulen la forma en que debe de implementarse. Por lo tanto, con su silencio, el estado ha fallado con una de sus funciones fundamentales, como lo es el pronunciarse respecto a lineamiento que permitan el desarrollo de la sociedad, tal y como refiere Adriana Hernández:

El derecho busca regular el acontecer de la sociedad y establecer los parámetros para una sana y armónica convivencia de la sociedad, pero en ocasiones se ha visto desfasado por situaciones que el hombre ni siquiera imaginaba, como es el hecho de que una madre lo sea sin llevar a su hijo en el vientre, ya sea por fecundación in vitro o utilizando el procedimiento de maternidad subrogada.¹⁶

Es por ello que el estado de Baja California no debe continuar ignorando que, la gestación subrogada es un avance científico que le otorga a toda persona la forma de gozar ple-

¹⁶ Hernández Ramírez, Adriana, Capítulo de libro, “Ley de maternidad subrogada del Distrito Federal”, *Boletín mexicano de derecho comparado*, número 132, México, 2011, p. 1339.

namente de sus derechos humanos (tal y como lo es la libre procreación, el libre desarrollo de la personalidad y la formación de una familia, entre muchos otros). De lo contrario, se provoca una transgresión y vulneración a estos derechos, trayendo como consecuencia una afectación que podría resultar imposible de reparar, por impedirle al individuo satisfacer una, o algunas, de las etapas de mayor importancia en la vida de algunos seres humanos.

Ahora bien, resulta cierto que el incorporar dentro del marco normativo del estado de Baja California, la gestación subrogada, es el inicio de múltiples modificaciones a las figuras jurídicas ya existentes, traduciéndose en un arduo trabajo legislativo; sin embargo, esto no debe ser el impedimento para ponerse al alcance de la sociedad, pues más allá de los problemas jurídicos, sociales o religiosos que puedan surgir por su regulación, está el deber de la autoridad de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de las personas.

Asimismo, otro de los retos a los que se enfrentará el órgano legislativo del estado de Baja California, al adentrarse en la aprobación y regulación de la gestación subrogada, es el de crear múltiples lineamientos para proteger y garantizar los derechos de cada uno de los intervinientes, así como el interés y bienestar del menor involucrado. Por lo tanto, es necesario considerar además un cambio jurídico, con la incorporación de dicha forma de reproducción, también se provocará un cambio social y cultural, de ahí la importancia de evitar, dentro de lo posible, contradicciones normativas que pudieran ocasionar conflictos jurídicos.

En definitiva, la gestación subrogada es un método, donde sus intervinientes representan intereses y actuaciones muy distintas, por lo que para llevar a cabo una acertada regulación en el marco normativo del estado, tal vez sea oportuno

voltear a mirar los marcos normativos que, previamente, han incursionado en la incorporación de este método, tal y como es el caso de Tabasco, Sinaloa, y la propuesta de Ciudad de México.

Todos y cada uno de los marcos normativos referidos con anterioridad, han buscado proteger a los intervinientes en la gestación subrogada, por lo que han establecido con claridad los derechos y obligaciones que le corresponderán a cada uno de ellos, así como las medidas de cautela que se deben tener respecto al niño procreado. Así, se ha buscado una manera viable para evitar, en gran medida, las problemáticas jurídicas y sociales que se han presentado en otros países, donde su legislación establece la gestación subrogada como un método de reproducción asistida.

CONSIDERACIONES INDISPENSABLES EN EL RECONOCIMIENTO DE LA GESTACIÓN SUBROGADA, COMO UN MÉTODO DE REPRODUCCIÓN

Una de las cuestiones que debe ser considerada al momento de reconocer la gestación subrogada, en la legislación del estado de Baja California, es la voluntad expresada por los intervinientes para participar, debiendo quedar en todo momento debidamente establecido que, por un lado se encuentra la mujer que acepta desarrollar el embarazo y a su término cederá los derechos que como madre le corresponden y, por otro lado, se encuentran los padres de intención, quienes tienen el deseo de tomar el lugar de progenitor, o en su caso, asumir a un hijo como propio aunque biológicamente no lo sea.

Lo anterior, no resulta un tema de nuevo descubrimiento, sino que en el Estado Mexicano se ha reconocido el derecho

de toda persona a decidir voluntariamente sobre su reproducción, garantizando con ello el acceso de libre procreación, supuesto que se encuentra consagrado en el artículo 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Inclusive, ha sido la propia Suprema Corte de Justicia de la Nación quien ha manifestado que la filiación existente entre padres e hijos no se encuentra determinada por el vínculo biológico o genético, sino que este se determina por “el deseo de asumir a un hijo como propio, aunque biológicamente no lo sea”, consentimiento que es denominado o conocido como “voluntad procreacional”.¹⁷

En consecuencia, y de una interpretación al criterio adoptado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, respecto a que “en la inseminación artificial heteróloga, la voluntad procreacional es uno de los factores determinantes para la constitución del vínculo filial del menor nacido bajo ese tratamiento”,¹⁸ en la gestación subrogada acontece algo similar, ya que el niño que nacerá por consentimiento de la mujer gestante y los padres de intención, debe ser reconocido legalmente con una relación paterno filial con los últimos en mención, dejando de observar como forma primordial la relación biológica que existe entre el menor y la mujer gestante.

Por otro lado, una de las consideraciones que la autoridad legislativa también debe tener, es modificar aquellas normas estatales que deban ser acordes con esta nueva figura, respetando y protegiendo los derechos reconocidos en normativas constitucionales e internacionales. De esta forma, se da debido cumplimiento a una de las finalidades del derecho, ciencia jurídica cuya finalidad es regular la conducta del hombre en una sociedad, conducta que en ocasiones se ve

¹⁷ Tesis 1a. CXCIX/2014, Gaceta del *Semanario Judicial de la Federación*, Décima época, mayo 2014, p.547.

¹⁸ Tesis 1a. CXCIX/2014, Gaceta del *Semanario Judicial de la Federación*, Décima época, mayo 2014.

reflejada en necesidades y, en la actualidad, la reproducción o procreación se ha convertido para algunas personas en una necesidad cuya no satisfacción podría afectar su desarrollo emocional.

Por lo anterior, se desprende que la regulación de la gestación es una necesidad que debe ser atendida y contemplada por las normas jurídicas vigentes, siendo por demás necesario que se establezcan las condiciones necesarias para atender la peculiaridad del acto. Es de considerarse que, contrario a lo referido por Gisela Pérez Fuentes,¹⁹ es indispensable que la normativa regule la celebración de un contrato para efecto de establecer los derechos y obligaciones que adquirirán los participantes, instrumento jurídico cuyo objeto sería la subrogación de la gestación, y no propiamente la vida.

BREVE ANÁLISIS Y COMPARACIÓN CON LAS LEGISLACIONES EXISTENTES EN OTROS ESTADOS DE MÉXICO

Como ha sido referido con anterioridad, el estado de Baja California, así como todas las entidades federativas, gozan de la llamada autonomía local, permitiendo que sus autoridades establezcan dentro de su cuerpo normativo, aquellas situaciones que satisfagan las necesidades de la localidad, las cuales en ocasiones pudieran ser distintas de una comunidad respecto a otra. En ese sentido, cada uno de los estados puede priorizar las situaciones que así lo requieran, por lo que, pudiéramos decir que las prácticas que se implementan en el estado de Yucatán tal vez no lo resulte para el estado de Baja California; o dicho de otra manera:

¹⁹ Pérez Fuentes, Gisela María, Capítulo de libro, et al., *La maternidad subrogada*, México, Tirant lo Blanch, 2017, p. 85-86.

La autonomía sustituye al concepto soberanía cuya pertenencia innata le corresponde en exclusiva al estado federal, la autonomía es a las entidades federativas lo que la soberanía es al estado federal, porque estas pueden darse su propia legislación, incluyendo su Constitución, o bien, porque dichas entidades participan en la formación de la voluntad nacional.²⁰

Aun y cuando el “derecho a crear o fundar una familia ha sido enunciado en la mayoría de las normas del Derecho internacional en materia de derechos humanos”,²¹ en México existe una evidente restricción al alcance de este, toda vez aunque la normativa vigente en el Estado, establece que se garantizará y protegerá el derecho que tiene toda persona a formar una familia, solamente los estados de Tabasco y Sinaloa reconocen a la gestación subrogada como un método que puede ser implementado para lograr dicho fin.

Por lo que al existir una omisión y en algunos casos una prohibición legislativa, el resto de las entidades federativas provocan que las personas no puedan acceder de manera libre, sin perjuicio o consecuencias jurídicas, a los derechos humanos reconocidos en el ordenamiento nacional e internacional.

Es necesario considerar las legislaciones vigentes en los estados de Tabasco y Sinaloa, ya que actualmente son los únicos lineamientos existentes en México para la implemen-

²⁰ Soto, Enrique, Pedro Antonio, Artículo, *Régimen constitucional de las entidades federativas*, Universidad Nacional Autónoma de México, pp. 121-154, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2938/7.pdf>.

²¹ Ruiz-Rico Ruiz, Gerardo. Capítulo de libro, *La problemática constitucional derivada de las técnicas de reproducción humana asistida: el caso de la maternidad subrogada*, revista de derecho político, 2017, pp. 49-78.

tación y regulación de la gestación subrogada; debiendo realizarse un estudio de ellas, buscando obtener aquellos puntos que resulten idóneos, o porque no, advertir aquellos supuestos que pudieran ser erróneos.

TABASCO Y SINALOA, MODELOS DE EJEMPLO EN LA REGULACIÓN DE LA GESTACIÓN SUBROGADA

Ha sido el estado de Tabasco el primero en establecer dentro de su legislación la regulación la gestación subrogada, pues desde “la reforma de 1997 que se optó por sustentar los acuerdos de maternidad subrogada y sustituta bajo la figura del contrato, sin embargo en ese entonces el ordenamiento no especificaba las características esenciales de tales convenios”, motivo por el cual la regulación que hasta entonces se encontraba establecida era deficiente en la práctica.

Al pasar de los años, las problemáticas que se presentaban al implementar la gestación subrogada iban en aumento, por lo que el órgano legislativo optó por reformar y/o modificar la normativa existente, de modo que las lagunas jurídicas existentes fueron subsanadas, además de tutelarse en gran medida los derechos de los intervinientes y del niño procreado. Así, en el año 2016 la “LXI legislatura del Congreso de Tabasco estableció en los artículos comprendidos del 380 Bis 1 al Bis 7 del Código Civil”,²² los conceptos, definiciones, condiciones, supuestos, modalidades y requisitos que deben agotarse en su práctica.

Consecuencia de lo anterior, y en la actualidad, el código civil de Tabasco define a la gestación subrogada, o como

²² Congreso del Estado de Tabasco, “Código Civil de Tabasco”, *Legislación*, diciembre de 2008, adicionado en enero de 2016, http://documentos.congresotabasco.gob.mx/2017/legislativo/codigos/Codigo_Civil_para_el_Estado_de_Tabasco.pdf.

también se le denomina “gestación por contrato”, como aquella práctica médica, mediante la cual una mujer gesta el producto fecundado por los padres contratantes, cuando la madre pactante padece imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero; desprendiéndose la existencia de dos partes que acuerdan la procreación de un hijo, previo a la existencia de un impedimento de los solicitantes para una gestación “natural”.

No obstante que, la legislación del estado de Tabasco establece múltiples limitaciones y agotamientos de requisitos para poder llevar a cabo un procedimiento como la gestación subrogada, sin embargo, a diferencia del estado de Baja California, con esto ya se le reconoce a la persona el derecho que tienen al acceso de los avances científicos y tecnológicos, logrando con ello formar una familia y reproducirse libremente.

Así, aun y cuando de la norma se desprende que la gestación subrogada, únicamente podrá ser agotada por aquellas personas que tengan la intención de ser padres, y que cuenten con una imposibilidad física, o contra indicación de un medico como gestar, tal circunstancia no impide que las personas gocen plenamente de los derechos humanos que les son inherentes, sino que solo se busca proteger los derechos, seguridad e integridad de todos los intervinientes, así como el niño procreado.

Por su parte, el código familiar del estado de Sinaloa se encuentra conformado con un capítulo referente a la reproducción asistida y la gestación subrogada, en virtud del cual se desprende que en dicha entidad, las personas pueden implementar la gestación para lograr la procreación de un hijo, circunstancia que deberá llevarse a cabo bajo los lineamientos que la misma normativa establece, la cual se encuentra vigente desde la publicación del Código, el seis de febrero del 2013.

Tal y como acontece en Tabasco, el estado de Sinaloa permite la práctica de la gestación subrogada, siempre y cuando esta sea realizada por ciudadanos mexicanos, que cuenten con una edad determinada, además de ser necesario que los solicitantes acrediten la imposibilidad de concebir o procrear por sí mismos. Pero a diferencia de la otra, en el estado de Sinaloa no considera que la gestación subrogada deba realizarse de forma altruista, es decir, el hecho de que una mujer ofrezca su vientre para la procreación de un infante no debe ser, necesariamente, sin que se le entregue una compensación económica por esto; quedando en la voluntad de los intervinientes la modalidad en la que se llevará a cabo la reproducción.

Resulta entonces, que los supuestos y consideraciones establecidas tanto en el estado de Tabasco, como Sinaloa, pueden ser criticados o incluso debatidos, pudiendo así concluir que las normas existentes en el Estado mexicano, respecto a la gestación subrogada, se encuentran lejos de la perfección, resultando necesario unas modificaciones para evitar que sean vulnerados los derechos e intereses de los intervinientes. Sin embargo, de estas se desprende que el espíritu del legislador ha sido otorgar a las personas la posibilidad de ejercer libremente los derechos humanos que les corresponden, tales como la libertad reproductiva, voluntad procreacional y formación de familia, han sido establecidos múltiples condiciones que deben agotarse para efecto de implementar, legalmente, la gestación subrogada, las cuales pueden ser consideradas como limitaciones para su práctica.

CONCLUSIONES Y SOLUCIÓN A LA PROBLEMÁTICA

Realizando un análisis de los puntos anteriores, se puede llegar a la conclusión de que es sumamente necesario y urgen-

te que la autoridad legislativa del estado de Baja California reforme sus normas, de tal forma que en ellas se contemple que los habitantes del estado tengan posibilidad de implementar la gestación subrogada para la procreación; de esta manera se garantizarían los derechos humanos inherentes a toda persona.

Sin embargo, y de forma conjunta, el Estado debe establecer dentro de la norma, los requisitos, procedimientos y formalidades que deberán ser agotadas cuando se pretenda hacer uso del método, garantizando que en su implementación no sean abusados ni vulnerados los intervinientes, ni mucho menos el menor producto de la reproducción.

En consecuencia, el legislador deberá adicionar un capítulo en su codificación civil, correspondiente a la gestación subrogada y su implementación, en la cual se contemple que desde el momento en que se lleve a cabo, se generará un vínculo filial entre los padres de intención y el niño procreado, quedando fuera de este la mujer gestante; derivado de las consecuencias jurídicas que esto conlleva, se desprende la necesidad por que el acuerdo que los intervinientes celebren, sea plasmado mediante un contrato, el cual podrá ser clasificado como “contrato de gestación subrogada”, documento que por ser de vital trascendencia podría ser considerado requisito previo.

Asimismo, al regularse el vínculo filial derivado de la gestación subrogada, también serán aplicables las diversas normas específicas que derivan de la filiación, como aquellas en materia de alimentos, sucesiones, responsabilidades parentales, entre otras. Por eso, aun y cuando en la legislación de Baja California se llegara a determinar que la gestación subrogada es una práctica permitida, esto no implica que todas las personas, sin limitación o requisito alguno lo puedan hacer, puesto que los requisitos o restricciones que se establecen en las normas son para efecto de cumplir con

la finalidad de los métodos que, en el caso de la gestación subrogada, es que las personas con algún problema para lograr la procreación de un hijo, puedan hacerlo con la asistencia de una mujer gestante.

Finalmente, uno de los puntos fundamentales para establecer restricciones en la implementación de la gestación subrogada es el buscar evitar que, aquellas personas que pudieran tener la intención de implementarla con fines ilícitos, como la explotación o la comercialización de los niños, hagan uso de esta; medidas con las que se pretende proteger los derechos de los intervinientes y de los involucrados de forma directa e indirecta; tal y como ha sido adoptado en normativas internacionales y nacionales.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Araya, H., “Embarazo y parto”. Obtenido de “¿Qué es la maternidad subrogada?”: (27 de abril de 2017), <http://embarazoyparto.about.com/od/QuedarEnEmbarazo/ss/Que-Es-La-Maternidad-Subrogada.htm#step1>
- Bolton, R., *Enciclopedia de bioética*. Recuperado el 28 de febrero de 2017, de Enciclopedia de bioética: <http://enciclopediadebioetica.com/index.php/todas-las-vo-ces/210-maternidad-subrogada>
- Díaz, C., Congreso de la Unión. Recuperado el 10 de marzo de 2017, de Congreso de la Unión: http://www.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/63/1/2016-04-28-1/assets/documentos/33_INT_Cristina_Diaz_reproduccion_asistida.pdf
- González, F. A., *Maternidad subrogada, ¿Un nuevo oficio del siglo XXI?* Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional de México, 2010, 10.

- Güitrón, M. M., *Las garantías de libertad*. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2004
- Hernández-Valencia, M., *Diagnóstico de la endometriosis*. Perinatol Reprod Hum, 4., 2009.
- Hernández Valencia, M., *Esterilidad inexplicable. Evaluación médica-terapéutica*. Medigraphic Artemisa en línea, 4, 2007.
- Muñoz, M. R., “Maternidad subrogada”. México: Congreso virtual interinstitucional Los Grandes Problemas Nacionales, 2008.
- Muñoz, M. R., “Maternidad subrogada”. Nuevo León: Congreso virtual interinstitucional Los Grandes Problemas Nacionales, 2008.
- Pérez Carbajal y Campuzano, Hilda, *Técnicas de reproducción humana asistida*, México, Porrúa, 2015, 249.
- Ramírez, A. H., *Ley de maternidad subrogada del Distrito Federal*. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2011.
- Reyes, A. A., *Maternidad subrogada. Ciudad de México*. México: Congreso de la Unión, agosto, 2008.
- Riera, A. M. (s.f.). Netmoms. Recuperado el 1 de marzo de 2017, de netmoms: <http://www.netmoms.es/revista/ser-padres/infertilidad/infertilidad-inmunologica/>
- Rosas, M. R., *Infertilidad masculina*. Ámbito Farmacéutico, 6, 2007.
- Salgado, S. (30 de septiembre de 2016). Baby gest. Recuperado el 23 de marzo de 2017, de *La gestación subrogada en México: leyes en cada estado y precios*: <https://www.babygest.es/mexico/>, 30 de septiembre, 2016.

LOS DERECHOS POLÍTICOS EN LA ELECCIÓN DE AYUNTAMIENTOS DEL ESTADO DE CHIHUAHUA

ERASTO LÓPEZ LÓPEZ*

JORGE ANTONIO BRECEDA PÉREZ**

RESUMEN

El presente artículo surge de la realidad política en el Estado de Chihuahua sobre la elección de los miembros de sus ayuntamientos. Por ello se pretende esquematizar conceptualmente la estructura administrativa municipal desde la dimensión política y del derecho, particularmente los derechos políticos, con el objetivo de aportar una propuesta tipológica que contribuya a los debates y perspectivas teóricas para su estudio y abordaje. La estrategia metodológica se compone de la construcción de una geografía conceptual que, mediante sus ejes, brinden una clarificación de la noción, caracterización y dimensiones que integra el derecho a elegir a los representantes del ayuntamiento.

PALABRAS CLAVE: democracia, derechos políticos, sistemas electorales y ciudadanía.

* Licenciado en Derecho y Maestro en Administración Pública. Profesor de tiempo completo en la Licenciatura en Derecho de la Universidad Autónoma de Ciudad Juárez. <http://orcid.org/0000-0003-0085-5618>. erasto.lopez@uacj.mx

** Doctor por la Facultad de Filosofía de la Universidad de Barcelona, líneas de investigación en Derecho Constitucional y Derechos Humanos. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores. <https://orcid.org/0000-0001-5280-6936>. Jorge.breceda@uacj.mx

ABSTRACT

This article arises from the political reality in the State of Chihuahua regarding the election of the members of its municipal councils. Therefore, it is intended to conceptually outline the municipal administrative structure from the political and legal dimension, particularly political rights, with the aim of providing a typological proposal that contributes to the debates and theoretical perspectives for its study and approach. The methodological strategy consists of the construction of a conceptual geography that, through its axes, provides a clarification of the notion, characterization and dimensions that integrate the right to elect the representatives of the city council.

KEYWORDS: democracy, political rights, electoral system, and citizenry

I. CONSTRUCCIÓN CONCEPTUAL Y LEGAL DE MUNICIPIO Y AYUNTAMIENTO

El ayuntamiento y el municipio han sido vocablos que se han utilizado sin distinción, incluso en algunas ocasiones estos son utilizados como sinónimos. Sin embargo, estos tienen orígenes y connotaciones distintas, mismas que se deben de explorar bajo la rigurosidad conceptual que merece el presente artículo.

Cuando se habla del municipio se refiere a una organización que se crea a partir de un “grupo social humano interrelacionado por razones de vecindad al estar asentado permanentemente en un territorio dado, con un gobierno autónomo propio y sometido a un orden jurídico específico”.¹ En este

¹ Martínez Gil, Pablo. “El municipio, la ciudad y el urbanismo”. En *Ré-*

sentido, el municipio, visto como una persona moral, se crea para satisfacer las necesidades de la comunidad que la conforman, aunado a las obligaciones que como colectivo social contrae, en concomitancia, dentro de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se pueden prever los diversos derechos humanos que se encuentran de manera expresa asociados al actuar municipal, siendo entre otros:

- I. El artículo dos que menciona: “[...] los Municipios, para promover la igualdad de oportunidades de los indígenas y eliminar cualquier práctica discriminatoria, establecerán las instituciones y determinarán las políticas necesarias para garantizar la vigencia de los derechos de los indígenas y el desarrollo integral de sus pueblos y comunidades, las cuales deberán ser diseñadas y operadas conjuntamente con ellos”
- II. El artículo tercero ”Toda persona tiene derecho a la educación. El [...] Municipios- impartirá y garantizará la educación inicial, preescolar, primaria, secundaria, media superior y superior. La educación inicial, preescolar, primaria y secundaria, conforman la educación básica; esta y la media superior serán obligatorias, la educación superior lo será en términos de la fracción X del presente artículo. La educación inicial es un derecho de la niñez y será responsabilidad del Estado concientizar sobre su importancia.
- III. El artículo 21 señala que “La seguridad pública es una función del Estado a cargo de [...] los Municipios, cuyos fines son salvaguardar la vida, las libertades, la integridad y el patrimonio de las personas, así como contribuir a la

gimen Jurídico del Urbanismo, de Jorge Fernández Ruiz, Germán Cisneros Fariás y Filiberto Otero Salas (Coordinadores), 199 - 224. Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2009.

generación y preservación del orden público y la paz social, de conformidad con lo previsto en esta Constitución y las leyes en la materia”.

- IV. El artículo 26 puntualiza como “El Estado contará con un Sistema Nacional de Información Estadística y Geográfica cuyos datos serán considerados oficiales. Para [...] los Municipios [...] los datos contenidos en el Sistema serán de uso obligatorio en los términos que establezca la ley”.

Es así que la estructura municipal cobra una importancia preponderante no solo para el actuar administrativo del Estado mexicano, sino para el cumplimiento expreso de derechos humanos, ahora bien, es dable señalar como se establecer la amplia facultad (artículo 27 Constitución Federal) para que los municipios adquieran y posean los bienes necesarios para ofrecer los servicios públicos a los que se encuentran obligados según el artículo 115 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que menciona con puntualidad las funciones siguientes:

- I. Agua potable, drenaje, alcantarillado, tratamiento y disposición de sus aguas residuales.
- II. Alumbrado público.
- III. Limpia, recolección, traslado, tratamiento y disposición final de residuos.
- IV. Mercados y centrales de abasto.
- V. Panteones.
- VI. Rastro.
- VII. Calles, parques y jardines y su equipamiento.
- VIII. Seguridad pública, en los términos del artículo 21 de esta Constitución, policía preventiva municipal y tránsito.

- IX. Los demás que las legislaturas locales determinen según las condiciones territoriales y socio-económicas de los municipios, así como su capacidad administrativa y financiera.

Desde este punto, se infiere que el municipio es la principal conexión que tiene la población con la estructura estatal, siendo este percibido como esa primera relación entre el Estado y la ciudadanía, ya que la población no solo visualiza al municipio como el responsable de las políticas públicas más cercanas, sino que tal ordenación gubernamental ejerce actos para la contribución, por ello, cobra importancia mencionar las siguientes:

- i. Percibirán las contribuciones, incluyendo tasas adicionales, que establezcan los estados sobre la propiedad inmobiliaria, de su fraccionamiento, división, consolidación, traslación y mejora así como las que tengan por base el cambio de valor de los inmuebles. Los municipios podrán celebrar convenios con el Estado para que este se haga cargo de algunas de las funciones relacionadas con la administración de esas contribuciones.
- ii. Las participaciones federales, que serán cubiertas por la federación a los municipios con arreglo a las bases, montos y plazos que anualmente se determinen por las legislaturas de los estados.
- iii. Los ingresos derivados de la prestación de servicios públicos a su cargo.

Por último, es dable señalar que la figura del municipio contrae facultades de ejercicio territorial, es decir, potestades en

las que se ven inmiscuidas las posibilidades de quehacer gubernamental en el plano de la materialización de proyectos de desarrollo urbano locales, regionales, estatales y federales, tal situación se percibe en la fracción quinta del normativo multicitado que menciona como facultades municipales las siguientes:

- i. Formular, aprobar y administrar la zonificación y planes de desarrollo urbano municipal, así como los planes en materia de movilidad y seguridad vial;
- ii. Participar en la creación y administración de sus reservas territoriales;
- iii. Participar en la formulación de planes de desarrollo regional, los cuales deberán estar en concordancia con los planes generales de la materia. cuando la federación o los estados elaboren proyectos de desarrollo regional deberán asegurar la participación de los municipios;
- iv. Autorizar, controlar y vigilar la utilización del suelo, en el ámbito de su competencia, en sus jurisdicciones territoriales;
- v. Intervenir en la regularización de la tenencia de la tierra urbana;
- vi. Otorgar licencias y permisos para construcciones;
- vii. Participar en la creación y administración de zonas de reservas ecológicas y en la elaboración y aplicación de programas de ordenamiento en esta materia;
- viii. Intervenir en la formulación y aplicación de programas de transporte público de pasajeros cuando aquellos afecten su ámbito territorial; y
- ix. Celebrar convenios para la administración y custodia de las zonas federales.

En esta tesitura se hace necesario mencionar que el municipio cuenta con un gobierno que se encarga de administrar los recursos para satisfacer las necesidades antes mencionadas. Es así como se llega al concepto de ayuntamiento, el cual debe ser entendido como el cuerpo político que se encarga de generar y aplicar las políticas públicas tendientes a la satisfacción de las necesidades de la comunidad que habita en el municipio. El artículo 115 de la Constitución en su párrafo segundo establece que:

cada municipio será gobernado por un Ayuntamiento de elección popular directa, integrado por un Presidente o Presidenta Municipal y el número de regidurías y sindicaturas que la ley determine, de conformidad con el principio de paridad. La competencia que esta Constitución otorga al gobierno municipal se ejercerá por el Ayuntamiento de manera exclusiva y no habrá autoridad intermedia alguna entre este y el gobierno del Estado.

Lo anterior es indispensable para el actuar “legislativo” que contrae el municipio en su actuar gubernamental, ya que no es deseable soslayar que tal estructura de estado cuenta con amplias facultades para expedir los reglamentos y las disposiciones administrativas que fueren necesarios para dar cumplimiento a las funciones, las posibles contribuciones y sus facultades, mismas que se visualizan en los siguientes recuadros:

Cuadro 1. **Facultades, funciones y contribuciones de los regidores.**

Facultades	Funciones	Contribuciones
<ul style="list-style-type: none"> ■ Los regidores tienen facultades de inspección y vigilancia en los ramos de la administración a su cargo. ■ Solicitar informes a los titulares de la administración. ■ Proponer iniciativas de acuerdos y reglamentos municipales. 	<ul style="list-style-type: none"> ■ Informar sobre cualquier deficiencia que notaren en los diferentes ramos de la administración municipal. ■ Presentar ante el H. Ayuntamiento una agenda de trabajo. ■ Suplir al Presidente Municipal en causa de ausencia. ■ Formar parte de las comisiones, comités y consejos, por los que fueron designados. 	<ul style="list-style-type: none"> ■ Tomar parte en las discusiones con voz y voto en las sesiones de cabildo ■ Proponer las medidas convenientes para enmendar las deficiencias de la administración. ■ Proponer al Cabildo iniciativas de Ley para su aprobación y envío al Congreso del Estado

Fuente: Elaboración propia.

Sin duda, el 115 Constitucional deja a cargo de los ayuntamientos el gobierno de los municipios. Así como, siendo el gobierno más cercano a la gente, cobra relevancia que el ciudadano tenga la oportunidad de ejercer su derecho político al elegir a los miembros del ayuntamiento del municipio donde reside.

Actualmente, en el Estado de Chihuahua, los ciudadanos tienen la oportunidad de elegir, por medio del voto directo, al Presidente Municipal y al Síndico; sin embargo, la conformación del cuerpo de regidores es el resultado de un proceso indirecto, lo cual podría traducirse en una afectación al derecho político de la ciudadanía, pues la elección de los regidores es monopolio de los partidos políticos y no de la población que contrae el derecho al voto.

II. HISTORIA DEL MUNICIPIO EN MÉXICO.

Los orígenes del municipio pueden estudiarse desde la historia de las primeras civilizaciones, sin embargo, fueron los romanos los que se encargaron “de darle nombre y asignarle nuevas características, como la relativa a su autonomía, habrán de trascender con bastante precisión al municipio de la Edad Media, al de la Edad Moderna y aun al de la contemporánea”.²

En México, la historia del municipio comienza el 22 de abril de 1519, cuando Hernán Cortés constituyó el primer ayuntamiento nombrado Villa Rica de la Vera Cruz, es dable señalar que no solo se trata la génesis de la estructura gubernamental en México, sino sería emblemática para todo el continente americano su nacimiento.

Ubicado en la Isla de Cuba, el Gobernador Diego Velázquez, había prohibido instaurar establecimientos más allá de las costas de la Vera Cruz, por ello Cortés, con la intención de continuar con su expedición, legalizó sus acciones mediante el establecimiento del primer ayuntamiento. Como acaldes fueron electos Alonso Hernández de Portocarrero y Francisco de Montejo, y con ellos a un cuerpo de regidores, alguaciles, un procurador, y un contador. Esta acción daba a Cortés, según la legislación española, la autoridad para autorregularse y continuar su camino hacia la conquista de nuevos territorios.³

Si bien la instalación del primer ayuntamiento en México data del año de 1519, fue hasta el 13 de junio de 1573, con

² Fernández Ruiz, Jorge, *Las elecciones municipales*. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación., 2010.

³ INAFED. *Instituto Nacional para el Federalismo y el Desarrollo Municipal*. 2020. <https://www.gob.mx/inafed/articulos/501-anos-de-la-fundacion-la-villa-rica-de-la-vera-cruz> (último acceso: 02 de febrero de 2021).

las Ordenanzas de Población dictadas por Felipe II, cuando se crean las primeras legislaciones de la figura del municipio en la Nueva España.⁴ En 1812, posterior al surgimiento del movimiento independentista, fue promulgada la Constitución de Cádiz, donde se logró la consolidación de la figura del municipio como una organización básica del gobierno. En dicho texto jurídico se estableció que: 1) el ayuntamiento se integraría por alcaldes, regidores, un procurador síndico, presididos por el jefe político o el prefecto, que era el representante del gobierno; 2) se le concedían atribuciones al ayuntamiento de administrar en áreas de salud, orden público, beneficencia, obras públicas y cárceles municipales.⁵ Ulteriormente, en 1836 fue promulgado el texto legislativo denominado las Siete Leyes Constitucionales, en este se estableció que los ayuntamientos debían ser electos popularmente.

La Constitución Política de la República Mexicana de 1857 estableció en su artículo 72, fracción VI que “para el arreglo interior del Distrito Federal y Territorios, tendiendo por base el que los ciudadanos elijan popularmente las autoridades políticas, municipales y judiciales”, continuando así con el principio de elección directa consagrado en las Siete Leyes Constitucionales.

Pese a la evolución que había tenido la figura del municipio en México, bajo el gobierno de José de la Cruz Porfirio Díaz Morí tuvo un retroceso, y fue así como para el año de 1903 se hizo una modificación al régimen municipal estableciendo la figura de los prefectos quienes “eran los jefes de todos los servicios en las municipalidades estaban subordinados al gobierno del estado. La autonomía y la libertad

⁴ Vallarta Plata, José Guillermo, “El municipio en México”. En *Federalismo y regionalismo*, de José María Serna de la Garza (Coordinador), 549-573. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016.

⁵ Chaparro Medina, Israel. «Biblioteca Jurídica Virtual.» s.f.

no ejercían en él, quienes determinaban verdaderamente las elecciones y otras actividades locales eran los jefes políticos”.⁶

Tras el derrocamiento del general Porfirio Díaz, y siendo presidente de la República Mexicana, el general Venustiano Carranza Garza junto con el Congreso Constituyente, tuvieron a bien conformar la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en 1917, donde el municipio recobraría su importancia estableciendo en su artículo 115, fracción I, que “cada municipio será administrado por un Ayuntamiento de elección popular directa, y no habrá ninguna autoridad intermedia entre este y el Gobierno del Estado”. En 1983 el artículo 115 se reformaría, incorporando en este la existencia de regidores de representación proporcional, situación que hasta la fecha prevalece.

III. HISTORIA DEL MUNICIPIO EN EL ESTADO DE CHIHUAHUA

Los antecedentes del municipio en el estado de Chihuahua se remontan a 1564, donde Rodrigo del Río descubrió las minas de Santa Bárbara, fundando en aquella región una Alcaldía Mayor y posteriormente una Subdelegación Real.

El 12 de octubre de 1709 por decreto real se funda la villa Real de San Francisco de Cuéllar, actualmente la ciudad de Chihuahua. A partir de ese momento se dio un crecimiento en las ciudades de la región, tales como Villa de San Felipe en octubre de 1718, donde se integró el primer cuerpo de Ayuntamiento conformado por dos alcaldes, cuatro regidores, un síndico procurador y un escribano real y de cabildo; para 1788 existían en Chihuahua 12 regiones importantes: Chihuahua, Aldama, Hidalgo del Parral, Santa Bárbara, Va-

⁶ Chaparro Medina, Israel. “Biblioteca Jurídica Virtual”. s.f.

lle de Allende, Jiménez, Cusihuriachi, Batopilas, San Buenaventura, Valle de Olivos y los minerales de Topago y el Refugio, de los cuales Chihuahua, Hidalgo del Parral, Cusihuriachi, Aldama y Jiménez estaban gobernados bajo la figura de ayuntamientos.⁷

Si bien, durante el siglo XVIII se dieron cambios importantes en infraestructura y organización de territorio en la zona norte de la Nueva España, no hubo cambios en la estructuración de los ayuntamientos. Posterior a la guerra independentista, en julio de 1823 el Congreso divide la Nueva Vizcaya en dos provincias, creándose así el Estado de Chihuahua. Siendo ya una provincia establecida, en 1825 se crea la primera Constitución Local, en ella se estableció que los pueblos con más de dos mil habitantes se gobernarían por un Ayuntamiento conformado por un alcalde, tres regidores y un síndico.⁸

Con el inicio y la consumación de la Guerra de Independencia, el siglo XIX estuvo lleno de conflictos entre conservadores y liberales con cambios importantes para el nuevo México. No obstante, dichos cambios estaban orientados a la estructuración de la federación dejando a un lado lo referente a los estados y municipios. Cuando todo parecía estabilizarse, en 1910 inicia la lucha revolucionaria, trayendo consigo nuevamente conflictos y cambios sociales políticos.

Por ello, los cambios significativos referente a territorio y municipios surge hasta el año de 1950, cuando se expide la sexta Constitución Política del Estado de Chihuahua, en la que se establece el principio del Municipio Libre (artículos 125 al 142); una división de 67 municipios (artículo 125, reformado en 2007 y 2017), donde se establecen la administración municipal bajo la figura de Ayuntamientos, respetan-

⁷ INAFED. Instituto Nacional para el Federalismo y el Desarrollo Municipal, op. cit.

⁸ Ibidem.

do la elección de cargos de manera popular y directa según el principio de mayoría relativa, el número de regidores por representación proporcional durando en el cargo 3 años (artículo 126, reformado en 2015 y 2017).

De acuerdo con datos de 2020 del Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), México cuenta con 32 entidades federativas y un total de 2,469 municipios. En lo que respecta al estado de Chihuahua, este ocupa el lugar 11 a nivel nacional en número de habitantes y lugar 12 con 67 municipios. Según información del INEGI (2015), Chihuahua cuenta con 3 556 574 habitantes, siendo sus municipios más poblados: Juárez con el 37.09%; Chihuahua con el 24.68%; Cuauhtémoc con el 4.73%; Delicias con el 4.16%; e Hidalgo del Parral con el 3.07%.

Conforme a la legislación del estado de Chihuahua cada municipio es gobernado por un ayuntamiento, estos están compuestos por un Presidente Municipal, la Sindicatura y un número variado de regidores, que pueden ser desde cinco hasta veinte, según el tamaño de la población. Los regidores son elegidos por medio de una planilla que acompañan la candidatura del Presidente Municipal; el ganador, además de ser electo, obtiene el número de regidores inscritos en la planilla, más los que se asignen de manera proporcional.

Dado lo anterior se desprende que esta investigación pretende, desde un punto de vista académico, analizar la cultura política de la ciudadanía y las elites políticas locales que permitan identificar el sistema de elección de regidurías más conveniente democráticamente para la conformación de los ayuntamientos en el estado de Chihuahua, siendo sus resultados la base para futuras investigaciones en este sentido.

IV. CONTEXTO ACTUAL DE LAS REGIDURÍAS

Como ya se observó, el artículo 115 no es claro en la obligación que tienen las entidades federativas hacia la imposición de la estructura democrática para la elección de las personas que se ostentarán como regidores, en esta tesitura es dable señalar lo establecido en el precepto referido, siendo:

Cada Municipio será gobernado *por un Ayuntamiento de elección popular directa*, integrado por un *Presidente Municipal* y el número de regidores y síndicos que la ley determine. La competencia que esta Constitución otorga al gobierno municipal se ejercerá por el Ayuntamiento de manera exclusiva y no habrá autoridad intermedia alguna entre este y el gobierno del Estado.” (énfasis añadido)

Es indudable que la máxima norma del Estado mexicano establece tres ideas, primera, el municipio será gobernado por un ayuntamiento, segunda, el ayuntamiento será integrado por un Presidente Municipal y el número de regidores y síndicos que la ley determine, tercera, lo anterior será por medio de elección popular directa. Al respecto el Reglamento Interior del Honorable Ayuntamiento del Municipio de Juárez reconoce en su artículo 6 que: “el Municipio será gobernado por un Ayuntamiento de elección popular directa, que es el órgano máximo de gobierno a través del cual el pueblo del municipio realiza su voluntad política y la gestión de los intereses de la comunidad...”

En este sentido, se hace énfasis en que el reglamento interior del ayuntamiento estipula la obligatoriedad de una elección popular directa de los miembros del ayuntamiento. Sin embargo, el mismo reglamento interior, violenta dicho principio con una contradicción al mencionar en su artículo 7 que

los ayuntamientos se integran por un presidente, un síndico, once regidores electos por principio de mayoría relativa y hasta nueve por el principio de representación proporcional. Es evidente que si bien, en el artículo 6 del reglamento interior, se acepta la obligatoriedad y la importancia que establece la constitución de respetar y hacer valer el derecho político al dar la facultad a la ciudadanía a elegir de manera directa a los miembros del ayuntamiento, el artículo 7 rompe de tajo esa facultad política ciudadana y la entrega a los partidos políticos, para que, a manera de planilla sean ellos los que se beneficien con los principios de mayoría relativa y representación proporcional, colocando en las regidurías a personas que beneficien los intereses partidistas y no los de la ciudadanía.

Por lo anterior, es claro que la figura del regidor no es poco importante. Al ser una de las máximas autoridades en el municipio se vuelven relevantes las acciones u omisiones que estos realizan dentro de sus asignaciones y facultades. El mismo reglamento antes mencionado enlista las facultades de los regidores, dentro de las que destacan:

- Vigilar el ramo de la Administración que les sea encomendado por el Ayuntamiento.
- Informar al Cabildo y a los directores generales de las diversas dependencias sobre cualquier deficiencia que notaren en los diferentes ramos de la Administración y proponer las medidas convenientes para enmendarlas.
- Tomar parte en las discusiones con voz y voto en las sesiones de Cabildo y participar en las discusiones de las reuniones previas.
- Proponer al Ayuntamiento iniciativas de ley para su aprobación y envío al Congreso del Estado y así mismo proponer iniciativas de acuerdos y reglamentos municipales.

- Requerir informes a los diversos titulares de la Administración por escrito, quienes deberán dar contestación a las solicitudes en un plazo no mayor de veinte días hábiles de conformidad con el Código.

Ahora bien, es oportuno mencionar que actualmente en México únicamente las entidades federativas de Nayarit y Guerrero son las precursoras en la implementación de un sistema donde los regidores son elegidos por voto directo y demarcación territorial, es decir, las únicas que dan fiel cumplimiento al precepto constitucional.

En esta tesitura, es dable señalar que uno de los deberes que se plasma en el primero constitucional es la obligación de las autoridades gubernamentales en interpretar la norma maximizando derechos humanos, en este caso, para robustecer o maximizar los derechos políticos de la ciudadanía -en este caso el derecho al voto- es oportuno una interpretación en la que se promueva la elección directa de tan importantes cargos: regidurías.

Por otra parte, son 30 entidades federativas y más de 2000 municipios los que aún permanecen incumpliendo con el dispositivo constitucional al promover democracia indirecta en la elección de regidurías, es ahí donde se encuentra el estado de Chihuahua, que si bien, se han hecho algunas propuestas legislativas, estas han carecido de un respaldo de estudios previos que sustenten, desde una perspectiva social, política y normativa, la implementación de dicho sistema. Sin embargo, se pueden señalar dos acontecimientos: el primero, desde el año 2017, alrededor de 75 agrupaciones ciudadanas del estado de Chihuahua, organizados bajo un proyecto llamado “RegidorMX”,⁹ han impulsado iniciativa ciudadana para realizar modificaciones legislativas buscando la elección individual y directa de regidores.

⁹ Regidor MX. #YoElijoRegidor. 2020. <https://regidor.mx/yoelijo/>.

El segundo, en junio de 2020, en un sentido similar, el exgobernador del Estado de Chihuahua, Javier Corral Jurado, envió al Congreso del Estado una iniciativa de decreto donde se solidariza con el proyecto de “RegidorMX”, para que los regidores de los ayuntamientos sean elegidos bajo un sufragio directo.¹⁰ Sin embargo, ninguna de las dos propuestas ha logrado tener resultados efectivos.

En este sentido, es importante reiterar que el municipio representa el primer contacto del ciudadano con el gobierno, es aquí donde se integra una relación estrecha entre los gobernantes y gobernados, por ello, resulta trascendente, determinar si la implementación de un sistema por votación directa para la elección de regidores de los ayuntamientos en el estado de Chihuahua implicaría un fortalecimiento de la democracia en los procesos electorales de los ayuntamientos; y cuyos resultados sean la base para futuras investigaciones en este sentido.

De acuerdo con el artículo 13 de la Ley Electoral del Estado de Chihuahua (2015) cada tres años se celebran elecciones para elegir 67 presidencias y sindicaturas municipales, donde también se renuevan 714 puestos de regidores, entre ellos Juárez y Chihuahua con 20 regidores, Camargo, Hidalgo del Parral, Cuauhtémoc, Delicias y Nuevo Casas Grandes con 16 regidores, y López con 5 regidores, todos ellos seleccionados sin la intervención del voto ciudadano. Por lo anterior, resulta importante conocer el razonamiento de los ciudadanos y la clase política respecto a la forma de elegir las regidurías.

¹⁰ Corral Jurado, Javier. «Congreso de Chihuahua.» 08 de Junio de 2020. <http://www.congresochihuahua.gob.mx/biblioteca/iniciativas/index.php#resultados> (último acceso: Enero de 2021).

V. SISTEMA DEMOCRÁTICO

Siempre que se habla de democracia suele mencionarse la definición postulada por Herodoto en la Grecia antigua, donde “Kratos” significa poder y “demos” pueblo, la combinación de ambas palabras se traduce en “poder del pueblo”. Sin duda alguna las aportaciones sobre democracia que hicieron los filósofos greco-latinos como Platón, Aristóteles, Polibio y Cicerón, por mencionar algunos, han sido dignas de estudio y réplica. Actualmente, la evolución del concepto no solo atiende a una cuestión etimológica, sino histórica y estructural; afirmar que la democracia de la que hablaban los filósofos greco-latinos es la misma que la democracia moderna sería una barbarie; ya lo afirmaba Giovanni Sartori (1991) cuando dice que “la democracia de los modernos no es más la de los antiguos [...] la democracia de los antiguos es relativamente simple, el discurso sobre la democracia de los modernos es complejo”.

De un modo similar, el profesor Robert Dahl (2004), daba crédito a las civilizaciones griegas y romanas por sus aportaciones en los estudios de los gobiernos populares, cuyas filosofías sirvieron de base para la creación de los modernos gobiernos democráticos de los Estados Unidos y países del norte de Europa, no fueron así sus instituciones políticas. Es por lo que, para esta investigación, resulta importante definir la democracia desde una perspectiva actualizada, pues la democracia original, la democracia de la antigua Grecia y Roma no encuadra en la problematización de la presente investigación.

Por ello, debemos entender que el concepto de democracia que recae perfectamente es el de democracia liberal, definiéndola como “un sistema político basado en el poder popular, en el sentido que la titularidad del poder pertene-

ce al *demos*, en tanto que el ejercicio del poder se encuentra en manos de representantes elegidos periódicamente por el pueblo”,¹¹ mediante el ejercicio del voto.

Dentro de la concepción de la democracia liberal resulta relevante mencionar que esta “es representativa y supone, como condición necesaria [...] la controlabilidad del poder”.¹² Desde esta perspectiva el principio de la legitimidad democrática cobra importancia, pues esta “se basa en un consentimiento verificado (no presunto) de los ciudadanos”.¹³

Para que una democracia sea libre y representativa se debe garantizar que “los ciudadanos pueden participar en elecciones tanto en calidad de votantes como de candidatos”.¹⁴ Así pues, no se puede ser selectivo y consentir que únicamente en elecciones federales y locales se apliquen estas características, ya que también deben garantizarse en las elecciones municipales, específicamente en la elección de las regidurías. Continuar con el actual sistema de selección hecho por los mismos partidos políticos podría caer en un deterioro de la democracia pues “los partidos degeneran fácilmente en centros de exceso de poder, de colonización, de invasión parasitaria y de corrupción”.¹⁵

Si bien es cierto que en un sistema democrático representativo no se puede prescindir de la existencia de los partidos políticos, debe existir un control de su ejercicio evitando así

¹¹ Sartori, Giovanni. 1991. <http://www7.uc.cl/icp/revista/pdf/rev1312/ar6.pdf> (último acceso: marzo de 2021).

¹² Ibidem.

¹³ Sartori, Giovanni. *¿Qué es la democracia?* México: Editorial Patria, 1993.

¹⁴ Dahl, Robert. «Encyclopaedia Britannica.» Diciembre de 2004. <https://dedona.files.wordpress.com/2014/02/dahl-postdata1.pdf> (último acceso: marzo de 2021).

¹⁵ Sartori, Giovanni. 1991. <http://www7.uc.cl/icp/revista/pdf/rev1312/ar6.pdf> (último acceso: marzo de 2021).

el exceso de facultades, como la selección interna de candidatos a formar las regidurías. Dado lo anterior, se hace imprescindible incluir en la elección de regidurías el elemento de la competencia. De acuerdo con Joseph Alois Schumpeter en su teoría competitiva de la democracia, “el método democrático es aquella instancia institucional para llegar a decisiones políticas en el cual algunas personas adquieran el poder de decidir mediante la lucha competitiva por el voto popular” (citado en Sartori, 1991).

Ahora bien, el estudio de los sistemas electorales puede simplificarse mediante la clasificación hecha por Dieter Nohlen (1995), la cual se resume en dos sistemas: el de representación mayoritaria (ya sea relativa o absoluta), y el de representación proporcional. El primero se define como el sistema donde “la asignación de escaños depende de que un candidato o un partido obtenga la mayoría de los votos requerida”; y el segundo como el sistema donde “la asignación de escaños depende de la proporción de votos obtenidos por los diferentes candidatos o partidos”.¹⁶

Con respecto a los sistemas electorales municipales, Nohlen menciona que estos pueden ser de elección directa, es decir, una elección donde el electorado se involucra en la elección de sus representantes; o puede ser indirecta donde prevalece un sistema de listas cerradas y bloqueadas, quitando al ciudadano la oportunidad de elegir a sus representantes.

En complemento a la clasificación hecha por Nohlen, el profesor de la Universidad de Sevilla, Manuel Carrasco Durán (2018), menciona que las listas electorales pueden ser: desbloqueadas, abiertas, flexibles, bloqueadas y cerradas.

El actual sistema de selección de regidurías en el estado

¹⁶ Nohlen, Dieter. *Elecciones y Sistemas Electorales*. Tercera Edición. Venezuela: Nueva Sociedad, 1995.

de Chihuahua es por medio de planillas en conjunto con el candidato a la presidencia municipal, por ello resulta importante encuadrar este sistema en el de listas bloqueadas y cerradas ya que se tiende a “depositar en los cuadros dirigentes de los partidos, ya fuera a escala nacional o local, el control sobre la designación de los candidatos que se integrarían en las listas electorales y sobre el orden en el cual aparecerían en dichas listas” (Presno Linero. Citado en Durán 2018).

VI. DERECHO POLÍTICO

Para comprender a las personas facultadas para influir en el quehacer del Estado, es indispensable señalar a la ciudadanía, concepto que se ha ido modificando, dependiendo de cada época; es decir, lo que se entiende por ciudadanía en la actualidad no se entendía así en la antigüedad. Si bien, tiene sus primeros usos en la Grecia antigua, cuando Aristóteles la utilizó en su libro *La Política*, al referirse a los ciudadanos como aquellos que participan en la justicia y en el gobierno. Al respecto, Carlos Fayt (1993) señala que en la Grecia antigua “el ciudadano es tal en cuanto *polites*, en la medida que participa activamente de la vida de las polis [...] el ciudadano goza de libertad y esta no tiene otro sentido que el cumplimiento de los deberes políticos”. En la época romana, la figura del ciudadano, más allá de la libertad y la política, se relaciona con la ley y las instituciones estatales, pues “poseer la ciudadanía plena implicaba tener los más amplios derechos entre los que se destacaban poder ocuparse de la res pública [...] solo los ciudadanos plenos podían desempeñar cargos públicos políticos o religiosos”.¹⁷

¹⁷ Perissé, Agustín Horacio. «La ciudadanía como construcción histórico-social y sus transformaciones en la Argentina contemporánea.» *Nómaditas. Critical Journal of Social and Juridical Sciences*, 2010.

Con el surgimiento del liberalismo, autores como John Locke, Immanuel Kant, Charles Louis Secondat (Montesquieu), Jean Jacques Rousseau, entre otros, surgen las bases del ciudadano contemporáneo, entendiéndose este concepto como aquellos que “ejercen los cargos públicos que le confieran autoridad; siempre buscando favorecer los intereses de la comunidad y promueven la prosperidad de su país”. (Macy, 1867).

El concepto moderno de ciudadanía tiene su esplendor en el siglo XX, época marcada por las guerras mundiales, crisis económicas como la de 1929, el surgimiento del fascismo, el Estado socialista en la URSS, el Estado de Bienestar de Estados Unidos y Reino Unido. En 1949, Thomas H. Marshall explica que la ciudadanía se desarrolla por “un proceso de adquisición de derechos por el cual [...] primero se habrían adquirido los derechos civiles, luego los derechos políticos y el siglo XX sería la etapa de ampliación de la ciudadanía hacia los derechos sociales”.

Por ende, define a la ciudadanía como “una condición otorgada a aquellos que son miembros plenos de una comunidad. Todos los que poseen la condición son iguales con respecto a los derechos y deberes de que está dotada esa condición” (citado en Perissé, 2010). Actualmente el concepto de ciudadanía se desenvuelve entre tres modelos: el liberal, republicano y comunitarista, donde:

el modelo liberal apenas confiere a la ciudadanía la posibilidad de reivindicarse cuando se produce cualquier tipo de conflictos con las instituciones estatales; el ciudadano republicano no solo protesta, sino que puede ser el artífice de propuestas y transformaciones, lo cual viene a significar que la práctica de la ciudadanía no se limita al mero ejercicio de derechos y deberes, sino que constituye en

un poder para participar en la propia acción del Estado en relación a los derechos y deberes. En contraste con el comunitarismo que eleva la participación ciudadana al nivel de bien ético-político supremo, el republicanismo le otorga a la libertad individual tanta importancia como a la participación política (Rodríguez, 2013. Citado en García Escribano, 2018).

Ahora bien, es importante señalar que en el artículo 34 de la Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos expresa quienes cuentan con las condiciones para ser facultades para el ejercicio político del sufragar, derecho tutelado en la fracción primera del artículo 35 de la ley antes citada. En esta tesitura, si bien la expresión normativa contiene poca claridad sobre el derecho al voto, se pueden señalar diversos criterios internacionales en dicha materia, siendo por lo menos tres referentes que se tienen que tomar en cuenta para maximizar dicho derecho humano.

El primero de ellos, se observa en el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que señala con puntualidad:

1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: [...] de votar [...] en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, [...]
2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.

Segundo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos amplía normativamente la prerrogativa del voto en su artículo 25 al señalar que:

Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de la distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades: [...] b. Votar... en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores; [...]

Tercero y seguramente más importante, la resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que en el año de 2005 -23 de junio- suscribe una resolución comúnmente reconocida como el caso Yatama contra Nicaragua, en el que se expone dentro de su apartado 198 lo siguiente:

Los ciudadanos tienen el derecho de participar en la dirección de los asuntos públicos por medio de representantes libremente elegidos. El derecho al voto es uno de los elementos esenciales para la existencia de la democracia y una de las formas en que los ciudadanos ejercen el derecho a la participación política. Este derecho implica que los ciudadanos puedan elegir libremente y en condiciones de igualdad a quienes los representarán.

Lo anterior, sin duda permite observar la potencia del derecho al voto, no solo como una expresión indirecta de la voluntad sino como la obligación de los Estados al permitir que la ciudadanía exprese su decisión política de manera directa y con la particularidad de diferenciar esta en cada uno de los cargos públicos que se coloquen en la palestra electoral, por ende, el voto directo en la elección de regidurías es un deber

que debe considerarse como una de las formas para respetar el derecho político del voto.

CONCLUSIONES

En conclusión, se logró especificar la distinción entre el municipio y el ayuntamiento, el primero entendido como esa organización política que se crea por las relaciones e intereses de la población que reside en el territorio; mientras que el segundo se entiende como el grupo de poder conformado para gobernar el municipio cuyo fin principal es satisfacer las necesidades de la comunidad municipal.

La historia del municipio, tanto en México como en el estado de Chihuahua, nos revela la importancia que este ha tenido en el desarrollo y evolución del país. Incluso es notorio que la conformación de este se da antes de la creación de la república y la federación, sistema político que actual rige en México. En este sentido, se debe entender que el arraigo de los pueblos hacia los municipios tiene su relevancia en la historia misma del país, siendo este uno de los primeros nichos de donde surgen los derechos civiles y políticos.

Con respecto al contexto actual de las regidurías, se hace énfasis en que el artículo 115 constitucional especifica que los ayuntamientos deberán ser elegidos por elección popular directa. Solo dos entidades federativas han tomado la iniciativa de hacer el cambio en su legislación local permitiendo que los ciudadanos puedan elegir a los regidores que serán parte del municipio, las demás entidades federativas, entre ellas la de Chihuahua, si bien reconocen el precepto constitucional no han hecho las modificaciones pertinentes para garantizar elecciones directas en lo que a los municipios respecta. Incluso se refiere la contradicción que señala el Re-

glamento Interno del Ayuntamiento de Juárez al mencionar el principio de la elección directa, pero posteriormente, implementa la elección bajo los principios de mayoría relativa y representación proporcional.

En este sentido, resulta evidente que el actual sistema de elección de regidores vulnera los derechos políticos de los ciudadanos y los principios democráticos, dado que, dentro de un sistema político basado en democracia, el pueblo debe tener el poder de seleccionar quienes serán sus representantes, en cualquier nivel de gobierno, con mayor razón en los ayuntamientos, ya que estos son el primer contacto de la población con la estructura del Estado.

BIBLIOGRAFÍA

Alonso, Jesús Alberto Rodríguez, y Sergio Pacheco González. “Ciudadanía y participación en Chihuahua.” En *Ciudadanía y Participación. Una mirada desde lo local: Chihuahua, Estado de México, Hidalgo, Oaxaca y Sinaloa*, de Nelly Rosa Caro Luján y Jesús Alberto Rodríguez Alonso. Zinacatepec: El Colegio Mexiquense, A.C., 2018.

Chaparro Medina, Israel. “Biblioteca Jurídica Virtual.” s.f. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/13/6215/1.pdf> (último acceso: 02 de febrero de 2021).

Congreso Extraordinario Constituyente. *Constitución Política de la República Mexicana*. 1857.

Córdova Vianello, Lorenzo. “Balance y desafíos del Sistema Nacional de Elecciones: a tres años de la Reforma 2014”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 2017: 109-134.

- Corral Jurado, Javier. “Congreso de Chihuahua.” 08 de Junio de 2020. <http://www.congresochihuahua.gob.mx/biblioteca/iniciativas/index.php#resultados> (último acceso: Enero de 2021).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. “Caso Yatama. Nicaragua.” Resolución, 2003.
- Dahl, Robert. “Encyclopaedia Britannica.” Diciembre de 2004. <https://dedona.files.wordpress.com/2014/02/dahl-postdata1.pdf> (último acceso: marzo de 2021).
- Derechos Humanos de las Naciones Unidas. *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. 1966.
- Durán, Manuel Carrasco. “Las listas electorales desde una perspectiva de derecho comparado.” *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, Diciembre 2018.
- Fernández Ruiz, Jorge. *Las elecciones municipales*. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación., 2010.
- H. Ayuntamiento del Municipio de Juárez, Estado de Chihuahua. Reglamento Interior del Honorable Ayuntamiento del Municipio de Juárez, Estado de Chihuahua. 2017.
- H. Congreso de la Unión. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. 1917.
- H. Congreso del Estado de Chihuahua. Código Municipal para el Estado de Chihuahua. 1995.
- H. Congreso del Estado de Chihuahua. Constitución Política del Estado de Chihuahua. 1950.
- H. Congreso del Estado de Chihuahua. Ley Electoral del Estado de Chihuahua. 2015.
- Hernández, Alberto Vega. “Derecho electoral municipal, los

cargos de elección popular directa.” *Revista Justicia Electoral*, 2018: 89-119.

INAFED. *Instituto Nacional para el Federalismo y el Desarrollo Municipal*. 2020. <https://www.gob.mx/inafed/articulos/501-anos-de-la-fundacion-la-villa-rica-de-la-vera-cruz> (último acceso: 02 de febrero de 2021).

Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI). 2020. <http://www.cuentame.inegi.org.mx/monografias/informacion/chih/poblacion/default.aspx?tema=-me&e=08> (último acceso: 3 de febrero de 2021).

Marshall Barberán, Pablo. «Elecciones representativas y legitimidad democrática: una mirada desde las concepciones normativas de la democracia.» *Revista de derecho (Valdivia)*, 2017: 275-299.

Martínez Gil, Pablo. «El municipio, la ciudad y el urbanismo.» En *Régimen Jurídico del Urbanismo*, de Jorge Fernández Ruiz, Germán Cisneros Farías y Filiberto (Coordinadores) Otero Salas, 199 - 224. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2009.

Nohlen, Dieter. *Elecciones y Sistemas Electorales*. Tercera Edición . Venezuela: Nueva Sociedad, 1995.

OEA, (Organización de los Estados Americanos). *Convención Americana sobre los Derechos Humanos (Pacto de San José)*. San José, Costa Rica, 1969.

Pasquino, Gianfranco. *Nuovo corso di scienza politica*. Traducido por Clara Ferri. México: Fondo de la Cultura Económica, 1997.

Pérez Durán, Ixchel. «Efectos del diseño electoral municipal en la formación y en el ejercicio del poder en México.» *Gestión y política pública*, 2008: 381-423.

- Perissé, Agustín Horacio. “La ciudadanía como construcción histórico-social y sus transformaciones en la Argentina contemporánea”. *Nómadas. Critical Journal of Social and Juridical Sciences*, 2010.
- Regidor MX. #YoElijoRegidor. 2020. <https://regidor.mx/yoelijo/>.
- Robin, Silvia, y Aberto Ford. *Representación y participación democrática en los espacios locales*. Rosario: Ediciones DelRevés, 2013.
- Rosanvallon, Pierre. *Le peuple introuvable. Histoire de la représentation démocratique en France*. Traducido por Ana García Bergua. México: Gallimard, 1998.
- Sartori, Giovanni. *¿Qué es la democracia?* México: Editorial Patria, 1993.
- _____. 1991. <http://www7.uc.cl/icp/revista/pdf/rev1312/ar6.pdf> (último acceso: marzo de 2021).
- Sobrino, Jaime. “Elecciones municipales en el Estado de México: un análisis del contexto local”. *Economía, Sociedad y Territorio*, 1988: 547-595.
- Valencia Carmona, Salvador. *El municipio mexicano: génesis, evolución y perspectivas contemporáneas*. Ciudad de México: Biblioteca Constitucional, 2016.
- Vallarta Plata, José Guillermo. “El municipio en México”. En *Federalismo y regionalismo*, de José María Serna de la Garza (Coordinador), 549-573. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016.

SISTEMA NACIONAL DE COORDINACIÓN FISCAL EN EL DERECHO COMPARADO

GABRIEL ALEJANDRO IBARRA TORRES*

RESUMEN

El Sistema Nacional de Coordinación Fiscal fue la solución que implementó México para solucionar un problema de federalismo que originó el texto de la Constitución de 1917. Este problema consiste en la forma en que los distintos órdenes de gobierno en los Estados federales se distribuyen los tributos. México optó por una solución que pone énfasis político en el gobierno central, con sus respectivas ventajas y desventajas, por lo cual es conveniente analizar las soluciones implementadas por otros Estados federales: en este caso, Estados Unidos y Canadá, con tal de identificar si algunos elementos de sus sistemas podrían orientar el mejoramiento del sistema mexicano.

PALABRAS CLAVE: México, Estados Unidos, Canadá, federalismo fiscal, coordinación fiscal.

* Licenciado en Derecho por la Facultad de Derecho Mexicali UABC, con Especialidad en Derecho, con Énfasis en Derecho Fiscal y Administrativo por la Facultad de Derecho Mexicali UABC, México, egresado de Maestría en Ciencias Jurídicas por la misma institución educativa.

ABSTRACT

The National System of Fiscal Coordination was the solution Mexico implemented to solve a problem of federalism which originated in the 1917 Constitution. This problem consists in the way the different orders of government would distribute taxes amongst each other. Mexico opted for a solution which gives political emphasis on the central government, with the advantages and disadvantages it pertains, which is why it's convenient to analyze the solutions implemented by other federal States: in this case, the United States and Canada, in order to identify if any elements from their systems could guide the betterment of the Mexican system.

KEYWORDS: Mexico, United States, Canada, fiscal federalism, fiscal coordination.

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo es uno de los productos de una investigación que se llevó a cabo como parte del programa de Maestría en Ciencias Jurídicas en la Facultad de Derecho Mexicali de la Universidad Autónoma de Baja California, en la línea de derecho constitucional y fiscal-administrativo. El objetivo de la investigación fue exponer las bases doctrinales de la teoría del federalismo que se ha implementado en el derecho constitucional mexicano, particularmente en lo que respecta las relaciones hacendarias entre los órdenes de gobierno, así como el régimen jurídico mediante el cual se ejecutan estas relaciones, cuyas condiciones fundamentales se encuentran en el derecho constitucional positivo. El pre-

sente ensayo extrae del trabajo principal la porción relativa al derecho comparado, en la que se estudió la manera en que se lleva a cabo la coordinación fiscal en Estados federales con sistemas hacendarios reconocidamente eficientes, al menos en comparación con otros sistemas federales.

El Sistema Nacional de Coordinación Fiscal (SNCF) fue la solución que México dio a una crisis de federalismo hacendario que afrontó de manera particular con la implementación de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917. En lo relativo al “reparto de competencias entre los órganos de la federación y los locales”,¹ la Constitución de 1917 no delimitó de manera exhaustiva las competencias que tendría la Federación y las entidades federativas en cuanto al establecimiento y cobro de contribuciones, ni se estableció qué porcentaje de la carga impositiva sobre los mexicanos debe ser captada por el gobierno nacional y cuánto por los estados.² Como consecuencia, en los años posteriores a la estabilización del país después de la Revolución, surgieron conflictos de competencia sobre la imposición de distintos impuestos, los cuales preponderantemente fueron resueltos en favor de la Federación, como parte de una tendencia general centralizadora del sistema jurídico-político en México.³

Naturalmente, la situación de incertidumbre y superposición de gravámenes federales, estatales y municipales⁴ cau-

¹ Serrano Migallón, Fernando y Brito Melgarejo, Rodrigo, *Teoría de la constitución*. México, Editorial Porrúa, 2015, p. 187.

² Barceló Rojas, Daniel A., *Teoría del federalismo y del derecho constitucional estatal mexicano*. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2016, pp. 67-68, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4165/14.pdf>, consultado el 02/08/2021.

³ Valadés, Diego, *La constitución y la realidad*, México. Editorial Porrúa, 2016, p. 29.

⁴ Arechederra Mustre, Fernando K., “Errores estadísticos en la Ley de

só descontento en las entidades federativas, por lo cual, se convocaron una serie de Convenciones Nacionales Fiscales “que trataron de concertar entre los gobiernos estatales, municipales y federal los problemas de concurrencia fiscal, así como los apoyos a las entidades más necesitadas de recursos públicos”.⁵ Sin embargo, contrario a lo deseado, de acuerdo con el mismo Moreno Ayala, posterior a las convenciones se generó “una centralización de los recursos públicos en las arcas del Gobierno federal, mientras que los gobiernos locales vieron disminuidas sus atribuciones soberanas en materia de recaudación de ingresos”, mediante la implementación del SNCF, mediante el cual la Federación absorbería la recaudación de ciertas contribuciones a fin de que las entidades participaran en una porción de estas.

II. SISTEMA DE COORDINACIÓN FISCAL MEXICANO

En el Estado mexicano, la distribución de facultades entre los órdenes de gobierno se ha llevado a cabo mediante un sistema de competencias residuales en favor de los estados federados, en el que se parte del supuesto de que la federación mexicana nació de un pacto entre Estados preexistentes, que delegaron ciertas facultades en el poder central y se reservaban las restantes.⁶ De este modo, la constitución

coordinación fiscal de México: una nota”, *Estudios Económicos (México, D.F.)*, México, vol. 32, núm. 2, jul./dic. 2017, <http://bit.ly/33gHQPY>, consultado el 02/08/2021.

⁵ Moreno Ayala, José Gerardo, “Los orígenes contemporáneos del centralismo fiscal en las relaciones intergubernamentales en México (1970-1990)”, *Revista Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Militar Nueva Granada*, Bogotá, vol. 23, núm. 2, jul./dic. 2015, <https://revistas.unimilitar.edu.co/index.php/rfce/article/view/1615>, consultado el 20/05/2021.

⁶ Felipe Tena Ramírez, *Derecho constitucional mexicano*, 40ª ed., Mé-

mexicana enuncia expresamente los poderes que componen la esfera de competencia de la federación, principalmente en su artículo 73, bajo el entendido de que los poderes “residuales”, es decir, el resto, pertenecen a los estados federados, según el artículo 124.

En materia hacendaria, si bien el criterio residual para la distribución de facultades constitucionales pudiera indicar que los estados deben tener una amplia serie de facultades dentro de su competencia, la realidad es que existe una tendencia centralizadora en México, de la que no se escapa la materia tributaria, como es común a todos los federalismos del mundo, pretendidamente para el sostenimiento tanto del gobierno nacional como los locales.⁷ Esto se debe en gran parte a una deficiencia técnica en la distribución de competencias entre los órdenes de gobierno federal y estatal. Narra Moreno Ayala que:

México se caracteriza constitucionalmente como un país federal. Sin embargo, desde la Constitución de 1857 la delimitación de las bases fiscales de esa forma de gobierno fue débil. Con la Constitución de 1917 tampoco se resolvió cabalmente el problema, pues si bien se definieron algunos rubros impositivos como propios del Gobierno federal, muchos otros no fueron asignados en exclusividad a algún ámbito de gobierno, por lo que se generó el problema de la múltiple tributación.⁸

Entonces, al no señalarse el porcentaje de la carga impositiva sobre los mexicanos que debe ser captada por el gobierno federal y por las entidades federativas u otorgar las bases

xico, Editorial Porrúa, 2011, p. 113.

⁷ Barceló Rojas, Daniel A., op. cit.

⁸ Moreno Ayala, José Gerardo, op. cit.

para fijarlo, la Constitución asumió que esa distribución será racionalmente considerada por los legisladores federales que –supuestamente por efecto del sistema electoral, el federalismo, anclado en los estados como circunscripción territorial electoral– serán igualmente sensibles a la distribución territorial del presupuesto, lo cual vale decir que la Constitución asume que el incentivo de los legisladores que mana del sistema electoral hará que éstos y el Presidente de la República sean simultáneamente leales a los intereses de los estados y de la Federación,⁹ lo cual no ha sido el caso en la práctica, sino que se ha concentrado los poderes fiscales cada vez más en la federación, mediante el establecimiento de un sistema de coordinación que tuvo como finalidad resolver los problemas resultantes de las facultades concurrentes en materia fiscal.

Este sistema de coordinación fiscal, que entró formalmente en vigor con la Ley de Coordinación Fiscal (LCF) de 1980, consistió y consiste básicamente en que la Federación y los estados pudiesen firmar convenios, por medio de los cuales las entidades federativas se comprometían a limitar sus potestades tributarias a favor de la Federación, de modo que esta absorbería la recaudación de ciertas contribuciones acordadas, y que así las entidades participaran en una porción de estas.¹⁰ Así, las entidades federativas una por una cedieron sus principales fuentes de ingresos tributarios en favor del gobierno federal, creándose en el proceso la Ley de Coordinación Fiscal que tuvo como objeto compensar esa cesión a través del envío de recursos a las entidades federativas que se han denominado Participaciones Federales o Ramo 28, cuyos recursos se obtienen principalmente de lo que se re-

⁹ Barceló Rojas, Daniel A., op. cit.

¹⁰ Serna de la Garza, José María, *Las convenciones nacionales fiscales y el federalismo en México*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2004, p. 23.

cauda por los impuestos de base amplia (ISR, IVA, etc.) y por los tributos del petróleo.¹¹ Con este desarrollo, se dio una centralización de los recursos públicos en la hacienda del gobierno federal, y los gobiernos locales vieron gravemente disminuidas sus atribuciones en materia de recaudación de ingresos.¹² Hoy en día, todos los estados han firmado un convenio de coordinación fiscal con la Federación, teniendo como objeto principal el Impuesto al Valor Agregado (IVA) y el Impuesto sobre la Renta (ISR), los cuales habían pasado al poder de fijación y administración por parte de la Federación, a pesar de que el artículo 73 constitucional no le asigna estos impuestos expresamente.

La esencia del SNCF se encuentra en el artículo 10 de la LCF, que contempla la coordinación fiscal a través de los Convenios de Coordinación Fiscal entre la Federación y las entidades federativas:

Las Entidades que deseen adherirse al Sistema Nacional de Coordinación Fiscal para recibir las participaciones que establezca esta Ley, lo harán mediante convenio que celebren con la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, que deberá ser autorizado o aprobado por su legislatura. También, con autorización de la legislatura podrán dar por terminado el convenio.

La participación en este sistema se rige por la conformación de diversos fondos participables, que Serna de la Garza

¹¹ López Arévalo, Jorge y Mayo Mendoza, Baltazar, “Federalismo Fiscal. Chiapas y Nuevo León: un análisis comparativo”, Economía UNAM, México, vol. 12, núm. 34, ene./abr. 2015, http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1665-952X2015000100007&lang=en, consultado el 02/08/2021.

¹² Moreno Ayala, José Gerardo, op. cit.

explica de la siguiente manera:

Fondo General de Participaciones: compuesto por el 20% de la recaudación federal participable [RFP]. Esta última está definida como la cantidad que obtenga la Federación por todos sus impuestos, así como por los derechos sobre la extracción de petróleo y de minería, disminuidos con el total de las devoluciones por los mismos conceptos.¹³

A este Fondo General de Participaciones (FGP) se le añade un monto equivalente al 80% del impuesto recaudado en 1989 por las entidades federativas, por concepto de las bases especiales de tributación. Dicho monto se actualizará en los términos del artículo 17-A del Código Fiscal de la Federación, y se distribuye conforme al propio artículo 2 de la LCF, que incluya una cierta fórmula que determina los montos correspondientes a cada entidad federativa.

Adicionalmente, existe el Fondo de Fomento Municipal (FFM), que se integra con 1% de la recaudación federal participable, que corresponde a los municipios del país y es distribuido conforme a la fórmula del artículo 2-a, fracción III de la LCF. Los recursos de este fondo no son entregados directamente a los municipios, sino a los gobiernos de los estados, y son estos quienes se encargan de transferirlos a los municipios.¹⁴ Junto con este fondo y el anterior, se encuentran también diversos fondos y bolsas de participaciones establecidas de manera específica en la misma LCF, que son los siguientes: Fondo de Fiscalización y Recaudación; Fondo de Compensación; Fondo de Extracción de Hidrocarburos; Participaciones específicas en el Impuesto Especial sobre

¹³ Serna de la Garza, José María, *op. cit.*, p. 24.

¹⁴ Serna de la Garza, José María, *idem*.

Producción y Servicios; Participaciones en el 0.136% de la Recaudación Federal Participable; Participaciones a Municipios por los que se exportan hidrocarburos; Participaciones a la Venta Final de Gasolinas; Participaciones por el 100% de la Recaudación del ISR que se entere a la Federación, por el Salario del Personal de las Entidades Federativas; Fondo de Compensación del Impuesto Sobre Automóviles Nuevos (e incentivos); Fondo de Compensación de REPECOS e intermedios; y Otros Incentivos derivados de los Convenios de Colaboración Administrativa en Materia Fiscal Federal.

Por otro lado, la LCF prevé distintas transferencias de recursos federales a las entidades federativas llamadas “aportaciones”, que son definidas en el artículo 25 de la misma Ley como “recursos que la Federación transfiere a las haciendas públicas de los Estados, Distrito Federal, y en su caso, de los Municipios, condicionando su gasto a la consecución y cumplimiento de los objetivos que para cada tipo de aportación establece esta Ley”. Los fondos a que se refiere la Ley se encuentran en el mismo artículo, que se encuentran en el Ramo 33 del Presupuesto Federal se trata de: Fondo de Aportaciones para la Nómina Educativa y Gasto Operativo; Fondo de Aportaciones para los Servicios de Salud; Fondo de Aportaciones para la Infraestructura Social; Fondo de Aportaciones para el Fortalecimiento de los Municipios y de las Demarcaciones Territoriales del Distrito Federal (ahora Ciudad de México); Fondo de Aportaciones Múltiples; Fondo de Aportaciones para la Educación Tecnológica y de Adultos; Fondo de Aportaciones para la Seguridad Pública de los Estados y del Distrito Federal; y Fondo de Aportaciones para el Fortalecimiento de las Entidades Federativas.

Automáticamente, observamos aquí una distinción elemental entre ambos tipos de recursos, es decir, entre aquellos provenientes de la RFP y los que provienen de estos fondos

de aportaciones: de acuerdo con el artículo 9 de la LCF, se entiende que las participaciones que correspondan a las entidades federativas y a los municipios son para la libre administración y gasto de los órdenes de gobierno beneficiarios, mientras que los recursos provenientes de los fondos referidos se encuentran condicionados en su gasto, de acuerdo con el artículo 26 y subsiguientes, así como el artículo 48 que establece la obligación de las entidades federativas de informar al Ejecutivo Federal a través de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, sobre el ejercicio y destino de los recursos de los Fondos señalados.

También, aunque no es muy conocido, existe otro sistema de transferencias entre la Federación y los estados a través de otro Ramo del Presupuesto Federal, que es el 23, a través del cual se hacen transferencias a los estados, pero con características diferentes a los recursos provenientes de los Ramos 28 y 33. En el caso de estos, las transferencias siguen una cierta lógica equitativa plasmada en una norma jurídica, mientras que las transferencias del Ramo 23 están destinadas a proyectos especiales de infraestructura social y obras públicas, por lo que su entrega en principio no tiene por qué ser equitativa en algún sentido, sino que basta cumplir con los requisitos fijados por el plan de desarrollo nacional para obtenerlo, todo lo cual, junto con detalles particulares no está todo fijado en alguna norma legal, sino en disposiciones reglamentarias.

Y así, a grandes rasgos, esta es la manera en que opera el SNCF –la coordinación fiscal mexicana–, por lo que ahora corresponde exponer el funcionamiento general de la coordinación fiscal en los países vecinos al norte, que también tiene un sistema federal.

III. SISTEMA DE COORDINACIÓN FISCAL ESTADOUNIDENSE

México y Estados Unidos son países de tradiciones jurídicas distintas: el primero de la tradición romana-germánica-canónica y el segundo de la tradición anglo-sajona de *common law*. A pesar de esta importantísima diferencia que penetra hasta la forma en que las instituciones mismas son formadas, ambos Estados se encuentran unidos por distintas circunstancias históricas no siempre fáciles, así como en otros ámbitos, sin embargo, en lo que compete a esta obra, se puede encontrar un punto de contacto en cuanto que ambos optaron por la adopción del sistema federal como forma de estructurar fundamentalmente la república que gobierna el país.

Aun y así, debe notarse que no solamente porque dos Estados tengan un mismo sistema político estructural fundamental, ello significa que ambos demostrarán patrones similares en ámbitos extrajurídicos tales como el económico, social y cultural. Y, en efecto, la experiencia histórica nos demuestra que México y Estados Unidos tienen resultados importantemente distintos en estos ámbitos. Estas diferencias se deben a múltiples factores que no compete a este trabajo estudiar ni tampoco las pretende explicar. Lo que sí le compete, es analizar es una de las clases de actividades gubernamentales a través de las cuales se trastoca el manejo de recursos públicos que se pueda comparar con México, que es la coordinación fiscal entre los órdenes de gobierno.

Respecto a la distribución de competencias generales a nivel constitucional, en la Constitución estadounidense de 1787, no se previó expresamente demasiado en la materia fiscal, a diferencia de la Constitución mexicana de 1917, que cuenta con algunos principios generales y derechos en la materia. En lo relativo a la distribución de competencias en esta materia entre el gobierno federal y el de los esta-

dos, Estados Unidos parte de la cláusula residual que se encuentra no en su texto original, sino como la décima de las 10 enmiendas adicionadas a la Constitución general: “The powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the States, are reserved to the States respectively, or to the people”.¹⁵

Aunque esta porción del texto constitucional americano no se refiere expresamente a la materia fiscal, sin lugar a dudas representa el punto cardinal de distribución de competencias fiscales entre los órdenes de gobierno federal y estatal en ese país. Entonces, debemos entender a partir de la décima enmienda que todos los poderes tributarios que no han sido reservados para la Federación y que no les han sido prohibidos a los estados, les pertenecen a estos últimos, lo cual sugiere la pregunta: ¿cuáles son los poderes delegados a la Federación por la Constitución en materia fiscal? El Artículo I, Sección 8 de la Constitución de Filadelfia lo establece de manera general de conformidad con lo siguiente:

The Congress shall have Power to lay and collect Taxes, Duties, Imposts and Excises, to pay the Debts and provide for the common Defence and general Welfare of the United States; but all Duties, Imposts and Excises shall be uniform throughout the United States.¹⁶

¹⁵ Los poderes que no han sido delegados a los Estados Unidos por parte de la Constitución y que tampoco han sido prohibidos a los estados, están reservados a los estados respectivamente, o al pueblo (Traducción propia), Constitution of the United States, 1787, Philadelphia.

¹⁶ El Congreso tendrá poder para establecer y recaudar contribuciones, derechos, impuestos y consumos; para pagar las deudas y proveer a la defensa común y bienestar general de los Estados Unidos; pero todos los derechos, impuestos y consumos serán uniformes en todos los Estados Unidos (Traducción propia), idem.

En el caso mexicano, hay una ligera variación textual en el artículo 73 constitucional, que le otorga al Congreso (a la Federación) la potestad de imponer y cobrar contribuciones “para cubrir el Presupuesto”. En el caso estadounidense, el texto no parece expresar límite alguno para la potestad tributaria del Congreso, sin embargo, en el mexicano sí existió controversia sobre si la frase “para cubrir el Presupuesto” limitaba la potestad tributaria del Congreso mexicano únicamente para imponer las contribuciones que la Constitución delegaba al propio Congreso, texto que fue interpretado por la Suprema Corte aludiendo al modelo que adoptó Estados Unidos al redactarse esta facultad del Congreso, y razonando que así también hay que asumir que los Constituyentes mexicanos se motivaron de las mismas razones que aquel país para redactar de esta manera. De esta manera, los que optan por esta interpretación refieren al periódico *The Federalist* (El Federalista), en el que expresamente se narra que en la Convención de Filadelfia, que se reunió para redactar la Constitución estadounidense, se optó por un sistema tributario de “conurrencia”, es decir, uno en el que deliberadamente no se precisan los límites impositivos de los órdenes de gobierno, debido a las necesidades que de antemano deben considerarse ilimitadas y por ello, también las facultades para obtener los medios (tributarios) para satisfacerlas.¹⁷

De manera similar al sistema mexicano, la concurrencia fiscal prevista originariamente en la Constitución de Estados Unidos, produce una situación constitucional en la que dos órdenes de gobierno cuentan con facultades para regular una misma materia, sin que, en principio, ninguna de las dos

¹⁷ Instituto de Investigaciones Legislativas del Senado de la República, *El federalismo fiscal en México*, 2001, pp. 21-22, http://bibliodigitalibd.senado.gob.mx/bitstream/handle/123456789/1731/Federalismo_Fiscal.pdf?sequence=1&isAllowed=y, consultado el 02/08/2021.

se imponga sobre la otra. En la práctica, esto representa para los gobernados la amenaza de la doble tributación por parte de diferentes órdenes de gobierno. A pesar de esta situación, los estadounidenses resolvieron el problema de facultades concurrentes con la practicidad que les caracteriza.

En un inicio, la doble tributación no fue demasiado problema en Estados Unidos debido a las restricciones que la Constitución exigía al gobierno federal para la imposición de impuestos sobre los ingresos de las personas, según las cláusulas de impuestos directos en el Artículo I, Secciones 2 y 9 de la Constitución americana:

Representatives and direct Taxes shall be apportioned among the several States which may be included within this Union, according to their respective Numbers, which shall be determined by adding to the whole Number of free Persons, including those bound to Service for a Term of Years, and excluding Indians not taxed, three fifths of all other Persons.¹⁸

No Capitation, or other direct, tax shall be laid, unless in Proportion to the Census or enumeration herein before directed to be taken.¹⁹

Estas cláusulas exigían que las cargas de los impuestos directos, tal y como la Suprema Corte de Estados Unidos

¹⁸ Los representantes y los impuestos directos se prorratearán entre los distintos Estados que formen parte de esta Unión, de acuerdo con su población respectiva, la cual se determinará sumando al número total de personas libres, inclusive las obligadas a prestar servicios durante cierto término de años y excluyendo a los indios no sujetos al pago de contribuciones, las tres quintas partes de todas las personas restantes (Traducción propia), *Constitution of the United States*, *ibidem*.

¹⁹ No se establecerá ningún impuesto directo ni de capitación, a menos que sea proporcional al censo o recuento que antes se ordenó practicar (Traducción propia), *idem*.

consideró a los impuestos sobre el ingreso en el caso *Pollock vs. Farmers Loan Trust Co.* (1895), fuesen distribuidas a través de los estados federados de una manera proporcional al censo, de modo que cada estado como estado debiese contribuir a la financiación de lo que el Congreso pretende solventar con el impuesto de acuerdo a la proporción que su población representa en el censo. Así, en el caso referido, Suprema Corte estadounidense declaró inconstitucional un impuesto sobre el ingreso que el Congreso había creado el año anterior en 1894. Este caso fue controversial en Estados Unidos, ya que la Suprema Corte había sentado un precedente para que el gobierno federal prácticamente no pudiese imponer tributos sobre los ingresos de las personas y las corporaciones, que siempre son fuentes importantes de recaudación.

A pesar de ello, lo que se puede llamar el Poder constituyente permanente de Estados Unidos anuló efectivamente la decisión de la Suprema Corte en *Pollock vs. Farmers Loan Trust Co.* a través de la décima sexta enmienda constitucional, aprobada por el Congreso en 1909 y ratificada finalmente por las 3/4 partes de los estados en 1913, que suprimió la exigencia de proporcionalidad al censo entre los estados para los impuestos sobre los ingresos, que previamente había exigido:

The Congress shall have power to lay and collect taxes on incomes, from whatever source derived, without apportionment among the several States, and without regard to any census or enumeration.²⁰

²⁰ El Congreso tendrá facultades para establecer y recaudar impuestos sobre los ingresos, sea cual fuere la fuente de que provengan, sin necesidad de prorratarlos entre los diferentes Estados y sin atender a ningún censo o recuento (Traducción propia), *idem*.

Entonces, con la entrada en vigor de la 16ª enmienda constitucional en Estados Unidos en el año 1913, la situación de doble tributación se volvió una realidad permanente, aunque, como referimos anteriormente, a diferencia del caso mexicano, ellos lo resolvieron con pronta practicidad, simplemente permitiendo a los contribuyentes que del impuesto federal a los ingresos (el *income tax*) deduzcan el pago de contribuciones estatales, con los debidos términos y condiciones, que se verán en un apartado subsecuente.

Otra cláusula constitucional estadounidense relativa a la distribución de competencias en materia fiscal se ubica en el propio Artículo I, Sección 9, que prohíbe el gravamen de mercancías o artículos exportados de los estados, así como el tránsito de naves entre los estados y cualquier otro que dé preferencias a puertos específicos:

No Tax or Duty shall be laid on Articles exported from any State. No Preference shall be given by any Regulation of Commerce or Revenue to the Ports of one State over those of another: nor shall Vessels bound to, or from, one State, be obliged to enter, clear, or pay Duties in another.²¹

Con esto, se limitan las facultades de los estados para que no puedan gravar el tránsito de naves entre los estados, ni establecer contribuciones en materia de comercio exterior nacional, pero tampoco local, esto es, entre las mismas entidades federativas, salvo que lo hagan con el consentimiento

²¹ Ningún impuesto o derecho se establecerá sobre los artículos que se exporten de cualquier Estado. No se dará preferencia alguna mediante regulaciones mercantiles o fiscales a los puertos de un Estado sobre los de ningún otro; tampoco las embarcaciones vinculadas a un Estado o que procedan de él estarán obligadas a ingresar por algún otro, despachar en él sus documentos o cubrirle derechos (Traducción propia), *idem*.

del Congreso federal, en lo que sea absolutamente necesario para ejecutar sus leyes locales de inspección de mercancías, como lo dispone la Sección 10, del Artículo I, de la Constitución: “No State shall, without the Consent of the Congress, lay any Imposts or Duties on Imports or Exports, except what may be absolutely necessary for executing it’s inspection Laws.”²²

Como se puede apreciar, el Estado mexicano básicamente adoptó las mismas regulaciones constitucionales en lo relativo a la distribución de competencias, con diversas excepciones en cada sistema, como la asignación de competencias a los municipios en México, así como las restricciones a los impuestos sobre ingresos vigente en un tiempo en Estados Unidos que, como hemos insistido, cuya concurrencia fiscal colocó a ambos países en situaciones que permitían, en principio, la doble tributación.

A partir de que la doble tributación resultó ser una posibilidad permitida en principio por la Constitución estadounidense, la solución dada fue sencilla: si los contribuyentes ya están pagando impuestos locales, incluso sobre los ingresos, y ahora el gobierno federal desea gravar también esos ingresos, lo podrá hacer, por supuesto, excluyendo aquellas contribuciones pagadas obligatoriamente de los ingresos que desea gravar, es decir, mediante un sistema de deducción. El caso mexicano fue dramáticamente diverso: con el ejercicio de más de 30 a 40 años de estires y aflojes entre las potestades tributarias de la Federación y los estados, debido a que ninguno deseaba renunciar al gravamen de importantes recursos, se optó por el establecimiento de convenios de coordinación fiscal y, finalmente, todo un sistema basado en la coordinación fiscal propuesta por los convenios, en los

²² Sin el consentimiento del Congreso, ningún Estado podrá establecer impuestos o derechos sobre importaciones o exportaciones, salvo lo que sea absolutamente necesario para ejecutar sus leyes de inspección (Traducción propia), idem.

que los estados voluntariamente renuncian establecer contribuciones en favor de la Federación, a cambio de participaciones o transferencias hechas a favor de los estados de la totalidad de lo recaudado.

Esta diferencia se explica por la solidez del federalismo que se experimenta en cada país: mientras que para los estados federados en Estados Unidos de América sería impensable renunciar a sus potestades tributarias en favor de la Federación, por representar para ellos pérdida de autonomía o libertad (categoría fuertemente arraigada en el espíritu estadounidense), en México, por tener una Federación producto de una decisión central y no de una realidad cultural, ese mismo centralismo parece ser la decisión más natural en la resolución de controversias en el ámbito constitucional, no obstante la inevitable dependencia financiera que resulta de la pérdida de autonomía.

Con el sistema de deducciones, se sentaron las bases fundamentales para la ejecución de las relaciones entre los estados y la Federación estadounidense en materia fiscal, que realmente solo tendrían contacto a través del contribuyente que deduce particularmente los impuestos locales de los federales; no obstante, en Estados Unidos se erigió también un sistema de aportaciones federales similar a los Fondos de aportaciones en el sistema mexicano de coordinación fiscal.

Curiosamente, este sistema escasamente se puede llamar “sistema” por su precariedad en cuanto a la garantía de que se lleve a cabo. En México, se tiene la noción de que las erogaciones al presupuesto en términos generales son erogaciones que se hacen en cumplimiento de los derechos de los gobernados y, en ese sentido, hay una especie de sentido de permanencia de los programas gubernamentales, en la acepción más amplia de la palabra, y esto aplica tanto a los programas estrictamente federales, pero, por supuesto,

también a las erogaciones que se hacen en ejecución de los convenios de coordinación fiscal, que incluyen las participaciones y aportaciones federales a los estados y municipios. En contraste, en Estados Unidos, los programas gubernamentales (al menos los que implican gasto en materia de subvenciones o alguna especie de asistencia social, que en México se considerarían generalmente como derechos sociales) tienden a orientarse más hacia periodos determinados de tiempo, después de los cuales deberán ser aprobados nuevamente para su permanencia y así sucesivamente.

Esta misma noción no escapa las relaciones de coordinación fiscal estadounidenses, que adquieren su forma mediante los llamados *grants*. Si bien la traducción sustantiva de la palabra *grants* resulta ser “subsidios” o “subvenciones”, conviene traducir el verbo del cual procede ese sustantivo. *Grant*, cuando se utiliza como verbo, se traduce al español más precisamente como “conceder”, que nos comunica la noción de unilateralidad de la acción. Así, los *grants* (subsidios/subvenciones), que en México su equivalente serían las aportaciones federales que se transfieren a los Estados o más aún las transferencias del Ramo 23, llevan consigo la idea de inestabilidad en cuanto a la titularidad de beneficiario de los mismos y, en efecto, se trata de transferencias que deben ser aprobadas por el Congreso federal cada cierto tiempo para su permanencia y, según la discrecionalidad del mismo Congreso, podrían modificarse o desaparecer totalmente.

En contraste, el Sistema Nacional de Coordinación Fiscal mexicano opera bajo un acuerdo bilateral entre la Federación y los estados, llamado convenio de coordinación fiscal, en el que mientras los estados se abstengan de hacer uso de su potestad tributaria de origen constitucional, podrán gozar no solamente de una participación en la recaudación fede-

ral, sino en la transferencia de aportaciones para una multiplicidad de sectores económicos, sociales y culturales, a la cual tienen las entidades federativas un derecho de adquirir propiamente dicho, a diferencia de los *grants* en la coordinación fiscal estadounidense, que no son sino concesiones jurídicamente gratuitas (obligatorias mientras se encuentre en vigencia la legislación temporal que le dio origen) por parte del gobierno federal, según las negociaciones políticas previamente realizadas en y ante el Congreso federal.

A pesar de esto, debe notarse que, aunque en el sistema americano no constituye un cuerpo de normas e instituciones que otorgan derechos propiamente dichos en favor de los involucrados, por otro lado, las entidades federativas comparativamente no sufren de la misma dependencia al gobierno federal como en México, pues los *grants* han llegado a representar tan solo el 25% de su gasto, mientras que en México, las participaciones y aportaciones federales representan más del 90% de los ingresos de los estados.

En cuanto a las normas relevantes del sistema de coordinación fiscal, sin duda debe comenzarse con (1) la referida 16ª enmienda con vigencia a partir de 1913, que otorgaría al Congreso federal la facultad de imponer contribuciones sobre el ingreso sin sujetarse a restricciones de prorrateo, y (2) la creación legislativa del impuesto federal sobre los ingresos con el *Revenue Act* de 1913,²³ que para evitar la situación de doble tributación en la práctica, introdujo la posibilidad de deducir²⁴ los impuestos pagados en los órdenes

²³ Thorndike, Joseph J., “Tax history: Original intent and the Revenue Act of 1913”, *Taxanalysts*, 26 de septiembre de 2013, <http://www.tax-history.org/thp/readings.nsf/ArtWeb/C82515A4B6B7A24C85257D1B-0041C86E?OpenDocument>, consultado el 02/08/2021.

²⁴ Congreso de los Estados Unidos de América, *The statutes at large of the United States of America from March 1913 to march 1915: Concurrent resolutions of the two Houses of Congress and recent treaties, con-*

de gobierno distintos del federal:

That in computing net income for the purpose of the normal tax there shall be allowed as deductions: (...) third, all national, State, county, school, and municipal taxes paid within the year, not including those assessed against local benefits...²⁵

El problema de doble tributación que desató eventualmente la creación de todo un sistema de coordinación fiscal en México fue entonces resuelto en Estados Unidos mediante un sistema de deducciones previsto en el Internal Revenue Code (Título 26 del Código de los Estados Unidos), que ha sufrido distintos cambios desde su primera instauración en 1913, pero que, en esencia, ha cumplido con el mismo propósito. Por estos motivos, la coordinación fiscal estadounidense se desarrolló en un sentido diverso a la mexicana, aunque para efectos similares con la instauración del sistema de *grants*.

Los *grants* tuvieron su origen²⁶ en legislaciones como el *Morrill Act* de 1862, que concedió a los estados federados

ventions and executive proclamations, 1915, Washington Government Printing Office, p. 167, <http://www.tax-freedom.com/originaltariff.pdf>, consultado el 02/08/2021.

²⁵ Que en el cómputo de del ingreso neto para efectos del impuesto normal (sobre ingresos) se permitirán las siguientes deducciones: [...] tercero, todas las contribuciones nacionales, estatales y municipales pagadas durante el año, sin incluir aquellas en las que proporcionan beneficios locales...(Traducción propia), Revenue Act of 1913, 1913, Washington D.C.

²⁶ Rich, Michael J., “Categorical grants”, *Federalism in America: an encyclopedia*, Center for the Study of Federalism, 2006, https://encyclopedia.federalism.org/index.php?title=Categorical_Grants, consultado el 02/08/2021.

la titularidad sobre determinadas tierras federales, con el fin especial de que los estados las vendieran y que, con el dinero obtenido, crearan, apoyaran y mantuvieran instituciones de educación superior, a cambio de que los estudiantes recibieran instrucción militar.²⁷ Posteriormente, se llevaron a cabo distintos programas con efectos similares: conceder a los gobiernos estatales (y municipales, que consideramos parte de los estados para efectos de este estudio) una aportación en los ingresos y otros elementos de riqueza, aunque siempre para determinadas actividades y fines o para utilizarse en determinados sectores.

Las aportaciones para uso discrecional aparecerían posteriormente con el llamado *general revenue sharing* (reparto general de recaudación), creada en 1972, con el fin de auxiliar a los estados en la consecución de sus fines interiormente propuestos y fortalecer el federalismo —el “federalismo nuevo”, según el presidente Richard Nixon²⁸— sin tener que dedicarlo particularmente a alguna actividad o sector, como en el caso de los otros tipos de *grants-in-aid* (subsidios).²⁹ Grandes cantidades de dinero fueron transferidas a los estados con estos programas,³⁰ sin embargo, lo que debe notarse

²⁷ Masson-Pickel, Judi, “Morrill Act of 1862”, *Federalism in America: an encyclopedia*, Center for the Study of Federalism, 2006, https://encyclopedia.federalism.org/index.php?title=Morrill_Act_of_1862, consultado el 02/08/2021.

²⁸ Bamberger, Ruth, “Revenue Sharing”, *Federalism in America: an encyclopedia*, Center for the Study of Federalism, 2006, https://encyclopedia.federalism.org/index.php/Revenue_Sharing, consultado el 02/08/2021.

²⁹ Rich, Michael J., “Grants-in-aid”, *Federalism in America: an encyclopedia*, Center for the Study of Federalism, 2006, <https://encyclopedia.federalism.org/index.php?title=Grants-in-Aid>, consultado el 02/08/2021.

³⁰ Maguire, Steven, *General Revenue Sharing*, CRS Report for Congress, Congressional Research Service, 2003, <https://www.everycrsreport.com/reports/RL31936.html#:~:text=General%20revenue%20sha>

es que esta coordinación fiscal, terminada en 1986, aunque jamás constituyó derechos definitivos de los estados, jamás se construyó sobre premisas que implicaran la renuncia de autonomía fiscal de las entidades federativas, sino para auxiliarlas subsidiariamente.

En cuanto a instituciones, el caso mexicano cuenta con una compleja maquinaria de instituciones y organismos que componen su Sistema Nacional de Coordinación Fiscal, que, con las facultades de cada uno, determinan las cantidades que deben entregarse a cada entidad federativa, los tiempos y otras circunstancias. El caso estadounidense, por su lado, únicamente cuenta con órganos hacia el interior del Congreso nacional y la administración central para la determinación de las cantidades a entregarse mediante las fórmulas respectivas, los tiempos y demás circunstancias.³¹

IV. SISTEMA DE COORDINACIÓN FISCAL CANADIENSE

Al igual que la comparación efectuada en la sección anterior, México y Canadá son países de tradiciones jurídicas distintas, siendo el segundo de la tradición anglo-sajona de *common law*, como su vecino sureño, Estados Unidos, considerando la herencia británica de ambos países. En el caso de Canadá y México, debe notarse que existe una diferencia aún mayor en sus federalismos en comparación con Estados Unidos, que ha hecho a Canadá un Estado federal más descentralizado entre los Estados federales del mundo.³²

ring%20(GRS)%20is,local%20governments%20with%20spending%20flexibility, consultado el 02/08/2021.

³¹ Congressional Research Service, “Federal grants to State and local governments: a historical perspective on contemporary issues”, 2019, <https://fas.org/sgp/crs/misc/R40638.pdf>, consultado el 02/08/2021.

³² Sharma, Chanchal Kumar y Valdesalici, Alice, “Fiscal federalism”,

A pesar de esta diferencia, es verdad que ambos sistemas mantienen la idea fundamental de federalismo en su estructura. El sistema jurídico canadiense, como México, parte de un sistema de gobierno republicano a cargo de oficiales electos popularmente o designados institucionalmente para la pública administración de los negocios gubernamentales, con la excepción de que Canadá en realidad es una monarquía federal constitucional. Esto implica que formalmente, el monarca, no propiamente de Canadá, sino del Reino Unido, es el titular del poder ejecutivo de la nación canadiense, bajo el entendido de que voluntariamente cede todo derecho a ejercer su poder para investirlo en oficiales de tinte republicano, como sería el Primer Ministro. Canadá tiene una Constitución escrita presente en dos documentos (la *Constitution Act* de 1867, también llamada *British North America Act* y la *Constitution Act* de 1982), sin embargo, promulga leyes bajo un sistema parlamentario en un Parlamento que cuenta con dos cámaras: el Senado y la Cámara de los Comunes.

En la Constitución canadiense de 1867, se prevé un federalismo distinto al de México en lo relativo a la distribución de competencias. En México, el artículo 124 constitucional prevé la cláusula residual en favor de los estados, mediante la cual se establece el principio de que todo aquello que no está reservado a los poderes federales por parte de la Constitución, se debe entender que está reservado a las mismas, salvo que lo tengan prohibido por disposición constitucional. En cambio, el federalismo canadiense establece en su sección 91, en el Capítulo V, de la distribución de poderes legislativos:

Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law, Oxford Constitutional Law, abril 2020, p. 6, https://www.researchgate.net/publication/344161550_Fiscal_Federalism_MPECCoL_287, consultado el 02/08/2021.

It shall be lawful for the Queen, by and with the Advice and Consent of the Senate and House of Commons, to make Laws for the Peace, Order, and good Government of Canada, in relation to all Matters not coming within the Classes of Subjects by this Act assigned exclusively to the Legislatures of the Provinces; and for greater Certainty, but not so as to restrict the Generality of the foregoing Terms of this Section, it is hereby declared that (notwithstanding anything in this Act) the exclusive Legislative Authority of the Parliament of Canada extends to all Matters coming within the Classes of Subjects next hereinafter enumerated; that is to say...³³

Es decir, en Canadá, las entidades federativas, llamadas provincias, reciben sus poderes expresos en la Constitución canadiense, mientras que el resto de los poderes quedan reservados a la Federación. Ahora bien, esto no fue óbice para que la Constitución canadiense asignara facultades a la Federación, al igual que enunciar los poderes reservados a las provincias. Como resultado de lo anterior, se entiende que la Federación tiene facultades materialmente ilimitadas para imponer contribuciones, mientras que las provincias quedaron restringidas a imponer contribuciones directas dentro de su Provincia, según la sección 92:

³³ Será conforme a la Ley que la Reina, por y con el consejo y consentimiento del Senado y la Cámara de los Comunes, haga leyes para la paz, orden y el buen gobierno de Canadá, en relación con todas las materias que no se incluyan en las clases de asuntos por esta Constitución asignadas exclusivamente a las legislaturas de las provincias; y para mayor certeza, aunque no para restringir la generalidad de los términos subsiguientes de esta sección, se declara aquí que (sin perjuicio de esta Acta) la autoridad legislativa del Parlamento de Canadá se extiende a todas las materias dentro de las clases de asuntos enumerados en lo subsiguiente, es decir... (Traducción propia), British North America Act (Constitution Act of 1867), 1867, Londres.

In each Province the Legislature may exclusively make Laws in relation to Matters coming within the Classes of Subjects next hereinafter enumerated; that is to say, 1. (...) 2. Direct Taxation within the Province in order to the raising of a Revenue for Provincial Purposes...³⁴

Este texto por sí solo pudiera hacer suponer que la potestad tributaria de las legislaturas provinciales en Canadá no puede extenderse más allá de los impuestos directos dentro de su propia provincia, sin embargo, posteriormente fue adicionada la Constitución canadiense a petición de las provincias para expandir su poder recaudatorio, según expresa la sección 92A, numeral 4 de la propia Constitución:

In each province, the legislature may make laws in relation to the raising of money by any mode or system of taxation in respect of (a) non-renewable natural resources and forestry resources in the province and the primary production therefrom, and (b) sites and facilities in the province for the generation of electrical energy and the production therefrom...³⁵

Con lo anterior, se puede concluir que, en Canadá, las competencias fiscales de las provincias se limitan a la im-

³⁴ En cada provincia, la legislatura exclusivamente podrá hacer leyes en relación con las materias provenientes de las clases de asuntos enumerados en lo subsiguiente, es decir, 1. (...) 2. La imposición de impuestos directos dentro de su Provincia a fin de recaudar ingresos para los propósitos provinciales... (Traducción propia), idem.

³⁵ En cada provincial, la legislatura podrá crear leyes en relación con la recaudación de dinero mediante cualquier modo o sistema tributario, respecto de: (a) recursos naturales no-renovables y forestales en la provincia y su primaria producción y (b) sitios e instalaciones en la provincia para la generación de energía eléctrica y su producción ulterior... (Traducción propia), idem.

posición de impuestos directos en su provincia y en la imposición de contribuciones varias en las materias especiales de recursos naturales, forestales y generación de energía eléctrica, mientras que la Federación cuenta –materialmente hablando– con competencias fiscales ilimitadas, lo cual no resuelve el problema que se ve presente en México e incluso Estados Unidos, en relación con una situación constitucional que permite, en principio, la doble tributación.

En efecto, el impuesto más importante en todas las naciones es un impuesto que recae sobre las fuentes de ingreso de las personas y corporaciones y este resulta ser un impuesto directo. Por ello, las provincias canadienses tienen derecho a imponer este tipo de impuesto, sin embargo, también la potestad tributaria de la Federación canadiense se extiende hacia ese tipo de tributación, lo cual generó lo que se puede llamar la concurrencia fiscal canadiense.

Ante esta problemática, la solución dada por Canadá fue en alguna medida similar a la que fue implementada en México. En un inicio, los órdenes de gobierno federal y provincial se coordinaron para efecto de que la Federación se financiaría a través de impuestos indirectos y las provincias mediante los directos, complementados con subsidios y subvenciones (*grants*) federales. Esto cambió en 1917,³⁶ explica el autor Harold F. Herbert, cuando el gobierno federal se aventuró hacia la imposición de impuestos directos, como el impuesto sobre ingresos personales e ingresos de las corporaciones.

Con tasas moderadas, no existió demasiada disputa y resistencia por parte de la población, por lo que se pudo

³⁶ Herbert, Harold F., “Revenue sharing arrangements in the Canadian federal system”, en *Proceedings of the annual conference on taxation under the auspices of the National Tax Association*, National Tax Association, vol. 60, 1967, p. 428, https://www.jstor.org/stable/23406414?read-now=1&seq=2#page_scan_tab_contents, consultado el 02/08/2021.

realizar el siguiente desarrollo en materia de coordinación fiscal con cierta naturalidad. Este desarrollo consistió en el establecimiento de programas de *grants*, similar al que fue implementado en los Estados Unidos, aunque en todo momento se trató de *grants* condicionales, para determinadas actividades y bajo las condiciones y estándares federales. Siguiendo la Gran Depresión en los 1930s, las provincias se vieron forzadas a imponer altos impuestos sobre ingresos corporativos y personales a fin de mitigar los efectos de la depresión mediante el gasto público, adicionalmente a los *grants* que ya recibían y que incrementaron por parte del gobierno federal por los mismos propósitos. Herbert narra que dicho sistema se volvió un caos por varios motivos y ello fue causa de que se llevara a cabo el siguiente desarrollo general en la fiscalidad federal canadiense.³⁷

Similar a los convenios de coordinación fiscal en México, los canadienses implementaron *tax rental agreements* o convenios de renta tributaria, mediante los cuales las provincias o la Federación (un orden de gobierno) acuerda no imponer contribuciones en una determinada materia por determinado tiempo, a cambio de recibir una participación en los ingresos tributarios recaudados por la otra autoridad tributaria, de acuerdo con las fórmulas acordadas. Este sistema estuvo vigente de 1941 a 1962 en Canadá. Los beneficios relativos de este sistema (que son similares al caso mexicano) son: solamente existe una autoridad recaudatoria, los contribuyentes únicamente tratan con una sola autoridad ordinariamente y, adicionalmente, las complejas fórmulas aplicadas con múltiples provincias actuando con convenios de renta tributaria, se prestaron para otorgar *equalization payments* (subsidios o pagos de “igualización”) a las provincias más desfavorecidas, aunque no sin desventajas.³⁸

³⁷ Herbert, Harold F., *idem*.

³⁸ Herbert, Harold F., *Idem*.

Por motivo de las desventajas que se estimaron para el sistema de *tax rental arrangements*, el sistema de coordinación fiscal canadiense optó por lo que llaman *co-ordinated tax sharing* (repartición coordinada de recaudación), que se lleva a cabo mediante un *tax collection agreement*³⁹ (acuerdo para la recolección de impuestos), en el que la Federación canadiense se ofrece a administrar la legislación provincial tributaria de impuestos sobre ingresos, siempre y cuando la provincia homologa los elementos de los tributos y formas de cobrar al modelo federal. Así, las provincias no podrían cambiar ciertos elementos de los impuestos, salvo por las tasas de los impuestos, que podrían mantenerse en control de las provincias, bajo el entendido que deberían informar al gobierno federal de la decisión, en los términos y condiciones de los acuerdos efectuados.

Este sistema de coordinación fiscal mediante *tax collection agreements* es el que se encuentra vigente hoy en día con sus matices, y resulta interesante la similitud que encuentra con el sistema mexicano en lo relativo al fondo de participaciones federales, sin embargo, en lo que en el sistema mexicano se entienden como fondos de aportaciones diversos, en Canadá se siguen reputando como *grants*, que no constituyen propiamente un fondo permanente que otorga derechos en favor de las provincias, sino que son subsidios en toda la extensión de la palabra, de modo que pueden dejar de otorgarse u otorgarse en condiciones completamente diferentes, tanto para actividades y fines específicos⁴⁰ o me-

³⁹ Valdesalici, Alice, *Fiscal federalism compared*, Eurac Research, 2018, p. 6, https://www.researchgate.net/publication/324780808_Defining_Fiscal_Federalism, consultado el 02/08/2021.

⁴⁰ Lecours, André, Béland, Daniel y Marchildon, Gregory, “Fiscal federalism: Pierre Trudeau as an agent of decentralization”, en Marchildon, Gregory, *Federalism and health care*, Ottawa, 2020, p. 7, https://www.researchgate.net/publication/342364967_Fiscal_Federalism_Pierre_Trudeau_as_an_Agent_of_Decentralization, consultado el 02/08/2021.

diante transferencias no condicionadas.⁴¹

Actualmente, la coordinación fiscal canadiense opera con fundamento en el *Federal-Provincial Fiscal Arrangements Act* de 1985, el cual, similarmente a la mexicana Ley de Coordinación Fiscal, sientan las bases fundamentales que regirán los convenios o arreglos entre los órdenes de gobierno nacional y subnacional, incluyendo las fórmulas aritméticas de repartición de los fondos recabados por la Federación, junto con los pagos subsidiarios.

Lo que más resulta relevante para efectos de este ejercicio de comparación sin duda alguna se trata de una institución en materia de coordinación fiscal en Canadá y un mecanismo particular de resolución de disputas. En cada *tax collection agreement* celebrado por la Federación, se erige un *Tax Harmonization Committee* (Comité de Armonización Tributaria), tomando como ejemplo, el celebrado por el gobierno federal canadiense y el de la provincia de Quebec,⁴² un organismo en materia de coordinación fiscal que, a diferencia del sistema mexicano, no se erige de manera central en una ley federal para intervenir en todas las relaciones de la Federación con todas las provincias, sino que se trata de un Comité que se instaure mediante cada convenio particular de cada provincia con la Federación, exclusivamente para tocar temas relacionados entre las partes del convenio.

Otro elemento relevante que no se encuentra previsto en el caso mexicano es un mecanismo ágil para la resolución

⁴¹ Merino, Gustavo, “Federalismo fiscal: diagnóstico y propuestas”, en Fernández, Arturo M., Trigueros, Ignacio y Hernández Delgado, Alejandro, *Una agenda para las finanzas públicas: consideraciones generales*, México, 2000, p. 164.

⁴² Government of Canada, Comprehensive integrated tax coordination agreement between the government of Canada and the government of Quebec, http://www.finances.gouv.qc.ca/documents/Autres/en/AUTEN_Tax-agreement.pdf, consultado el 02/08/2021.

de disputas con base en los convenios de coordinación fiscal. En el caso mexicano, se debe interponer un complejo juicio ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación que, por la inmensa carga de trabajo del más alto tribunal mexicano, inevitablemente se extienden los plazos de resolución. En cambio, en el caso canadiense, el mecanismo se establece en el propio acuerdo intergubernamental, a fin de que sea lo menos gravoso y sencillo posible. En el *Comprehensive integrated tax coordination agreement between the government of Canada and the government of Quebec*, que no es sino el equivalente de un convenio de coordinación fiscal entre el gobierno federal mexicano y el de una entidad federativa, se estipula que si existe una disputa acerca del cumplimiento de alguna de las cláusulas del *tax collection agreement*, el problema primero será referido a los ministros de finanzas de cada orden de gobierno para su resolución por esta vía “diplomática” que, si no es resuelta en un acuerdo de los ministros, podrá ser referida a un tercero para su consideración y consejo.

V. CONCLUSIONES

Lo más destacable de este ejercicio comparativo es el amplio margen que existe para que la dinámica política se imponga en las relaciones jurídicas de coordinación fiscal bajo el cual opera México en comparación con Estados Unidos y Canadá, pues el aparato institucional intergubernamental bajo el cual funciona el mexicano SNCF es eminentemente centralizado. Es decir, a pesar de que diversos organismos del SNCF están integrados por representantes y funcionarios de las entidades federativas, la labor de recaudación, concentración y administración de los recursos coordinados, es preponderantemente desarrollada por la Federación, por

ejemplo, a diferencia de Canadá, cuyo cuerpo institucional de coordinación fiscal encuentra un balance político que favorece la descentralización de recursos y manejo de los recursos públicos, para evitar la concentración de influencia y poder sobre un orden de gobierno solamente. Estados Unidos también cierra en gran medida el margen de la arbitrariedad central, en principio, al desarrollar su coordinación fiscal sin siquiera tener un sistema propiamente dicho, en el que las facultades políticas se concentran en alguna medida en el gobierno central. Más bien, los órdenes de gobierno operan de una manera alejada en cierto sentido, lo cual beneficia a los estados con mayores fuentes económicas y no beneficia demasiado a los que tienen menores fuentes económicas, sino únicamente cuando se establecen con eventualidad los programas de *grants in aid*.

Debe reconocerse que las soluciones que ha implementado cada país es en gran medida resultado de las circunstancias particulares que se presentaron en tales o cuales países, por lo que no cualquier mecanismo exitoso en un país puede replicarse exitosamente en otro, sin embargo, a nivel fundamental, algo que notablemente evitaron los países comparados es la pesada concentración de facultades hacendarias en el gobierno central y, sobre todo, que las cantidades de recursos públicos manejados en coordinación fiscal representen un porcentaje demasiado alto de los ingresos de uno u otro orden de gobierno, como es el caso mexicano, en que los ingresos coordinados representa aproximadamente el 90% de los ingresos de las entidades federativas y municipios. Por estos motivos, para evitar problemas de suficiencia en las finanzas públicas, deben continuarse los esfuerzos por disminuir la dependencia de las entidades federativas en los ingresos coordinados, por ejemplo, mediante la reducción de los ingresos públicos que se concentren en la administra-

ción de la Federación, así como incentivando a las entidades federativas para que sean más recaudadoras con sus propios ingresos disponibles, como con las reformas recientes en materia de coordinación fiscal.

FUENTES CONSULTADAS

Arechederra Mustre, Fernando K., “Errores estadísticos en la Ley de coordinación fiscal de México: una nota”, *Estudios Económicos*, México, vol. 32, núm. 2, jul./dic. 2017, <http://bit.ly/33gHQPY>.

Bamberger, Ruth, “Revenue Sharing”, *Federalism in America: an encyclopedia*, Center for the Study of Federalism, 2006, https://encyclopedia.federalism.org/index.php/Revenue_Sharing, consultado el 02/08/2021.

Barceló Rojas, Daniel A., *Teoría del federalismo y del derecho constitucional estatal mexicano*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2016, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4165/14.pdf>.

British North America Act (Constitution Act of 1867), 1867, Londres.

Congreso de los Estados Unidos de América, *The statutes at large of the United States of America from March 1913 to march 1915: Concurrent resolutions of the two Houses of Congress and recent treaties, conventions and executive proclamations*, 1915, Washington Government Printing Office, <http://www>.

tax-freedom.com/originaltariff.pdf, consultado el 02/08/2021.

Congressional Research Service, “Federal grants to State and local governments: a historical perspective on contemporary issues”, 2019, <https://fas.org/sgp/crs/misc/R40638.pdf>, consultado el 02/08/2021.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. *Diario Oficial de la Federación*, México, 5 de febrero de 1917.

Constitution of the United States, 1787, Philadelphia.

Government of Canada, Comprehensive integrated tax coordination agreement between the government of Canada and the government of Quebec, http://www.finances.gouv.qc.ca/documents/Autres/en/AUTEN_Tax-agreement.pdf, consultado el 02/08/2021.

Herbert, Harold F., “Revenue sharing arrangements in the Canadian federal system”, en *Proceedings of the annual conference on taxation under the auspices of the National Tax Association*, National Tax Association, vol. 60, 1967, https://www.jstor.org/stable/23406414?read-now=1&seq=2#page_scan_tab_contents, consultado el 02/08/2021.

Instituto de Investigaciones Legislativas del Senado de la República, *El federalismo fiscal en México*, 2001, http://bibliodigitalibd.senado.gob.mx/bitstream/handle/123456789/1731/Federalismo_Fiscal.pdf?sequence=1&isAllowed=y, consultado el 02/08/2021.

Lecours, André, Béland, Daniel y Marchildon, Gregory, “Fiscal federalism: Pierre Trudeau as an agent of de-

centralization”, en Marchildon, Gregory, *Federalism and health care*, Ottawa, 2020, https://www.researchgate.net/publication/342364967_Fiscal_Federalism_Pierre_Trudeau_as_an_Agent_of_Decentralization, consultado el 02/08/2021.

Ley de Coordinación Fiscal. *Diario Oficial de la Federación*, México, D.F., 22 de diciembre de 1978.

Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria. *Diario Oficial de la Federación*, México, D.F., 30 de marzo de 2006.

López Arévalo, Jorge y Mayo Mendoza, Baltazar, “Federalismo Fiscal. Chiapas y Nuevo León: un análisis comparativo”, *Economía UNAM*, México, vol. 12, núm. 34, ene./abr. 2015, http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1665-952X2015000100007&lang=en, consultado el 02/08/2021.

Maguire, Steven, *General Revenue Sharing*, CRS Report for Congress, Congressional Research Service, 2003, [https://www.everycrsreport.com/reports/RL31936.html#:~:text=General%20revenue%20sharing%20\(GRS\)%20is,local%20governments%20with%20spending%20flexibility](https://www.everycrsreport.com/reports/RL31936.html#:~:text=General%20revenue%20sharing%20(GRS)%20is,local%20governments%20with%20spending%20flexibility), consultado el 02/08/2021.

Masson-Pickel, Judi, “Morrill Act of 1862”, *Federalism in America: an encyclopedia*, Center for the Study of Federalism, 2006, https://encyclopedia.federalism.org/index.php?title=Morrill_Act_of_1862, consultado el 02/08/2021.

Merino, Gustavo, “Federalismo fiscal: diagnóstico y pro-

puestas”, en Fernández, Arturo M., Trigueros, Ignacio y Hernández Delgado, Alejandro, *Una agenda para las finanzas públicas: consideraciones generales*. México, 2000.

Moreno Ayala, José Gerardo, “Los orígenes contemporáneos del centralismo fiscal en las relaciones intergubernamentales en México (1970-1990)”, *Revista Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Militar Nueva Granada*, Bogotá, vol. 23, núm. 2, jul./dic. 2015, <https://revistas.unimilitar.edu.co/index.php/rfce/article/view/1615>, consultado el 20/05/2021.

Revenue Act of 1913, 1913, Washington D.C.

Rich, Michael J., “Categorical grants”, *Federalism in America: an encyclopedia*, Center for the Study of Federalism, 2006, https://encyclopedia.federalism.org/index.php?title=Categorical_Grants, consultado el 02/08/2021.

_____, “Grants-in-aid”, *Federalism in America: an encyclopedia*, Center for the Study of Federalism, 2006, <https://encyclopedia.federalism.org/index.php?title=Grants-in-Aid>, consultado el 02/08/2021.

Serna de la Garza, José María, *Las convenciones nacionales fiscales y el federalismo en México*. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2004.

Serrano Migallón, Fernando y Brito Melgarejo, Rodrigo, *Teoría de la constitución*. México, Editorial Porrúa, 2015, p. 187.

Sharma, Chanchal Kumar y Valdesalici, Alice, “Fiscal federalism”, *Max Planck Encyclopedia of Comparati-*

ve Constitutional Law, Oxford Constitutional Law, abril 2020, https://www.researchgate.net/publication/344161550_FISCAL_FEDERALISM_MPEC-CoL_287, consultado el 02/08/2021.

Tena Ramírez, Felipe, *Derecho constitucional mexicano*. 40ª ed., México, Editorial Porrúa, 2011.

Thorndike, Joseph J., “Tax history: Original intent and the Revenue Act of 1913”, *Taxanalysts*, 26 de septiembre de 2013, <http://www.taxhistory.org/thp/readings.nsf/ArtWeb/C82515A4B6B7A24C-85257D1B0041C86E?OpenDocument>, consultado el 02/08/2021.

Valadés, Diego, *La constitución y la realidad*. México. Editorial Porrúa, 2016.

Valdesalici, Alice, *Fiscal federalism compared*, Eurac Research, 2018, https://www.researchgate.net/publication/324780808_Defining_Fiscal_Federalism, consultado el 02/08/2021.

MALTRATO Y VIOLENCIA HACIA EL ADULTO MAYOR: ASPECTOS LEGALES Y FACTORES DE RIESGO PSICOSOCIAL

SERGIO GILBERTO CAPITO MATA*
ELSA DE JESÚS HERNÁNDEZ FUENTES**
MARÍA DEL ROSARIO MOLINA GONZÁLEZ***

RESUMEN

Con las reformas y adiciones constitucionales en materia de derechos humanos y sus garantías de 2011 en México, la definición de sus principios rectores como universales, indivisibles, interdependientes y progresivos; de la obligación de toda autoridad para promover, respetar, proteger y garantizar a aquellos, dimensionado a la persona como núcleo sustancial del sistema jurídico de su dignidad humana, de igualdad y no discriminación. Una persona adulta mayor forma parte de las categorías sospechosas que impone un factor de alerta a toda autoridad de tutelar su ejercicio plena de derechos, la situación física, cronológica y biopsicosocial, en el ma-

* Doctor en Derecho. Docente e investigador de la Universidad Autónoma de Baja California, Facultad de Derecho Mexicali. Integrante del Cuerpo Académico UABC-CA-149. Dirigir comunicaciones a: scapito@uabc.edu.mx

** Doctora en Planeación y Desarrollo Sustentable, docente e investigadora de la Universidad Autónoma de Baja California, Facultad de Ciencias Humanas, integrante del Cuerpo Académico UABC-CA-149. Dirigir comunicaciones a: elsahdzf@uabc.edu.mx

*** Doctora en Derecho, docente e investigadora de la Universidad de Sonora, Unidad Regional Sur, Departamento de Ciencias Sociales. Líder del Cuerpo Académico UNISON-CA-165. Dirigir comunicaciones a: rosario.molina@unison.mx

yor de los casos de dependencia, lo expone al abandono, a episodios de violencia, que acentúa su situación de vulnerabilidad, y que exige una atención impostergable del Estado derivado de una tendencia sostenida del incremento de este sector poblacional, se aproxima al tema desde la experiencia de Baja California, México. Con tal contexto, el objetivo del presente es analizar los avances normativos para la atención, prevención y sanción de los actos de violencia y maltrato de las personas adultas mayores, que exige acciones integrales de políticas públicas, presupuestales, institucionales como primeros pasos para la atención del adulto mayor.

PALABRAS CLAVE: Adulto mayor, violencia, violencia intrafamiliar, factores de riesgo, sistema jurídico.

ABSTRACT

With the constitutional amendments and additions in the matter of human rights and their guarantees of 2011 in Mexico, the definition of their guiding principles as universal, indivisible, interdependent and progressive; of the obligation of every authority to promote, respect, protect and guarantee those, sized the person as a substantial core of the legal system of human dignity, equality and non-discrimination. An older adult is part of the suspicious categories that imposes a warning factor on all authorities to protect their full exercise of rights, the physical, chronological and biopsychosocial situation, in most cases of dependency, exposes them to abandonment, to episodes of violence, which accentuates their situation of vulnerability, and which demands an urgent attention from the State derived from a sustained trend of the increase of this population sector, approaches the topic

from the experience of Baja California, Mexico. With such a context, the objective of this is to analyze the normative advances for the care, prevention and sanction of the acts of violence and mistreatment of the elderly, which demands integral actions of public, budgetary and institutional policies as first steps for the attention of the older adult.

KEYWORDS: Older adult, violence, intrafamily violence, risk factors, legal system.

INTRODUCCIÓN

La presente aportación aborda la violencia hacia el adulto mayor desde una perspectiva que intenta articular al derecho, la sociología y la psicología social.¹ El estudio de la población de Adultos Mayores (AM) ha cobrado relevancia dado que en 2015 ya representaban el 7.2% del total de la población del país [Instituto Nacional de Estadística e Informática²]. Según cifras del Consejo Nacional de Población

¹ En los factores demográficos que inciden en el envejecimiento poblacional está vinculada a: mortalidad, fecundidad y migración. El primero de ellos por el incremento de la expectativa de vida en correspondencia a los avances científicos y la mejora de las condiciones de salud pública; en cuanto a la fecundidad se advierte a propósito de la contracción del número de hijos en las familias y, finalmente, en relación a la migración donde la tipología revela que las personas adultas mayores permanecen en sus lugares de origen, derivado el éxodo de la población joven y económicamente activa, que migra en la búsqueda de la mejora económica. Cfr. Ybáñez Zepeda Elmyra y Alarcón Rafael; “Envejecimiento y migración en Baja California”, *Frontera Norte*, Vol. 19, Núm. 38, julio-diciembre de 2007, fuente electrónica, disponible en: <http://www.scielo.org.mx/pdf/fn/v19n38/v19n38a4.pdf>

² Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEGI) (2016). Panorama sociodemográfico de Baja California. Encuesta Intercensal 2015.

(CONAPO),³ los AM son 8 535 903, de los cuales el 54.3% son mujeres y el 45.6% son hombres. Además, es un grupo etario creciente pues “para 2050 habrá 150 millones 837 517 mexicanos y la esperanza de vida promedio será de 79.42 años, actualmente es de 77.4 años para las mujeres y 71.7 para los hombres, aumentará a 81.6 y 77.3 años respectivamente”.⁴ En Baja California de 3 534 688 habitantes el 5.4% tiene 65 o más, es decir, el total de AM es 192 485 de los cuales 89 018 son hombres y 103, 467 mujeres, se estima que para 2030 serán 382 711 representando el 9.2% de la población.

De acuerdo con los datos del Consejo Nacional de Población, obtenidos del mismo informe, la población total en Baja California es de 3 millones 534 mil 688 habitantes, de los cuales el 5.4% lo representa la población de 65 años y más, es decir adulta mayor, cifra que, según estimaciones de la propia institución, se espera aumente a 9.2% para 2030, como se ilustra en la Cuadro 1:

Cuadro 1: Distribución porcentual de la población estatal de 65 años y más, por municipio, 2016,

Municipio	Porcentaje
Ensenada	16.7
Mexicali	34.2
Playas de Rosarito	3.1
Tecate	3.3
Tijuana	42.7

Fuente: CONAPO, 2017.

Instituto Nacional de Estadística Geografía e Informática, Aguascalientes: INEGI.

³ Consejo Nacional de Población (CONAPO) (2017). *Envejecimiento en México*. Recuperado de <http://www.gob.mx/conapo/articulos/envejecimiento-en-mexico?idiom=es>

⁴ *Ibíd*em

La vejez es la etapa de la vida en donde se espera que disfruten de los beneficios alcanzados tanto en el ámbito laboral, económico, familiar y social. Sin embargo, el proceso no previsto de envejecimiento que enfrenta el país ha derivado en necesidades específicas en lo relacionado a la seguridad social, servicios de salud, empleo y cuidados, con las intersecciones de género,⁵ clase social, ocupación y orientación sexual. Aunado a lo anterior los cambios estructurales que se desprenden del capitalismo neoliberal han generado una serie de condiciones económicas y sociales cuyas repercusiones en las familias podrían promover el maltrato hacia los AM como los bajos ingresos, la precariedad laboral, el hacinamiento, entre otras.

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

El Instituto Nacional de las Personas Adultas Mayores en México (INAPAM), establece que el maltrato es un problema que generalmente se presenta en personas vulnerables, está relacionado íntimamente con el género, edad y condición física. Según Liliana Gildardo⁶ hay poca información sobre la violencia y maltrato hacia los adultos mayores. Sin embargo, recupera información de dos importantes investiga-

⁵ Gildardo Rodríguez Liliana (2010a). “El maltrato de personas adultas mayores: una mirada desde la perspectiva de género”. *Debate feminista*, 21(42), 151-165.

⁶ Gildardo, Rodríguez Liliana (2010b), “Violencia y maltrato hacia las personas adultas mayores en México: resultados para la generación de políticas públicas”, Recuperado de: http://www.geriatria.salud.gob.mx/descargas/publicaciones/foro-envejecimiento/FS_Violencia_Maltrato.pdf

ciones sobre el tema en el medio rural⁷ y del medio urbano⁸ para visibilizar la incidencia. En el cuadro 2 se observa la prevalencia del 18.6% tanto en el medio urbano y rural del maltrato, destacando el emocional con el 18.1%.

Desafortunadamente los datos estadísticos sobre el maltrato a los AM no reflejan la realidad, debido a que en su mayoría no lo denuncian. Los factores por lo que no lo hacen, son muy diversas, entre los que destacan el “temor que les genera el maltratador, el temor de perder contacto con sus familiares, el sentimiento de culpa que su hijo(a) o familiar agresor pueda recibir un castigo por su acción, vergüenza, temor de que lo saquen de su propia casa para llevarlo a una institución, y que desconfían de las autoridades”;⁹ como se advierte la situación de vulnerabilidad del adulto mayor se acentúa, y en la desconfianza debe agregarse la revictimización institucional y la complicación procesal para el acceso a la justicia. Finalmente, una denuncia complica además su situación de resguardo y cuidado ante la carencia del sistema estatal, y de políticas públicas, que asegure mejores condiciones y calidad de vida.

La Declaración de Toronto para la Prevención Global del

⁷ Gómez Ricárdeza Licely Angélica, Rodríguez Abregoa Gabriela, Krug Llama Ernesto, “Prevalencia y factores asociados a violencia familiar en adultos mayores de Ocozocoautla (Chiapas, México)”, *Revista Española de Geriatria y Gerontología* 2007; 42:27-34 - DOI: 10.1016/S0211-139X(07)73518-7, fuente electrónica, disponible en: <http://www.elsevier.es/es-revista-revista-espanola-geriatria-gerontologia-124-articulo-prevalencia-factores-asociados-violencia-familiar-13099320>

⁸ Gildardo Rodríguez, Liliana (2010a), op. cit.

⁹ Sirlin, C, “Violencia, maltrato y abuso en la vejez. Una realidad oculta, una cuestión de derechos”. *Comentarios de seguridad social* (20), (Julio-septiembre de 2008), págs. 39-61. Recuperado el 15 de mayo de 2018, de http://www.bps.gub.uy/innovaportal/file/1623/1/violencia_maltrato_y_abuso_en_la_vejez._una_realidad_oculta_una_cuestion_de_derechos._c._sirlin.pdf

Maltrato de las Personas mayores,¹⁰ requirió a la comunidad internacional para enfocar esfuerzos que permitan la visibilización de los adultos mayores en el mundo. Específicamente se centra en la búsqueda de generar marcos e instrumentos legales para responder al envejecimiento no previsto de la población y la prevención del abuso y maltrato hacia este sector poblacional. Propone la participación de múltiples sectores, con acciones transversales tanto en el sector salud como la educación, y dentro del plan de acción y de las políticas públicas estatales, se recomienda la generación de datos fidedignos, cuantitativa y cualitativos de la población AM; así como la disseminación de información desde una perspectiva cultural y de género con el fin último de promover la solidaridad intergeneracional y el rechazo a la violencia.

Cuadro 2: Prevalencia del maltrato hacia los AM medio rural/urbano

	Rural/Urbano	Rural	Urbano
Tipo de maltrato	18.6%	8.1%	16.2%
Psicológico/emocional	18.1%	7.0%	12.7%
Físico	1.6%	3.4%	3.9%
Económico/financiero	-	2.2%	3.7%
Negligencia	-	-	3.5%
Sexual	0.1%	0.6%	1.0%

Fuente: Gildardo, 2010b.

¹⁰ Organización Mundial de la Salud & Red Internacional de Prevención del Abuso y Maltrato en la Vejez IPNEA, 2002, Declaración de Toronto para la Prevención Global del Maltrato de las Personas Mayores, Toronto, 2002, fuente electrónica, disponible en: http://www.who.int/ageing/projects/elder_abuse/alc_toronto_declaration_es.pdf?ua=1

En consecuencia, este texto se centra en el análisis legal alienados a los objetivos anteriores, como acciones de intervención del Estado nacional para la atención del problema, y una aproximación con enfoque psicosocial del maltrato hacia el AM; con el objetivo de identificar los avances, y permita diseñar acciones articuladas para el trabajo conjunto en la prevención y erradicación del mismo.

2. MARCO REGULATORIO PARA LOS ADULTOS MAYORES EN EL ÁMBITO DEL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO

EN EL ÁMBITO DEL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO

En este apartado se aborda el marco normativo que protege los derechos de los adultos mayores, el cual es considerablemente amplio, tanto a nivel nacional como internacional, por lo tanto, serán consideradas las de mayor trascendencia en nuestro país y Estado, partiendo de la carta política mexicana, leyes e instituciones contra el maltrato y la violencia hacia Adultos Mayores.

En primera instancia, se hará alusión a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos¹¹ la última reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el día 16 de septiembre de 2017. En su artículo 1º prohíbe y condena la discriminación por razón de edad, así, toda persona debe gozar de los derechos y prerrogativas que se reconocen en este documento dentro del territorio nacional. La violencia contra el adulto mayor. Se ve reflejada en el maltrato tanto físico como psíquico, que puede ocurrir no solo en el medio familiar, sino también en el comunitario o institucional, por

¹¹ Congreso de la Unión. (1917). Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. México: *Diario Oficial de la Federación*, fuente electrónica, disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_150917.pdf

lo tanto, debe prevalecer el respeto de sus derechos fundamentales, y que a la letra dice:

Artículo 1º. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

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

La definición de la persona adulta mayor se realiza desde un abordaje con perspectiva biopsicosocial o una visión integral. La vejez es una etapa de la vida, la última, que tiene significados diferentes para diferentes grupos, para definirla se toman en cuenta la edad: Cronológica, Física, Psicológica, Social. La ONU establece la edad de 60 años para considerar que una persona es adulta mayor, aunque en los países desarrollados se considera que la vejez empieza a los 65 años.¹²

¹² Instituto para la Atención de Adultos Mayores de la Ciudad de México, “¿Quién es la persona adulta mayor?”, 30d de marzo de 2018, México, fuente electrónica, disponible en: <http://www.adultomayor.cdmx.gob.mx/index.php/quien-es-el-adulto-mayor>

Toda persona de la tercera edad tiene derecho a gozar de un trabajo acorde con su capacidad, a obtener una vivienda digna de acuerdo a su ingreso, a gozar de los beneficios de las instituciones de salud -tenga o no inscripción en las mismas- y a que se le proporcione casa, vestido y sustento por su familia, en caso de no tener los medios económicos propios.¹³

Por su parte en el fundamento constitucional, se preceptúa en el artículo 123, considerado como fundamental en los logros de los derechos sociales, donde se establece a propósito de la seguridad social que:

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

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

Por cuanto hace al ámbito federal, tenemos la Ley de los Derechos de las Personas Adultas Mayores,¹⁴ que busca

¹³ Arzate Salgado, Jorge, Fuentes Reyes, Gabriela y Retel Torres, Corina, “Desigualdad y vulnerabilidad en el colectivo de Adultos mayores en México y el Estado de México: Una revisión multidisciplinaria”, *Quiverra*, vol. 9, núm. 2, 2007, pp. 231-262 UAEM, Toluca, México, recuperado de: <http://www.redalyc.org/pdf/401/40190209.pdf>

¹⁴ Congreso de la Unión, Ley de los Derechos de las Personas Adultas Mayores. México, 2002, *Diario Oficial de la Federación*

garantizar el ejercicio pleno de los derechos de las personas adultas mayores, así como establece las bases y disposiciones para su cumplimiento. En este sentido, se estipula la regulación de la política nacional, para que la administración pública desarrolle acciones que permitan que los adultos mayores gocen de las garantías y derechos que de esta ley emanan, basándose en los principios de autonomía y auto-realización, participación, equidad, corresponsabilidad y atención preferente.

La Ley anteriormente referida, en relación a la violencia señala lo siguiente:

Artículo 22. Corresponde al Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia, garantizar a las personas adultas mayores:

(...) V. La atención y seguimiento de quejas, denuncias e informes, sobre la violación de los derechos de las personas adultas mayores, haciéndolos del conocimiento de las autoridades competentes y de ser procedente ejercitar las acciones legales correspondientes;

VI. La denuncia ante las autoridades competentes, cuando sea procedente, de cualquier caso de maltrato, lesiones, abuso físico o psíquico, sexual, abandono, descuido o negligencia, explotación, y en general, cualquier acto que perjudique a las personas adultas mayores.

Existen en México otras legislaciones que enmarcan los derechos y prerrogativas que gozan los adultos mayores, derivada de la seguridad y asistencia social, se encuentra la Ley de Asistencia Social,¹⁵ que se refiere a los adultos mayo-

¹⁵ Congreso de la Unión, Ley de Asistencia Social. México, México 2004, *Diario Oficial de la Federación*.

res como sujetos de recepción de los servicios de asistencia social. La Ley del Seguro Social,¹⁶ que establece el derecho a la salud y en algunos casos el sistema de pensiones. La Ley de Sistemas de Ahorro para el Retiro,¹⁷ que tiene por objeto regular el funcionamiento de los sistemas de ahorro para el retiro y sus participantes.¹⁸

NOM-046-SSA2-2005¹⁹

La violencia familiar y sexual contra los adultos mayores nos ha llevado a la necesidad de adoptar mecanismos de prevención y atención que establezcan la pauta para el manejo de los casos de maltrato y abandono en el adulto mayor: Brindar al usuario afectado la atención integral y especializada que requiera. Notificar obligatoriamente los casos probables de violencia familiar ante vigilancia epidemiológica. Informar a la víctima sobre su derecho a denunciar ante M.P. el responsable de la institución de salud, deberá avisar al Ministerio Público en caso de lesiones que pongan en peligro la vida. Realizar entrevistas dirigida al adulto mayor afectado y registrar la información en el expediente clínico, entre otros.

¹⁶ Congreso de la Unión, Ley del Seguro Social. México, México, 1995, *Diario Oficial de la Federación*.

¹⁷ Congreso de la Unión, Ley de Sistemas de Ahorro para el Retiro (LSAR), México, 1996, *Diario Oficial de la Federación*

¹⁸ Comisión Económica para América Latina y el Caribe (2005). La legislación en favor de las personas mayores en América Latina y el Caribe. Recuperado de http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/7206/S0501092_es.pdf

¹⁹ Secretaría de Salud (2002). Ley de los Derechos de Personas Adultos Mayores. Recuperado de <http://www.salud.gob.mx/unidades/cdi/nom/compi/ldpam.html>

Guía de práctica clínica sobre detección y manejo de maltrato en el adulto mayor²⁰

Aborda a las instituciones encargadas de la salud pública en México, las cuales tienen la obligación de sensibilizar y capacitar a sus profesionales de la salud para identificar a un adulto mayor maltratado, y dispongan de información para poder detectar, prevenir y actuar ante el maltrato, para coadyuvar en su prevención, detección, atención y disminución a este problema que se incrementa año con año.

Agencia Especializada para la Atención a Adultos Mayores Víctimas de Violencia Familiar²¹

Se creó bajo la premisa de que el desamparo y la violencia contra los adultos mayores constituye una grave violación a los derechos humanos, y por lo tanto tienen derecho a una vida con calidad, libre de violencia, de discriminación, respeto a su persona, a no ser explotados y recibir tratos dignos y a ser protegidos por el Ministerio Público cuando sean involucrados como víctimas en la comisión de un delito en su agravio. Por lo tanto, tienen derecho a que se les haga justicia, se les proporcione asesoría jurídica, les sean propuestos medios alternativos de solución de conflictos, o se les asesore para iniciar procedimientos penales, además cuando se trate de hechos constitutivos de violencia familiar, se

²⁰ IMSS, *Guía de práctica clínica, detección y manejo del maltrato en el adulto mayor*, México, 2013, CENETEC

²¹ Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal. *Agencia Especializada para la Atención de Personas Adultas Mayores Víctimas de Violencia Familiar*, Distrito Federal, México, 2010, Gaceta Oficial del Distrito Federal.

les otorgue atención preferencial para agilizar los trámites y procedimientos administrativos correspondientes.

EN EL ÁMBITO LOCAL (BAJA CALIFORNIA, MÉXICO)

Código Penal del Estado de Baja California²²

En relación a los adultos mayores contempla, en su Sección Segunda, Delitos Contra la Familia (art. 235): el tipo y punibilidad refiere a quienes por causas injustificadas no proporcionen alimentos a las personas con quien tengan el deber legal y, de manera consecutiva en su segundo párrafo reitera a quienes no proporcionen atención geriátrica a los adultos mayores de sesenta años con las que tengan ese deber legal se les impondrá prisión de dos a cinco años. Y la pena se incrementará hasta en dos terceras partes cuando se trate de adultos mayores con algún tipo de discapacidad (Art. 235 Bis).

En el Capítulo VI, del citado Código Penal, en el apartado de Lesiones (Art. 143 Bis), se refiere a los adultos mayores, y menciona que se agravará la pena al que dolosamente lesione a una persona de sesenta años o más edad, y si estas lesiones ponen en peligro la vida. La pena correspondiente a la lesión inferida, esta se aumentará hasta en dos terceras partes, y se privará al agente del derecho de ejercer la custodia, guarda-protección, educación, cuidado o instrucción de un adulto mayor, independientemente de la penalidad que le corresponda.

De manera similar, en los delitos de Privación de la Libertad Personal (Art. 162 p. II), Secuestro (Art. 165 F.V), y Extorsión (Art. 264 Bis f. IV), la pena se agrava si se come-

²² Congreso del Estado de Baja California, Código Penal para el Estado de Baja California, Baja California, México, 1989, *Periódico Oficial* No. 23

te contra una persona mayor de sesenta años, lo que brinda una protección más amplia a este sector en comento cuando sufre un menoscabo a su esfera jurídica, y por lo tanto no queda fuera de la legislación penal que si los considera, tal vez no como se quisiera pero tiene la intención de proteger y garantizar sus derechos personales.

Código Civil de Baja California²³

En este instrumento legal se encuentra la obligación de los hijos de dar alimentos a los padres y a falta o imposibilidad de estos los descendientes más próximos en grado, y para el caso de adultos mayores de sesenta años de edad, que carezcan de capacidad económica, deberán proporcionarles, dentro de sus posibilidades económicas, lo necesario para su atención geriátrica, de preferencia integrándolos a la familia (Art. 301). Esta obligación alimentaria es debida recíprocamente entre los miembros de una familia (Art. 308), los adultos mayores gozarán de la presunción de necesidad de alimentos. El adulto mayor por cuanto hace al Código citado, son referidos en algunos otros artículos que se refieren a la facultad de poder excusarse de ser tutores (Art. 308 Frac. VI) o albaceas (Art. 1585 Frac. V).

A continuación, se correlacional otras leyes de carácter local que se refieren a la protección de los adultos mayores y hacemos énfasis en el articulado que se refiere a dicha protección sin abundar más, solo en lo referente al tema que nos ocupa.

²³ Congreso del Estado de Baja California, Código Civil para el Estado de Baja California. Baja California, Baja California, México, 1974, *Periódico Oficial* No. 3

Ley de los Derechos, Protección e Integración de las Personas Adultas Mayores en el Estado de Baja California²⁴

En este instrumento se encuentran los derechos de las personas consideradas adultos mayores (Art. 8), como lo son el disfrutar plenamente, sin discriminación o distinción alguna, de los derechos que la Ley consagra, así como de disfrutar de una vida libre de violencia física y moral. También, el Estado deberá garantizar las condiciones óptimas de salud, educación, nutrición, desarrollo integral, y seguridad social de las personas adultas mayores, que residan en el Estado (Art. 17 Frac. II), y deberá garantizar que no sean socialmente marginadas o discriminadas en ningún espacio público o privado por razón de su edad. También formulará políticas públicas a través de las dependencias a su cargo, y los Ayuntamientos, en sus respectivos ámbitos de competencia en materia de personas adultas mayores, y estarán orientadas a vigilar y garantizar la defensa y el pleno ejercicio de sus derechos (Art. 35 Frac. I). De manera similar la familia de la persona adulta mayor tiene como deber evitar que alguno de sus integrantes cometa cualquier acto de discriminación, abuso, explotación, aislamiento, violencia y actos jurídicos que pongan en riesgo su persona, bienes y derechos (Art. 29 Frac. II).

En relación a las denuncias y sanciones esta Ley contempla el procedimiento para ejercicio de la acción de la justicia en favor de los adultos mayores, toda persona o institución pública o privada, podrá denunciar ante los órganos y autoridades competentes, todo hecho, acto u omisión que produzca o pueda producir daño o afectación a los derechos y garantías de las personas adultas mayores (Art. 61). También

²⁴ Congreso del Estado de Baja California, Ley de los Derechos, Protección e Integración de las Personas Adultas Mayores en el Estado de Baja California, Baja California, México, 2012, *Periódico Oficial* No. 2

señala que cuando este daño o afectación, negligencia o la inobservancia de la Ley sea causada por un servidor público será sujeto a procedimiento administrativo, independientemente de las sanciones civiles o penales que le correspondan (Art. 62, 63 y 64).

Ley de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia para el Estado de Baja California²⁵

El estado deberá elaborar e implementar políticas públicas que promuevan el acceso de las mujeres a una vida libre de violencia, erradicarla y que no se vuelva a repetir, dado como ya se puntualizó con anterioridad de acuerdo al INEGI, el mayor número de personas de sesenta años o más son mujeres.

Ley de Asistencia Social para el Estado de Baja California²⁶

Esta Ley señala como servicios básicos en materia de asistencia social además de los previstos por la Ley General de Salud, la atención sistémica e integral en establecimientos especializados a personas adultos mayores de sesenta años de edad en estado de desamparo, marginación, abandono o maltrato; asistencia jurídica y de orientación social como víctimas de violencia familiar (Arts. 4 Frac. II y V, 5 Frac. VII). Además se cuenta con la Procuraduría para la Defensa las personas menores de dieciocho años de edad y la familia, en defensa de los adultos mayores de sesenta años de edad

²⁵ Congreso del Estado de Baja California, Ley de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia para el Estado de Baja California. Baja California, México, 2008, *Periódico Oficial* No. 29

²⁶ Congreso del Estado de Baja California, Ley de Asistencia Social para el Estado de Baja California. Baja California, México, 2002, *Periódico Oficial* No. 46

y personas con capacidades diferentes sin recursos económicos (Art. 18), lo que brinda una defensa especializada a este sector vulnerable de la población que ve menoscabados sus derechos y bienestar.

Ley de Atención y Prevención de la Violencia Familiar para el Estado de Baja California²⁷

Esta Ley reconoce como derechos de la víctima de la violencia familiar la atención y prevención que deban recibir sin menoscabo de otros derechos que le asistan a los adultos mayores de sesenta años de edad, para mantener la organización, desarrollo y armonía del orden familiar (Art. 5), siendo sujetos protegidos como víctimas de los delitos, por lo tanto no solo le asiste a los adultos mayores la ley estatal sino también la federal.

Ley para Prevenir y Erradicar la Discriminación en el Estado de Baja California²⁸

Este cuerpo legal se refiere a que ni autoridades ni personas deben realizar actos o conductas que discriminen a cualquier persona por razón de su edad, y con respecto a las personas adultas mayores de sesenta años ofenderlas, ridiculizarlas, hostigarlas o promover la violencia en su contra a través de cualquier medio de comunicación (Art. I7 Frac. II, ap. f); Las autoridades deberán garantizar la igualdad de oportuni-

²⁷ Congreso del Estado de Baja California, Ley de Atención y Prevención de la Violencia Familiar para el Estado de Baja California. Baja California, México, 2003, *Periódico Oficial* No. 31

²⁸ Congreso del Estado de Baja California, Ley para Prevenir y Erradicar la Discriminación en el Estado de Baja California, Baja California, México, 2012, *Periódico Oficial* No. 38

dades para las personas mayores de sesenta años, así como garantizar el acceso a los servicios de atención médica y seguridad social, la asesoría jurídica gratuita, así como la asistencia de un representante legal cuando el afectado lo requiera (Art. 26 Frac. I y III), garantizando así el acceso a la justicia de los adultos mayores que puedan ser afectados por actos discriminatorios en el estado.

Ley para las Personas con Discapacidad en el Estado de Baja California²⁹

Esta normatividad contempla a los adultos mayores reconociendo y protegiendo su derecho a tener acceso a programas de asistencia específica a la discapacidad generada por la edad y contar con estancias para adultos con discapacidad (Art. 5 Frac. II y XV). Sabedores de los problemas que conlleva el avance de los años esta Ley sienta las bases para las estancias para adultos mayores como una garantía más del Estado.

Ley de Salud Pública para el Estado de Baja California³⁰

Por cuanto hace a este cuerpo normativo se refiere a la responsabilidad de la Secretaría de Salud del Estado de promover, organizar, supervisar, y evaluar la prestación de la atención médica geriátrica a las personas adultas mayores de 65 años de edad (Art. 4 Frac. XXVI); Así como la recupe-

²⁹ Congreso del Estado de Baja California, Ley para las Personas con Discapacidad en el Estado de Baja California. Baja California, México, 2010, *Periódico Oficial*

³⁰ Congreso del Estado de Baja California, Ley de Salud Pública para el Estado de Baja California. Baja California, México, 2001, *Periódico Oficial* No. 49

ración de la funcionalidad y la reintegración de las personas mayores de 65 años a la comunidad cuando su estado de salud ha sido afectado, además de ocuparse de la prevención de la salud a efecto de erradicar otras enfermedades (Art. 50 Q.), lo que garantiza una atención médica especializada para el adulto mayor y garantizada por las instituciones de salud pública, como lo marcan los derechos y garantías de que gozan en todas las normatividades tanto nacionales como internacionales en referencia a no ejercer ningún tipo de violencia sobre ellos.

Ley de Atención y Protección a la Víctima o el Ofendido del Delito para el Estado de Baja California³¹

Esta Ley, por cuanto hace a los adultos mayores, independientemente de otros cuerpos normativos que les protejan en sus derechos y su persona, tiene como atribución principal establecer mecanismos para ampliar la cobertura de atención y protección a la víctima o el ofendido, a las personas que sin tener tal carácter sufran una afectación por la comisión de una conducta punitiva, preferentemente cuando se trate de personas adultos mayores de sesenta años de edad (Art. 7 Frac. IV), previendo que en todas las esferas jurídicas en las que se vea involucrado directa o indirectamente un adulto mayor quede protegido y le asista la legislación en comento por sobre las personales en condiciones de no vulnerabilidad como lo es su situación por su edad.

³¹ Congreso del Estado de Baja California, Ley de Atención y Protección a la Víctima o el Ofendido del Delito para el Estado de Baja California. Baja California, México, 2003, *Periódico Oficial* No.39

*EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL***Convención Interamericana de los Derechos Humanos de las Personas Adultas Mayores³²**

Solo tres países se han adherido a este tratado, México aún no lo ha hecho, lo que resulta sumamente importante ya que tiene por objeto promover, proteger y asegurar el reconocimiento y el pleno goce y ejercicio, en condiciones de igualdad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona mayor. La convención señala el derecho a la seguridad y a una vida sin ningún tipo de violencia y maltrato, además del compromiso de los Estados Parte a adoptar medidas legislativas, administrativas para prevenir, investigar, sancionar y erradicar los actos de violencia, así como propiciar la reparación de los daños ocasionados por estos actos. Desarrollar políticas de prevención de violencia, promover la creación, desarrollo y el fortalecimiento de servicios de apoyo para atender los casos de violencia, maltrato, abusos, explotación y abandono. Informar, capacitar y sensibilizar a la sociedad, a la familia y a funcionarios públicos, para que conozcan las diversas formas de violencia contra la persona mayor, y en general, promover la eliminación de todas las prácticas que generan violencia y que afectan la dignidad e integridad de los adultos mayores (Art. 9).

³² Organización de Estados Americanos. (2015). Convención Interamericana de los Derechos Humanos de las Personas Adultas Mayores. Washington, D.C., Estados Unidos de América: OEA

Carta de San José sobre los Derechos de las Personas Mayores de América Latina y el Caribe³³

Señala que la edad sigue siendo un motivo explícito y simbólico de discriminación que afecta el ejercicio de todos los derechos humanos en la vejez, y que las personas mayores requieren atención especial del Estado en América Latina y el Caribe, para proteger los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, e incorporar mayor solidaridad a los sistemas de protección social y ampliar la protección de los derechos humanos, lo que afecta la calidad y dignidad de la vida de las personas mayores.

Declaración Universal de Derechos Humanos (1948)³⁴

Establece derechos fundamentales como el de igualdad y la prohibición de discriminación por cualquier condición, el derecho a la seguridad social y a condiciones de vida adecuadas, los que son aplicables por extensión a las personas mayores y de gran importancia para el desarrollo de las libertades en la vejez.

Principios de Naciones Unidas a favor de las personas mayores³⁵

Se enuncian cinco principios que tienen relación estrecha con los derechos consagrados en los instrumentos interna-

³³ ONU y CEPAL, Carta de San José sobre los derechos de las personas mayores de América Latina y el Caribe, adoptada en la Tercera Conferencia Regional Intergubernamental sobre Envejecimiento en América Latina y el Caribe, San José de Costa Rica, 8 al 11 de mayo de 2012. https://www.cepal.org/celade/noticias/paginas/1/44901/CR_Carta_ESP.pdf

³⁴ Asamblea General de las Naciones Unidas, Declaración Universal de los Derechos Humanos, París, Francia, 1948. http://www.un.org/es/documents/udhr/UDHR_booklet_SP_web.pdf

³⁵ Asamblea General de las Naciones Unidas, Principios de Naciones Unidas a favor de las Personas Mayores, (resolución 46/91) el 16 de diciembre de 1991. <https://www.un.org/development/desa/ageing/resources/international-year-of-older-persons-1999>

cionales: independencia, participación, cuidados, autorrealización y dignidad.

Recomendaciones de la 2ª. Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento³⁶

Que a través de su Plan de Acción Mundial (abril, 2002) establece objetivos relacionados con la eliminación de toda forma de maltrato hacia los adultos mayores. Lo ubica en el contexto de los Derechos Humanos Universales y como una responsabilidad de toda la sociedad.

EN EL NIVEL CONTINENTAL

Declaración de Toronto para la Prevención Global del Maltrato de las Personas Mayores³⁷

Organización Mundial de la Salud, Ginebra. 17 de noviembre de 2002. Define el maltrato como “la acción única o repetida, o la falta de la respuesta apropiada, que ocurre dentro de

³⁶ Organización de las Naciones Unidas, Declaración Política y Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento, Segunda Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento, celebrada en Madrid, España, 8 a 12 de abril de 2002, Nueva York, 2003, fuente electrónica, disponible en: <https://social.un.org/ageing-working-group/documents/mipaa-sp.pdf>

³⁷ Organización Mundial de la Salud, (Red internacional de Prevención del Abuso y Maltrato en la Vejez (INPEA), Declaración de Toronto para la Prevención Global del Maltrato de las Personas Mayores, Esta declaración fue diseñada en una reunión de expertos, patrocinada por el Gobierno de Ontario, en Toronto, el 17 de noviembre de 2002, fuente electrónica, disponible en: http://www.inpea.net/images/TorontoDeclaracion_Espanol.pdf

cualquier relación donde exista una expectativa de confianza y la cual produzca daño o angustia a una persona mayor y puede ser física, psicológica/emocional, sexual, financiera o reflejar un acto de negligencia intencional o por omisión”, “Constituye una violación de los derechos humanos y una causa importante de lesiones, enfermedades, pérdida de productividad, aislamiento y desesperación”.

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar Y Erradicar la Violencia Contra la Mujer “Convención de Belem do Para”³⁸

Afirma que la violencia contra la mujer trasciende todos los sectores de la sociedad independientemente de su clase, raza o grupo étnico, nivel de ingresos, cultura, nivel educacional, edad o religión. Asimismo, es una condición indispensable para su desarrollo individual y social, y su plena e igualitaria participación en todas las esferas de la vida.

1ª. Conferencia Regional Intergubernamental sobre Envejecimiento³⁹

Realizada en Santiago de Chile, los países de la región acordaron una Estrategia de implementación del Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento, que constituye un marco de referencia regional que los países deben

³⁸ Organización de Estados Americanos (OEA), Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, Belém Do Pará, Brasil, 1994, fuente electrónica, disponible en: <http://www.oas.org/es/mesecvi/docs/BelemDoPara-ESPANOL.pdf>

³⁹ CEPAL, Conferencia Regional Intergubernamental sobre Envejecimiento, Santiago de Chile, del 19 al 21 de noviembre de 2003, disponible en: <https://www.cepal.org/publicaciones/xml/4/14644/lc12079e.pdf>

adaptar a sus realidades nacionales con el fin de responder eficazmente a las necesidades e intereses de las personas mayores, propiciando la creación de condiciones que favorezcan un envejecimiento individual y colectivo con seguridad y dignidad. El desafío de cada país es la implementación de dichos acuerdos requiriéndose el diseño de las medidas que contribuyan a su concreción.

2ª. Conferencia Intergubernamental Regional sobre Envejecimiento en América Latina y el Caribe: hacia una sociedad para todas las edades y de protección social basada en derechos⁴⁰

Se adoptó la Declaración de Brasilia en la cual se identifican las prioridades futuras de aplicación de la Estrategia Regional (2003), así como las oportunidades y los desafíos que plantea el envejecimiento de la población en las próximas décadas poniéndose énfasis en los conceptos de sociedad para todas las edades y en la protección social basada en derechos.

3. LOS FACTORES DE RIESGO Y VULNERABILIDAD A LA VIOLENCIA

La literatura reciente indica un número amplio de factores de riesgo y vulnerabilidad a la violencia en los adultos ma-

⁴⁰ CEPAL, Segunda Conferencia regional intergubernamental sobre envejecimiento en América Latina y el Caribe. Seguimiento de la Estrategia Regional de Implementación para América Latina y el Caribe del Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento, Brasilia, 4 al 6 de diciembre de 2007. disponible en: https://www.cepal.org/publicaciones/xml/0/32460/LCG2359_e.pdf

yores en México.⁴¹ En el estudio de Johannesen & Logiudice (2013) en un meta análisis, los investigadores determinan en sus hallazgos cuatro áreas de riesgo de abuso a los AM: la relacionada al adulto mayor, la del perpetrador, la relación y el medio ambiente. En el cuadro 3 se desglosa cada una.

Cuadro 3: Elaboración propia a partir de Johannesen & Logiudice (2013)

Área	Factor
Adulto mayor	Discapacidad cognitiva Problemas de conducta Enfermedad psiquiátrica y problemas psicológicos Dependencia funcional Salud física débil o fragilidad Bajos ingresos Trauma y abuso en el pasado Etnicidad
Perpetrador	Desgaste del cuidador y estrés Enfermedad psiquiátrica y problemas psicológicos
Relación	Poca armonía familiar Relaciones pobres o conflictivas
Medio ambiente	Poco apoyo social

Otro estudio efectuado en Baja California por los investigadores Hernández-Fuentes, Villegas y González,⁴² se en-

⁴¹ Entre los resultados de investigación pueden invocarse las obras citadas de Gómez, Abrego y Krug, 2007; Liliana Gildardo 2010a; Liliana Gildardo, 2010b; y la de Johannesen & Logiudice, 2013 Johannesen, M. & Logiudice, D. (2013). "Elder abuse: a systematic review of risk factor in community-dwelling elders". *Age and ageing*, 42(3), 292-298, disponible en: <https://academic.oup.com/ageing/article/42/3/292/24179>

⁴² Hernández-Fuentes, Elsa, Elsa Villegas, Pablo González (2015),

contraron 5 factores de riesgo y vulnerabilidad a la violencia. Los cuales se puntualizan a continuación:

INSEGURIDAD ECONÓMICA

La falta de capacitación facilitan el desempleo o bien en el mejor de los casos la obtención de un bajo salario, además del escaso número de personas de la tercera edad pensionadas los expone a situaciones de riesgo, al acercarlas a la falta de cuidados de salud, así como a la dependencia económica familiar, siendo importante ya que del 71.2% de la población en México de 60 años o más que se reportan como laboralmente inactivos dos terceras partes son mujeres, lo que situando a las mujeres de la tercera edad en una escenario de vulnerabilidad.⁴³

Si bien, se advierte en el estudio en comento que en México la ley dispone el retiro laboral entre los 60 y 65 años, el 28% de la población de esta edad son económicamente activos motivados en gran parte por la necesidad económica. Aunado a esto, Baja California reporta que el 4.3% de las mujeres indican haber sido despojadas de sus bienes o propiedades, acrecentándose esto con la edad de los individuos.

Y con ello se advierte otra variable de análisis, por un lado, la feminización de la pobreza, y por el otro, la feminización de la vejez; ambos factores extrapolan la vulnerabilidad y las situaciones de riesgo, al detrimento de la calidad de vida, el no acceso a bienes y servicios.

“Factores de riesgo y esperanza de vida del adulto mayor en la frontera norte de México: Mexicali, Baja California”, *Revista Caribeña de Ciencias Sociales*. En línea: <http://www.eumed.net/rev/caribe/2015/07/adulto-mayor.html>

⁴³ Cfr. *Ibidem*

RUPTURA DE LOS VÍNCULOS FAMILIARES

Debido a que el municipio de Mexicali y en general el estado de Baja California está conformado en gran parte por inmigrantes, 43.1% de población inmigrante según lo reportado por INEGI. En 2009, el dato revela que 619 554 migrantes mexicanos fueron devueltos en su intento de cruce internacional por la frontera norte. De esta manera dichas personas se establecerán en las ciudades fronterizas en espera de una nueva oportunidad, evitando regresar derrotados a sus lugares de origen e incrementando el número de individuos sin familia en la localidad.⁴⁴

La migración nacional e internacional revela que la población joven es la que se moviliza precisamente en la búsqueda de mejores condiciones económicas y de vida, por lo que la población que permanece en las localidades, envejece inexorablemente. Agregado a la política migratoria restrictiva, que impide el fortalecimiento de los lazos familiares, provocan esta condición de ruptura familiar y del abandono en que permanecen los adultos mayores.

EL CONSUMO DE ALCOHOL Y DROGAS

Facilita la pérdida de los límites vitales, morales, sociales y religiosos. El estado de Baja California se encuentra en el tercer lugar nacional en consumo de drogas ilegales agrupándose dentro de estas: heroína, cocaína, marihuana, ketamina, GHB y éxtasis. Es relevante notar que las mujeres de

⁴⁴ Hernández-Fuentes, Elsa, Elsa Villegas y Pablo González (2015). “Factores de riesgo y esperanza de vida del adulto mayor en la frontera norte de México: Mexicali, Baja California”, *Revista Caribeña de Ciencias Sociales*. En línea: <http://www.eumed.net/rev/caribe/2015/07/adulto-mayor.html>

la entidad se encuentran en primer lugar nacional en el uso de drogas y el 13.1 % son identificadas como bebedoras altas (cuatro copas o más en el caso de las mujeres).⁴⁵

El problema de adicción para la población adulta mayor también es un factor de riesgo, aunque no en la dependencia al consumo de drogas, la preponderancia es hacia el alcohol, además debe advertirse una propensión a los juegos de azar –ludopatía-. El consumo de alcohol para los AM es desencadenante de otros factores de riesgo como caídas, fracturas, accidentes domésticos y automovilísticos, y que inciden a otros factores como la ruptura de los vínculos familiares, el abandono y la mendicidad.

LOS TRASTORNOS DEPRESIVOS

Las características que se deben tomar en cuenta en el adulto mayor y que definen la vejez radican en la mayor vulnerabilidad en cuanto a salud, capacidades físicas, desempeño mental y dificultades a nuevos entornos sociales y económicos, lo que disminuye la calidad de vida relacionada con la salud.⁴⁶

Debe resaltarse que para la atención de la salud de los adultos mayores son escasos, si no es que nulo, los protocolos que utilizan el personal sanitario para detectar los casos de maltrato, y “rara vez abordan las cuestiones de la salud mental, de los signos conductuales como los intentos de sui-

⁴⁵ Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática (INEGI) (2010). *Hombres y mujeres, 2010*. Instituto Nacional de Estadística Geografía e Informática, Aguascalientes: INEGI; y Elsa Hernández-Fuentes, Elsa Villegas y Pablo González, op cit

⁴⁶ Cfr. Ruiz, J., & Nayma, G. (2016). Factores asociados con calidad de vida mejor relacionada a la salud del adulto mayor (Doctoral dissertation).

cidio, abuso de alcohol y drogas”.⁴⁷ La atención debe correlacionar la versión del paciente, con la del cuidador, la capacidad funcional, incluso la congruencia de los estudios con la propia explicación del AM, la verosimilitud de la información junto con los estudios y análisis funcionales de la persona, son advertencias para la canalización adecuada institucional; la omisión de tales estudios genera pues una omisión del personal, y en consecuencia el incumplimiento de un deber legal.

DESARROLLO DE ENFERMEDADES CRÓNICAS

Son propias de la edad y el desgaste físico, el estilo de vida y se ven agravadas por a la falta de ingresos, bajos niveles educativos, escasez de cuidados y atención especializada cercana. Aunado a los problemas que enfrenta el propio sistema de seguridad social en el país, tanto en la capacidad contributiva para acceder a pensiones y servicios de salud permanentes, como a la reducción del espectro de medicamentos del cuadro básico para su atención, y calidad de vida.

A MANERA DE CONCLUSIÓN

El incremento de este fenómeno debe ser un llamado de atención para implementar a la brevedad medidas tendientes a disminuir su magnitud. De continuar esta tendencia en la región, aunada al escaso interés y a la falta de una articulación de políticas públicas de prevención y atención, desde

⁴⁷ Caritas Bienestar del Adulto Mayor, I. (s.f.). Antología de prevención de la violencia y el maltrato en contra de los adultos mayores. Recuperado de http://www.gerontologia.org/portal/archivosUpload/Antologia_Prevenccion_Violencia_Contra_Adulto_Mayor.pdf

lo local, a guisa de ejemplo en Baja California, como en lo general en el país y la región; la situación se agravará creando cada vez más conflictos de carácter social y psicológico para los integrantes de los diferentes entornos en los que se desenvuelve el adulto mayor. Es importante señalar que existe coincidencia con otros estudios a nivel internacional y nacional en cuanto a los factores de vulnerabilidad social que afectan a la población de adultos mayores en la región objeto de estudio.

A pesar de los avances normativos y de los esfuerzos para la contención y prevención de la violencia en contra de los Adultos Mayores, como lo ha revelado es estudio en lo prolijo de los instrumentos legales que enfáticamente visibilizan al sector poblacional de análisis, se advierte que estas han sido insuficientes, o al menos, de manera aislada no son suficientes para la atención integral.

Lo anterior se corrobora con el crecimiento de los índices delictivos, en la modalidad de violencia familiar o doméstica, incluso social y comunitaria, direccionada hacia este sector de la población, incrementando su riesgo.

Como resultado del análisis normativo y de la política para prevenir, sancionar y erradicar la violencia en contra de los adultos mayores, se puede proponer la mejora de protocolos, procedimientos, la capacitación y sensibilización del personal operativo de los diferentes sectores que se implican; salud, seguridad social, asistencial investigación, procuración e impartición de justicia, así como la habilitación de la infraestructura y espacios de atención a los adultos mayores víctimas; ello como presupuestos mínimos para iniciar un camino sostenido para el alcance de la justicia a este creciente grupo vulnerable de nuestro país.

En Baja California, México, como se dejó claro, se expresa la tendencia mundial del incremento poblacional de las

personas adultas mayores, los avances médicos y científicos han permitido que la expectativa de vida aumente. Este envejecimiento demográfico hace necesaria una intervención decidida, y exige analizar las variables de la disminución de la capacidad física, biopsicosocial, y de las condiciones de salud, con la presencia de enfermedades crónicas como la diabetes, la hipertensión, enfermedades cardíacas, cáncer, que pueden avanzar a generar algún grado de discapacidad, necesitando los espacios de cuidado tanto familiar, como del sector salud, asistencial y de seguridad social.

La situación de vulnerabilidad de amplios sectores de la población adulta está evidenciando su exposición a episodios de violencia, preponderantemente en el maltrato físico, psicológico, económico, lo cual es detonante para otro tipo de problemas como la depresión, ansiedad y suicidio. Se advierte igualmente que la condición de dependencia induce a las víctimas de la violencia a no denunciar, entre los factores de riesgo que se han documentado son el temor, la vergüenza, la culpa y la desconfianza institucional.

Ciertamente, la capacidad del Estado para la atención del adulto mayor ha sido tema que por mucho tiempo ha permanecido fuera de la agenda pública; el crecimiento demográfico es sostenido, y la proliferación de normas no será nunca la solución; junto a los esfuerzos legales, debe actuarse en forma transversal e integral, atendiendo los diferentes aspectos que incidan en la calidad de vida y en su seguridad. Su condición, *per se*, exige que el acercamiento ante cualquier autoridad debe ser ya, con la advertencia de ser una categoría sospechosa, que su actuación debe ser atinente para una tutela plena, un acompañamiento eficiente que hagan efectivos sus derechos humanos, bajo la rectoría de la dignidad humana y la igualdad.

BIBLIOGRAFÍA

- Asamblea General de las Naciones Unidas, Declaración Universal de los Derechos Humanos, París, Francia, 1948, fuente electrónica, disponible en: http://www.un.org/es/documents/udhr/UDHR_booklet_SP_web.pdf
- Asamblea General de las Naciones Unidas, Principios de Naciones Unidas a favor de las personas mayores, (resolución 46/91) el 16 de diciembre de 1991, fuente electrónica, disponible en: <https://www.un.org/development/desa/ageing/resources/international-year-of-older-persons-1999/principles/los-principios-de-las-naciones-unidas-en-favor-de-las-personas-de-edad.html>
- Caritas Bienestar del Adulto Mayor, I. (s.f.), Antología de prevención de la violencia y el maltrato en contra de los adultos mayores. Recuperado de http://www.gerontologia.org/portal/archivosUpload/Antologia_Preencion_Violencia_Contra_Adulto_Mayor.pdf
- CENETEC, Detección y Manejo del Maltrato en el Adulto Mayor. 2013, Recuperado de <http://www.cenetec-difusion.com/CMGPC/IMSS-057-08/ER.pdf>
- CODHEM. (s.f.), Derechos Humanos de los adultos mayores. Recuperado de <http://www.codhem.org.mx/LocalUser/codhem.org/difus/adultos.pdf>
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe (2005), La legislación en favor de las personas mayores en América Latina y el Caribe. Recuperado de http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/7206/S0501092_es.pdf

Comisión Económica para América Latina y El Caribe (CEPAL), Conferencia Regional Intergubernamental sobre Envejecimiento (Santiago 2003), realizada en Santiago de Chile, del 19 al 21 de Noviembre de 2003, fuente electrónica, disponible en: <https://www.cepal.org/publicaciones/xml/4/14644/lc12079e.pdf>

Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), segunda Conferencia Regional Intergubernamental sobre Envejecimiento en América Latina y el Caribe: hacia una sociedad para todas las edades y de protección social basada en derechos, Seguimiento de la Estrategia Regional de Implementación para América Latina y el Caribe del Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento, Brasilia, 4 al 6 de diciembre de 2007, fuente electrónica, disponible en: https://www.cepal.org/publicaciones/xml/0/32460/LCG2359_e.pdf

Consejo Nacional de Población (CONAPO) (2017). “Envejecimiento en México”. Recuperado de <http://www.gob.mx/conapo/articulos/envejecimiento-en-mexico?idiom=es>

CONAPRED. (s.f.), “En Jalisco sancionarán con cárcel el maltrato a adultos mayores”. Recuperado de http://www.conapred.org.mx/index.php?contenido=noticias&id=5158&id_opcion=303&op=448

Consejo Nacional de Población (CONAPO), Flujo de mexicanos devueltos por las autoridades migratorias estadounidenses, según diversas características socio-demográficas, 1995, 1999-2000. 2011. http://www.conapo.gob.mx/index.php?option=com_content&view=article&id=324&Itemid=357.

COPLADE, *Adultos mayores 2016-2030*. <http://www.copla->

debc.gob.mx/publicaciones/2016/ADULTOS%20MAYORES%202016-2030.pdf

COPLADE, *La violencia en las mujeres unidas o casadas. Apuntes de población de Baja California*. (4) III, 2012, 2-11

COPLADE, *Migración en Baja California*. Comité de Planeación para el Desarrollo del Estado, Mexicali, Baja California, 2010

El Colegio de la Frontera Norte (COLEF). (2017). recuperado de: <https://www.colef.mx/opinion/el-envejecimiento-de-la-poblacion-una-transformacion-social-en-baja-california/>

Formula, G., “Llama INAPAM a denunciar abusos contra adultos mayores”. 15 de junio de 2013, Obtenido de <http://www.radioformula.com.mx/notas.asp?Idn=332407>

Gabriela, F. y Flores, F (2016), “La indigencia de adultos mayores como consecuencia del abandono en el Estado de México”. Obtenido de *Papeles de población*: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-74252016000100161#B27

Gildardo, Liliana, “El maltrato de personas adultas mayores: una mirada desde la perspectiva de género”. *Debate feminista*, 21(42), 151-165, 2010.

Gildardo, Liliana, *Violencia y maltrato hacia las personas adultas mayores en México: resultados para la generación de políticas públicas*. 2010. Recuperado de: http://www.geriatria.salud.gob.mx/descargas/foro/FS_VIOLENCIA_MALTRATO.pdf

Hernández-Fuentes, Elsa, Villegas Elsa y González, Pablo, “Factores de riesgo y esperanza de vida del adulto

mayor en la frontera norte de México: Mexicali, Baja California”, *Revista Caribeña de Ciencias Sociales*, 2015. <http://www.eumed.net/rev/caribe/2015/07/adulto-mayor.html>

H. Congreso de la Unión. (1917). Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. México: *Diario Oficial de la Federación*.

_____. Ley del Seguro Social. 1995, México: *Diario Oficial de la Federación*.

_____. Ley de Sistemas de Ahorro para el Retiro. 1996, México: *Diario Oficial de la Federación*.

_____. Ley de los Derechos de las Personas Adultas Mayores. 2002, México: *Diario Oficial de la Federación*.

_____. Ley de Asistencia Social. 2004, México: *Diario Oficial de la Federación*.

H. Congreso del Estado de Baja California. (1974). Código Civil para el Estado de Baja California. Baja California, México: *Periódico Oficial No. 3*.

_____. Código Penal para el Estado de Baja California. 1989, *Periódico Oficial No. 23*.

_____. Ley de Salud Pública para el Estado de Baja California, 2001, Baja California, México: *Periódico Oficial No. 49*.

_____. Ley de Asistencia Social para el Estado de Baja California. 2002, Baja California, México: *Periódico Oficial No. 46*.

_____. Ley de Atención y Prevención de la Violencia Familiar para el Estado de Baja California. 2003, Baja California, México: *Periódico Oficial No. 31*.

_____. Ley de Atención y Protección a la Víctima o el Ofen-

dido del Delito para el Estado de Baja California. 2003, Baja California, México: *Periódico Oficial* No.39.

_____ Ley de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia para el Estado de Baja California. 2008, Baja California, México: *Periódico Oficial* No. 29.

_____ Ley para las Personas con Discapacidad en el Estado de Baja California. 2010, Baja California, México: *Periódico Oficial*.

_____ Ley de los Derechos, Protección e Integración de las Personas Adultas Mayores en el Estado de Baja California. 2012, Baja California, México: *Periódico Oficial* No. 2.

_____ (2012). Ley para Prevenir y Erradicar la Discriminación en el Estado de Baja California. Baja California, México: *Periódico Oficial* No. 38.

Instituto Mexicano del Seguro Social, *Guía de práctica clínica. Detección y manejo del maltrato en el adulto mayor*. CENETEC, 2013.

Instituto Nacional de Geriátría, “Violencia y maltrato”. Obtenido de *Derechos humanos y envejecimiento*, 2015, http://www.geriatria.salud.gob.mx/contenidos/menu5/envejecimiento_derechos.html

Instituto Nacional de las Personas Adultas Mayores (INAPAM). (s.f.), Prevención del maltrato hacia las personas adultos mayores. Recuperado de http://www.inapam.gob.mx/work/models/INAPAM/Resource/Documentos_Inicio/Prevencion_maltrato_hacia_PAM.pdf

Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática

(INEGI), *Hombres y mujeres, 2010*. Instituto Nacional de Estadística Geografía e Informática, Aguascalientes: INEGI.

_____(INEGI), Panorama sociodemográfico de Baja California. Encuesta Intercensal 2015. Instituto Nacional de Estadística Geografía e Informática, Aguascalientes: INEGI.

Instituto Nacional de las Personas Adultas Mayores (INAPAM), *Voces Ausentes. Opinión de las personas mayores sobre el maltrato al mayor*. 2002. Recuperado de: <http://fiapam.org/wp-content/uploads/2013/04/Voces-ausentes.pdf>

Johannesen & Logiudice, Johannesen, M. & Logiudice, D., Elder abuse: a systematic review of risk factor in community-dwelling elders. *Age and ageing*, 42(3), 2013, 292-298, disponible en: <https://academic.oup.com/ageing/article/42/3/292/24179>

Organización de Estados Americanos, *Convención Interamericana de los Derechos Humanos de las Personas Adultas Mayores*. Washington, D.C., Estados Unidos de América: OEA, 2015.

Organización de Estados Americanos (OEA), *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer*, Belém Do Pará, Brasil, 1994, fuente electrónica, disponible en: <http://www.oas.org/es/mesecvi/docs/BelemDoPara-Espanol.pdf>

Organización de las Naciones Unidas y CEPAL, *Carta de San José sobre los derechos de las personas mayores de América Latina y el Caribe*, adoptada en la Tercera Conferencia Regional Intergubernamental sobre Envejecimiento en América Latina y el Caribe, San

José de Costa Rica, 8 al 11 de mayo de 2012, Costa Rica, 2012, fuente electrónica, disponible en: https://www.cepal.org/celade/noticias/paginas/1/44901/CR_Carta_ESP.pdf

Organización de las Naciones Unidas, Declaración Política y Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento, Segunda Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento, celebrada en Madrid, España, 8 a 12 de abril de 2002, Nueva York, 2003, fuente electrónica, disponible en: <https://social.un.org/ageing-working-group/documents/mipaa-sp.pdf>

Organización Mundial de la Salud, (Red internacional de prevención del abuso y maltrato en la vejez (INPEA), Declaración de Toronto para la Prevención Global del Maltrato de las Personas Mayores, Esta declaración fue diseñada en una reunión de expertos, patrocinada por el Gobierno de Ontario, en Toronto, el 17 de noviembre de 2002, fuente electrónica, disponible en: http://www.inpea.net/images/TorontoDeclaracion_Espanol.pdf

Procuraduría General de Justicia de la Ciudad de México (s.f.). Agencia especializada para la atención de personas y víctimas de violencia familiar. Recuperado de <http://www.pgjdf.gob.mx/index.php/micrositios/agenciamayores/marcomayores>

Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal (2010). Agencia Especializada para la Atención de Personas Adultas Mayores Víctimas de Violencia Familiar. Gaceta Oficial del Distrito Federal.

Consejo Nacional de Población. Proyecciones CONAPO. (s.f.). Recuperado de <http://www.gob.mx/conapo>

- Ruiz, F., “El abandono del adulto mayor como manifestación de la violencia intrafamiliar”. *Archivos de medicina familiar*, 11(4), 2011, 147-149. Recuperado de <http://www.medigraphic.com/pdfs/medfam/amf-2009/amf094a.pdf>
- Ruiz, J., & Nayma, G., *Factores asociados con calidad de vida mejor relacionada a la salud del adulto mayor*. 2016. (Doctoral dissertation).
- Secretaría de Salud (2002). Ley de los Derechos de personas adultos mayores. Recuperado de <http://www.salud.gob.mx/unidades/cdi/nom/compi/ldpam.html>
- _____. Violencia familiar, sexual y contra las mujeres. Criterios para la prevención y atención. Norma Oficial Mexicana. 2009, *Diario Oficial*.
- Sirlin, C. “Violencia, maltrato y abuso en la vejez. Una realidad oculta, una cuestión de derechos”. *Comentarios de seguridad social* (20), (Julio-septiembre de 2008). 39-61. Recuperado el 15 de mayo de 2018, de http://www.bps.gub.uy/innovaportal/file/1623/1/violencia_maltrato_y_abuso_en_la_vejez_una_realidad_oculta_una_cuestion_de_derechos._c._sirlin.pdf
- Torres, J., Fuentes, G. y Retel, C. (2007). “Desigualdad y vulnerabilidad en el colectivo de adultos mayores en México y el Estado de México”. *Quivera*.
- XIII Congreso Nacional de Investigación en Salud Pública, La violencia familiar en los adultos mayores en tres municipios. 2003. Recuperado de: [http://www.insp.mx/congreso/ponenciasTL112 \[1\].ppt](http://www.insp.mx/congreso/ponenciasTL112 [1].ppt)
- Ybáñez Zepeda Elmyra y Rafael Alarcón, “Envejecimiento y migración en Baja California”, *Frontera Norte*, vol. 19, núm. 38, julio-diciembre de 2007. Disponible en: <http://www.scielo.org.mx/pdf/fn/v19n38/v19n38a4.pdf>

MARINA DEL PILAR OLMEDA GARCÍA Y ANA EDITH CANALES MURILLO (COORDINADORAS), *LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA. PROTOCOLOS DE EXPERIENCIAS Y DESAFÍOS EN BAJA CALIFORNIA*. MEXICALI, FACULTAD DE DERECHO MEXICALI-ARTIFICIOS, 2021.

LEOBARDO SARABIA QUIROZ*

La investigación científica realizada en los claustros universitarios son un indicador de madurez institucional y un reflejo del nivel académico alcanzado. Hay una tendencia consistente y un auge de la investigación en las universidades, con un creciente nivel de calidad y exigencia metodológica. En esta dinámica hay un genuino interés por explorar nuevas temáticas y tendencia al trabajo colaborativo. La elaboración de las tesis de posgrado se erige entonces no solamente como un requisito para el egreso sino como un camino de aprendizaje, de dominio de la técnica investigativa y aplicación rigurosa de lo aprendido. *La investigación jurídica. Protocolos de experiencias y desafíos en Baja California*, libro coordinado por Marina del Pilar Olmeda y Ana Edith Canales, es un volumen consistente, con temas, que, en su variedad, describen escenarios, donde la aplicación concreta del derecho se torna oportuna y necesaria. A este libro lo integran un conjunto de ensayos, que provienen de los pro-

* Escritor, editor y promotor cultural. Egresado de la Facultad de Turismo y Mercadotecnia de la Universidad Autónoma de Baja California. Es autor de los libros de crónica literaria *Zona de turbulencia*, *Manual de sobrevivencia en la ciudad T* y *Halloween en la Calle Mayor*. Su libro más reciente es *Monsiváis en la frontera norte* (SC-ICBC, 2020).

tos de investigación seguidos por un grupo de estudiantes-profesores-investigadores, conforme su programa académico en el Doctorado en Ciencias Jurídicas, de la Facultad de Derecho Mexicali, de la Universidad Autónoma de Baja California. Los ensayos se caracterizan por un consistente manejo de la metodología, un solvente uso de referencias y rigor en los acercamientos conceptuales para abordar el tema elegido, donde combinan distintas perspectivas y tradiciones jurídicas, que enriquecen esta aportación científica al campo del derecho.

Ante la creciente complejidad de la sociedad globalizada se torna necesario abrir nuevas líneas de investigación, desde una perspectiva científica que sirvan para encauzar procesos y modernizar el marco jurídico. Lo tratado en este volumen tiene especial vigencia en una sociedad globalizada como la nuestra, con rezagos, realidades emergentes, y una multitud de preguntas y desafíos en la agenda social: la creciente complejidad de las relaciones económicas entre estados, la presencia de las tecnologías de la información y la comunicación, la evolución conceptual de la noción de familia, el dilema existencial de los adultos mayores, la añeja problemática de las etnias originarias, la defensa del medio ambiente ante el proceso corrosivo de la industrialización, los avatares de la aplicación del derecho del trabajo. Llama la atención la cantidad de propuestas concretas y alternativas disponibles en cada caso, lo que promueve la visión de la utilidad del derecho en la vida cotidiana de las comunidades.

El libro se articula en dos partes, donde convergen las líneas del derecho en la dimensión práctica: las líneas de aplicación del conocimiento sobre derecho constitucional y la segunda parte se integra con los protocolos relativos a la línea de generación y aplicación del derecho social. En la primera parte, el ensayo de los doctores Luis Xavier Gara-

vito Torres y Luis Enrique Concepción Montiel, “Régimen jurídico de las sociedades mercantiles frente el avance de los derechos humanos”, analiza la situación de las sociedades mercantiles en México en el contexto de la vigencia gradual y progresiva de los derechos humanos; el insuficiente avance de la legalización del régimen jurídico y su posible colisión con la necesaria aplicación de los derechos humanos. Un acierto es el estudio comparativo con el caso de Colombia, donde los autores establecen un contraste en cuanto a la vulneración de los derechos humanos por instituciones societarias y revisan las atribuciones de las sociedades mercantiles, en su dinámica administrativa.

El segundo ensayo, de la autoría conjunta de la doctora Marina del Pilar Olmeda García e Isaura Judith Moreno, aborda un tema de actualidad, “El derecho a la privacidad frente a las tecnologías de la información y la comunicación”. Para la plena vigencia de los derechos democráticos de las mayorías es necesario garantizar el derecho esencial a la privacidad; la evolución rápida y masiva de las tecnologías de la información en nuestra vida supone una adecuación de las normas legales que garantizan esos derechos básicos para la realización de la persona. Dicho peligro a la privacidad no solo proviene de los gobiernos sino también de la eventual acción de *hackers* y otra clase de amenazas cibernéticas como el manejo inescrupuloso de datos personales, la afectación al honor y la imagen o el ciberacoso. Las Tecnologías de la Información y Comunicación (TIC), en el contexto de la sociedad de la información, vienen a modificar lo que hasta finales del siglo XX eran las maneras de ver y conocer el mundo a través de los recursos tradicionales, y a partir de estas nuevas tecnologías, se abre otra, distinta percepción, como instrumentos de gran valor para transmitir conocimiento a todos los niveles. Entre las líneas

de investigación que se revisan en este texto, destacan: el desarrollo jurisprudencial en la materia y la metodología del derecho comparado, en este caso con la tradición jurídica española. El ensayo examina asimismo, el marco normativo de las tecnologías digitales de la información, con el ánimo de superar las lagunas jurídicas existentes y preservar los derechos humanos en materia de privacidad, en el contexto dinámico y cambiante de esta era digital.

El tercer documento académico se titula “Derecho humano al medio ambiente sano y la producción de energía renovable en Baja California, su progresividad con base en la cooperación público-privada”, de Alejandro Santibáñez Halphen y Christian Norberto Hernández. Los autores se aproximan a un tema esencial que es el derecho a un medio ambiente sano, para ello, examinan las limitantes a la explotación de la naturaleza y la exploración de nuevos métodos de proyectos sustentables a través de las asociaciones público privadas, como alternativas para satisfacer servicios públicos con la exigencia de garantizar la protección del medio ambiente. Con una revisión del marco jurídico existente, se estudia el potencial del trabajo conjunto de la administración pública y el sector privado, que se articula en la figura de las asociaciones público-privadas. Como marco de fondo está la necesidad urgente de impulsar en forma combinada el desarrollo económico con la debida protección al medio ambiente, para garantizar un esquema de desarrollo pleno, autosuficiente y sustentable.

En la segunda sección del libro, con el enfoque de línea de generación y aplicación del conocimiento de derecho social, se eligen temas de inobjetable utilidad social. El capítulo cuatro es titulado “Derecho al trabajo y a la libre determinación de los pueblos originarios cucapá de Baja California: la agenda pendiente”, con la autoría del alumno Paul Burruel Campos y la directora de tesis Yolanda Sosa y Silva García. Se trata

de un exigente repaso al insuficiente marco jurídico que enmarca la vida de los pueblos originarios, en este caso los cucapá, pero que podría extender sus conclusiones al resto de etnias nativas bajacalifornianas. En estas páginas se explica cómo las etnias carecen de garantías para un desarrollo pleno y saludable al derecho al trabajo, la educación, a una vida solvente y una plena autodeterminación. Los autores proponen un marco comparativo entre los cucapás de Baja California con los cocopah, asentados en Arizona, pueblos divididos por la línea fronteriza y realizan una evaluación del acceso al trabajo y la libre autodeterminación de los indígenas bajacalifornianos. De manera lateral pero categórica, el ensayo subraya la importancia de valorar e integrar el patrimonio histórico y lingüístico de estas etnias a nuestro acervo cultural compartido, como un instrumento de identidad y memoria histórica.

El quinto trabajo académico, de la autoría conjunta de Yedidi Chávez Vásquez y la doctora María Salomé Magaña Martínez, “Derecho de los adultos mayores: su empoderamiento y reivindicación social en México”, aborda un área jurídica de reciente interés y acaso insuficiente exploración crítica. Con auxilio de una evaluación comparada de la situación en otros países, las autoras destacan una vía de actualización a nuestras leyes y las formas de suplir las carencias actuales. La importancia de leyes, reglamentos que aborden y normen la problemática de los adultos mayores y tutelen a este sector social, en continuo incremento demográfico. Dentro del entramado social, la presencia de los adultos mayores exige un espacio y un marco de respeto, por su singularidad y especificidades vivenciales, por lo cual, esta línea de investigación jurídica, que configura “el derecho de la vejez”, o “derecho de la ancianidad”, que de manera gradual avanza en su pertinente articulación y forja un territorio académico sumamente valioso.

El capítulo sexto en esta segunda sección del libro, es: “Desafío de la suplencia de la queja en el derecho del trabajo”, de la autoría del alumno doctoral Jorge Alberto Márquez Herrán y el doctor Daniel Octavio Valdez Delgadillo. Los autores desbrozan el marco jurídico con precisión, al tiempo que demuestran un conocimiento notable sobre el derecho del trabajo. Se avanza en propuestas concretas para ampliar el margen de garantías del trabajador ante el patrón y se analiza con ánimo exhaustivo la ley de amparo y la jurisprudencia aplicable para conocer y determinar la normatividad del derecho del trabajo. En las páginas de este texto se trasluce asimismo una taxonomía de los derechos, limitaciones y dificultades de la clase trabajadora y la continua existencia de demandas que esperan ser atendidas. Como señalan los autores, este ensayo tiene su justificación en: “la protección de los trabajadores, por la desigualdad notoria en que se encuentra el sector trabajador respecto al sector patronal”.

Con el capítulo séptimo y final, “La subcontratación en México, un enfoque desde los derechos humanos de los trabajadores”, Miguel Montesinos Cervera, junto el doctor Jesús Rodríguez Cebreros, abordan con solvencia uno de los temas más polémicos en la aplicación del derecho: la subcontratación laboral, de uso muy extendido. Analizan esta situación desde la perspectiva de una afectación a los derechos humanos de los trabajadores, en el contexto de un proceso acelerado de reingeniería empresarial en todo el mundo. La subcontratación, también conocida como “outsourcing”, emerge como un espacio de incertidumbre laboral, que, a decir de los autores, “vulnera derechos del trabajo esenciales, como la permanencia en el empleo, el derecho de antigüedad, prestaciones sociales”, de aquellos sujetos a un contrato laboral de esa naturaleza.

Los ensayos de este libro destacan en su conjunto por

la aplicación de metodologías variadas, por la definición de líneas de investigación que llevan a los autores a una revisión exigente del marco legal y de la jurisprudencia, con una amplia bibliografía disponible, en un afán de clarificar procesos, traer a referencia estudios comparativos que permiten contrastar con otras experiencias jurídicas y ahondar en enfoques infrecuentes: sobre todo en temas emergentes como las TICs, los derechos de los adultos mayores, la colisión entre derecho y deterioro ambiental, los derechos ancestrales de las etnias originarias y sobre prácticas extendidas, como la subcontratación laboral. Se trata de un modelo de investigación que fomenta el rigor expositivo, el contraste de referencias, el enfoque inter y multidisciplinario y el trabajo colaborativo entre estudiantes y docentes. El libro revela una expresión madura y exigente de la producción académica en el contexto de los posgrados universitarios, que deja registro del proceso formativo de los estudiantes que comparecen en estas páginas con sus respectivos directores de tesis. La convergencia de ensayos editados en este libro, expresa los altos estándares de producción académica, que se verifican en las aulas de la Universidad Autónoma de Baja California.

MARISOL LUNA LEAL Y LUIS SAMANIEGO SANTAMARÍA
(COORDINADORES), *DERECHO Y CAMBIO CLIMÁTICO*.
TIRANT LO BLANCH. 2020.

LUIS ALBERTO BAUTISTA ARCINIEGA*

La actualidad científica advierte que el fenómeno del cambio climático se acrecienta aceleradamente en los últimos años. Consecuencia de los modelos de desarrollo implantados, el de la sustentabilidad transita su cauce, entre buscar un crecimiento económico anhelado y a su vez, encontrar un bienestar social que mejore la calidad de vida de la colectividad. Los daños ambientales, consecuencia del cambio climático, repercuten en todo el orbe, son extraterritoriales, y, por ende, la atención de ellos y la respuesta hacia encontrar medidas de protección ambiental y formas efectivas de mitigación y remediación de los daños, son de todos los sujetos internacionales. Así, la estrategia del esfuerzo es en expresión del principio de globalidad ambiental “pensar global, actuar local”, cada quien asuma la responsabilidad en sus circunscripciones de sus problemas del entorno natural e implementar sus planes de acción particulares. La solidaridad internacional es determinante en la cooperación con los recursos humanos, materiales y de apoyo tecnológico e informático, para afrontar los desafíos que plantean con crudeza los grandes problemas ambientales planetarios y asociar una planificación integral y coordinada en las agendas.

* Profesor de Tiempo Completo. Facultad de Derecho campus Mexicali. Universidad Autónoma de Baja California

Las consecuencias multidimensionales del cambio climático se manifiestan en su plano medioambiental, repercuten en espacios como el social, cultural, político, salud y jurídico. Desde la óptica del derecho, la regulación jurídica es preponderante para establecer los lineamientos de conducta de una relación simbiótica entre el ser humano y el medio ambiente. Del carácter multifactorial de los problemas ambientales y de las materias que establecen sus regulaciones jurídicas. La obra coordinada por Marisol Luna Leal y Luis Samaniego ofrece una perspectiva amplia y determinada de los temas trascendentales en materia jurídica y su relación con el cambio climático. Desde la óptica jurídica, los planteamientos teóricos de la presente obra abordan un contexto de la realidad ambiental en cuanto a los grandes problemas y consecuencias del cambio climático y su consecuente regulación internacional y nacional en el contexto jurisdiccional, institucional y normativo. En este sentido, se destaca de acuerdo a los principales estandartes internacionales de la justicia ambiental, la imperiosa necesidad de consagrar una vía jurisdiccional sobre la titularidad del interés superior en la materia ambiental, la exigibilidad del derecho, más allá de la enunciación es un tema de urgente implementación para afianzar la seguridad jurídica del justiciable. En relación con el reconocimiento del derecho a gozar de un medio ambiente sano, el desarrollo sustentable delinea en su teoría, la racionalización en el uso y explotación de los recursos naturales con propósito de establecer un equilibrio entre el crecimiento y el desarrollo, indispensable para satisfacer nuestras necesidades actuales sin comprometer las de las generaciones venideras, acorde con la nueva expectativa teórica del derecho a la pervivencia. Dentro de la institucionalidad y normativa ambiental, existe una amplia competencia y normativa, sin embargo, se plantea cuáles son los factores que obstaculizan

un eficaz desempeño y cumplimiento de todo un esquema de regulación. La infraestructura y la competencia orgánica, se reflejan rebasadas por la capacidad real que se tiene para cumplir con las responsabilidades, la capacitación y actualización del personal, así como los implementos materiales para las actividades técnicas son necesarias para desarrollar con éxito su labor. En virtud de la naturaleza de los daños ambientales, se determina un tecnicismo y apoyo de la ciencia para su comprensión y posible remediación, no obstante, por la complejidad de los ciclos regenerativos o de imposible reparación de los bienes naturales, la norma jurídica es y deberá ser siempre preventiva. Existen actividades que por su impacto ambiental inciden en el cambio climático, como la contaminación de las aguas de los océanos y continentales, la atmosférica por los gases de efecto invernadero, así como aquellas que erosionan y desgastan la fertilidad de la tierra con prácticas como el fracking, tecnología muy discutible en su uso.

De forma simbiótica al derecho del medio ambiente sano, el tema del agua como elemento vital, exiguo y finito, es elemental para adentrarnos en la complejidad del contexto del cambio climático. Se reflexiona sobre la capacidad de los cuerpos de agua dulce que puedan abastecer las necesidades humanas para uso y consumo como un recurso hídrico, y pensar, cómo el Estado puede garantizar el derecho de acceso a él a través de un servicio público. Lo anterior se extrapola con la precariedad del agua por su mal manejo y la contaminación. Dentro del universo de los derechos humanos y el compromiso de los países de asumir las disposiciones internacionales en materia ambiental, el Convenio de Aarhus y el Acuerdo de Escazú son trascendentales en la actualidad. Desde los principales y primigenios acuerdos de la Declaración sobre Medio Ambiente Humano y la Decla-

ración sobre Medio Ambiente y Desarrollo, emergen nuevos instrumentos, el Convenio de Aarhus y el Acuerdo de Escazú impulsan una fortalecida y nueva instrumentación para la justicia ambiental. Entre los principales componentes se encuentra el acceso a la información y a la participación ciudadana. El escenario que se plantea a partir de los anteriores ordenamientos fortalece la visión de una injerencia activa de la ciudadanía en la toma de decisiones de los proyectos del Estado y en cuanto a los daños ambientales que puedan producirse en el entorno natural y los derechos humanos que puedan vulnerarse en el desarrollo del mismo. El interés legítimo a través de la acción colectiva es uno de las introducciones más importantes dentro de la justicia ambiental en el último tiempo, mismo que se regula en el entramado normativo internacional y es adoptado por las constituciones en el plano doméstico. Lo anterior apoya la exigibilidad de los derechos violentados de los grupos vulnerables y de las personas individuales y colectivas en su derecho a gozar de un medio ambiente sano. El Estado en observancia de la instrumentación internacional y nacional, deberá crear un marco integral y efectivo de regulación que garantice que a través de la educación, institucionalidad y normativa permita coexistir armoniosamente en el planeta, los seres humanos y el medio ambiente. Las reflexiones a través del estudio filosófico y epistemológico de diferentes teorías se explyan dentro del texto de referencia, las visiones antropocéntricas tradicionales conllevan un riesgo que en contrapartida hace surgir nuevas propuestas en los modelos de desarrollo de cara a un futuro más prometedor.

ÓSCAR BERNARDO RIVERA GARCÍA, ELSA DE JESÚS HERNÁNDEZ FUENTES, MÓNICA AYALA-MIRA Y RAMÓN LEOPOLDO MORENO (COORDINADORES), *DISCRIMINACIÓN Y VULNERABILIDAD SOCIAL. UNA APROXIMACIÓN TEÓRICA Y EMPÍRICA*. UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE BAJA CALIFORNIA-UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE CIUDAD JUÁREZ, 2020.

CARLOS FEDERICO ROSALES GUERRERO*

En las ciencias sociales, sobre todo en lo referente a grupos poblacionales, se siguen advirtiendo problemáticas de antaño que persisten, incluso con mayor agudeza, hasta el día de hoy. Hambre, pobreza, inequidad, exclusión, discriminación, vulnerabilidad, etc., siguen siendo temáticas pendientes que se evidencian en los patrones de producción, distribución y consumo del capital a nivel planetario, pero especialmente visibles en países de la periferia, particularmente en América Latina. La pobreza tiende a reforzar las condiciones de desigualdad prevalecientes entre regiones y grupos sociales. En los estudios sobre discriminación por ejemplo, se da por sentado que las prácticas y actitudes discriminatorias tienen mayor incidencia entre las personas económicamente más débiles, en condiciones de pobreza. En términos generales, la pobreza tiende a aumentar la discriminación en diferentes sectores de la población: minorías sexuales, personas con discapacidad, minorías étnicas, personal doméstico, mujeres, población joven y adultos mayores.

* Profesor de Tiempo Completo. Facultad de Artes. Universidad Autónoma de Baja California. Cursa el Doctorado en Estudios Sociales. Instituto de Investigaciones Sociales.

Por su parte, la ausencia de un marco conceptual que integre teóricamente enfoques más amplios sobre la pobreza, sumado a la complejidad y la velocidad de los cambios económicos y sociales, ha orillado a que se consideren estudios que integren abordajes como la exclusión y la vulnerabilidad. Entre ellos, la noción de vulnerabilidad social identifica a individuos y comunidades con menor capacidad de respuesta y resiliencia; por lo tanto están expuestos a mayores niveles de riesgo social, político y económico que afectan sus condiciones de vida. Por lo tanto la noción de vulnerabilidad social tiene su propia particularidad y características distintas a otros enfoques como la pobreza, marginalidad o exclusión social.

En *Discriminación y vulnerabilidad social. Una aproximación teórica y empírica* se abordan estas temáticas actuales, contemporáneas y presentes en cualquier territorio. El concepto de vulnerabilidad social se retoma para identificar a un individuo o grupo que posee una capacidad limitada o reducida de adaptación ante condiciones extremas de manera temporal o permanente. El racismo y la discriminación son de carácter estructural y están dirigidos, principalmente, a aquellas personas cuya condición social está determinada por su tono de piel, especialmente en grupos étnicos y afrodescendientes; también a aquellos que presentan cuerpos diferentes, opciones de vida diversa a la nuestra e incluso a personas que tienen maneras de pensar distintas. Con base en estudios empíricos, los autores abordan diferentes situaciones de vulnerabilidad y discriminación en actores particulares como jóvenes, migrantes, sociedad en general, espacio urbano y otros.

El libro contiene nueve capítulos con temáticas que evidencian, tanto empírica como teóricamente, la relación entre discriminación y vulnerabilidad social. En el primer capítu-

lo, Olmeda García presenta los avances de una investigación amplia sobre los derechos humanos referente a los desafíos y retos frente a los derechos de igualdad y no discriminación. El propósito es aportar explicaciones y propuestas para evitar la vulneración de estos derechos. Los hallazgos reportan que hace falta mucho por avanzar, se trata de derechos que han adquirido un sentido autónomo, específico y concreto en el contexto del desarrollo de los derechos humanos.

En el segundo capítulo, González, Figueroa, Reyes y Martínez, exponen a la responsabilidad social como un área todavía en construcción, pero goza de un protagonismo notable entre empresas y organizaciones. Abordan la responsabilidad social como toda visión que una organización debería tener en su actividad cotidiana, este nuevo enfoque se origina en la iniciativa privada buscando que las empresas regresen algo de sus utilidades a la sociedad, ya sea en apoyos a estudiantes mediante becas, cuidado del medio ambiente en campañas de reciclado, reforestación o con productos biodegradables. El capítulo tiene como objetivo presentar los avances y retos en materia de Responsabilidad Social Universitaria, desde el punto de vista del docente, particularmente en el eje *campus responsable*. Así, de la Responsabilidad Social Empresarial (RSE) tendiente a ayudar a los más desfavorecidos, se pasa a la Responsabilidad Social Universitaria (RSU) que pretende ser un ente transformador de la sociedad, pero que termina siendo un estudio que sugiere a la UABC desarrollar mecanismos de monitoreo y evaluación que se traduzcan en acciones encaminadas al logro de una sociedad más justa.

El capítulo de Hernández Fuentes aborda un tema fundamental para cualquier universidad: la discriminación entre jóvenes. Se analiza el marco legal y las condiciones de protección contra la discriminación que brinda la Ley para Prevenir y Erradicar la Discriminación en el Estado de Baja

California, creada en el año 2012 y la Ficha temática de personas jóvenes elaborada por el Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (Conapred). El análisis trabaja de manera transversal apoyándose de la sociología. La categoría de análisis de jóvenes, se define a partir de una coyuntura generacional, una transición educativa que va del bachillerato a la universidad, particularmente se toman como actores de estudio a los jóvenes estudiantes universitarios del tronco común en ciencias sociales y estudiantes de sociología. Esta selección de actores tiene una justificación importante ya que, en la Facultad de Ciencias Humanas (FCH) de la UABC, los estudiantes de tronco común son aquellos jóvenes que empiezan su formación universitaria, vienen de un espacio y ambiente totalmente diferente como lo es el bachillerato. Esta transición “educativa” implica que la operatividad de la discriminación convierte a los jóvenes en víctimas y verdugos. El estudio se enfoca en identificar, determinar cuáles son los tipos de discriminación con mayor presencia entre los estudiantes universitarios así como el uso de los espacios públicos; aborda la triada estereotipo-prejuicio-discriminación ya que los prejuicios representan una base emocional que se traduce en actitudes negativas hacia individuos de un entorno social desvalorizado. Más de la mitad de los encuestados manifestaron haber sido afectados en al menos un tipo de discriminación: social, económica, por edad, por apariencia física, por orientación sexual, laboral, racial o por más de un tipo. El capítulo ofrece algunas reflexiones finales como la revisión de los planes de estudio de las ciencias sociales (al menos en la FCH - UABC) ya que los jóvenes son objeto de discriminación, pero también son ejecutores de discriminación lo que evidencia un problema social puesto que son incapaces de relacionarse afablemente con grupos cercanos. Lo anterior cobra relevancia si consideramos que se trata de estudiantes de ciencias sociales.

Para el capítulo que continúa, Rivera y Armenta trabajan el tema sobre las situaciones de vulnerabilidad en adolescentes migrantes en conflicto con la ley; la línea central es visibilizar que el contexto individual de adolescentes que toman la decisión de migrar en busca de mejores condiciones de vida y que por diversas situaciones se encuentran varados en un contexto fronterizo, se ubican en una situación muy particular de vulnerabilidad. Lo anterior los convierte en actores susceptibles a involucrarse en situaciones que ponen en riesgo su integridad física y, en algunos casos, hasta su libertad. Una de las aportaciones de este capítulo es ubicar las situaciones de vulnerabilidad en tres dimensiones: biológica, social y legal/institucional. Bajo estas tres dimensiones, los actores van acumulando situaciones de vulnerabilidad que los exponen a la discriminación y, sobre todo, a que tomen decisiones que involucren actividades ilícitas bajo un contexto de precarización involuntaria. A partir de entrevistas a profundidad y de un análisis semántico, los autores ofrecen una posible conclusión: la ausencia de una figura materna o paterna es un patrón que se repite en los cinco adolescentes entrevistados; abusos físicos y hasta sexuales fueron experimentados por los adolescentes a una edad promedio de 8.7 años. Lo anterior significa que a diferencia de los menores con posibilidad de asistir a la escuela, los niños, niñas y adolescentes migrantes (NNAM) experimentan de manera directa acciones que determinan una identidad encaminada a la normalización de situaciones de precariedad.

Bajo la misma temática sobre migración, Teresa Brandi desarrolla en el capítulo sobre los trabajadores migrantes como colectivo vulnerable en el derecho argentino, se aborda la normativa argentina respecto a los trabajadores extranjeros desde el dictado de la Constitución Nacional, en 1853, hasta la última reforma (año 1994), incluyendo los tratados

de derechos humanos con jerarquía constitucional, así como otros convenios, pactos y acuerdos específicamente vinculados al tema. La ley de 1875 por ejemplo, basada en la fe en el progreso atrajo a agricultores europeos. El inmigrante extranjero menor de 60 años con oficio o profesión y sin antecedentes criminales quedaba protegido por el Estado excepto quienes contaban con signos de enfermedades físicas o mentales o antecedentes penales. Fue la Ley General de Migraciones y de Fomento de la Inmigración de 1981 que se determinó el aumento de la población mediante la inmigración y no fue hasta la ley nacional de 1984 que se otorgó amnistía a todos los inmigrantes en situación irregular. Debido al incremento en el flujo de inmigrantes de países limítrofes a final de los años 90, se produjo una situación política tensa por lo que se firmó el Acuerdo sobre Residencia para Nacionales de los Estados Parte del Mercosur. Hoy, la República Argentina permite la entrada y salida de extranjeros sin restricciones, limitaciones o discriminaciones injustas de ningún tipo. En relación con el tema laboral, llama la atención que la contratación de trabajadores migrantes ilegales es una tentación para “reducir costos” para los empleadores, usando su fuerza de trabajo en tareas que requieren poca calificación, cayendo dicho segmento en situación de vulnerabilidad.

Capito Mata y Canales Murillo trabajan el tema sobre la violencia de género en el crimen organizado. De entrada, el título refleja un tema sumamente delicado. Como objetivo, los autores se plantean una posible doble vulnerabilidad de las mujeres que habitan la zona fronteriza de Baja California, México y California, Estados Unidos. Desde un abordaje jurídico y social, los autores analizan cómo la figura del patriarcado asume un papel determinante dentro del crimen organizado debido a que las mujeres adquieren roles

de subordinación que las orillan al trasiego de drogas, por ejemplo. El lector podrá identificar en este capítulo los tipos de violencia y sus modalidades contra la mujer que están estipulados en la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia en México. Lo anterior ayuda para justificar la relación entre la violencia de género y el narcotráfico. Llama la atención en el capítulo cómo los autores trabajan el concepto de “autoviolencia” que se convierte en el anclaje teórico para explicar cómo el patriarcado o la violencia psicológica orilla a las mujeres a cometer un ilícito. Asimismo, resalta la explicación socio espacial de Baja California, México y su relación con el narcotráfico y la delincuencia organizada, explicación que resulta imprescindible para dimensionar las situaciones de vulnerabilidad que experimentan las mujeres en un determinado espacio geográfico, elementos como la transnacionalidad, narcomundo, narcocultura, “mujer trofeo”, son elementos que ayudarán al lector a comprender la participación de la mujer en el narcotráfico.

Para el capítulo que trabajan Mónica Ayala y Claudia Salinas Boldo sobre la escritura autobiográfica y lesbofobia internalizada, uno de los elementos a resaltar es la metodología utilizada para evidenciar, a partir de la autobiografía, cómo una mujer de la diversidad sexual entiende, explica, asume la lesbofobia internalizada como una situación de vulnerabilidad y discriminación. Se plantean como objetivo un análisis desde la autobiografía, el feminismo y el género relacionado con la representación en donde la experiencia y la agencia figuran como estrategia de resiliencia social. En el capítulo se lleva a cabo un análisis sobre la discriminación que han sufrido las mujeres por motivos de orientación sexual así como la sistemática violación a sus derechos humanos fundamentales, los lectores podrán identificar los di-

ferentes instrumentos nacionales que se enfocan en obtener indicadores sobre la discriminación en México. En el apartado teórico se aborda la doble discriminación que experimentan las mujeres lesbianas provocando la invisibilización de la subjetividad lésbica. Asimismo, se justifica la “fragilización” como estrategia de resiliencia y de posible emancipación utilizando la escritura para disminuir el impacto de los cuerpos sexuados en una sociedad heteronormada. Como ya se mencionó, una de las aportaciones más significativas es la propuesta metodológica de corte cualitativo que las autoras utilizaron para el análisis de este capítulo. Los lectores podrán encontrar la justificación metodológica así como los fines y objetivos por los que se decide utilizar la Autobiografía como método, considerando la experiencia y agencia desde el plano subjetivo para construir explicaciones objetivas. A partir de esta metodología, los autores plantean un escenario de investigación donde las herramientas tecnológicas juegan un papel trascendente.

Los autores Ramón Moreno, Verónica Méndez y Luis Carlos Bravo, como parte de los capítulos que abordan los espacios urbanos y el efecto de vulnerabilidad, desarrollan el tema territorio urbano, vulnerabilidad social e imaginario del miedo. En dicho capítulo, los autores abordan a la ciudad como el espacio social por antonomasia donde los individuos captan su vida cotidiana que se ve trastocada cuando se involucra la violencia como elemento que determina y trastoca su patrimonio social, económico, político y cultural. El principal problema que identifican los autores es cómo la violencia produce diversos sentimientos como el miedo, la inseguridad, fragilidad, la impotencia de descubrir la invasión del espacio propio provocando ansiedad y temor. Se proponen descubrir las respuestas a ¿qué hacer o cómo responder ante estos hechos? Como posible respuesta, se expli-

ca la reconfiguración del espacio urbano ante la organización o defensa de la integridad individual y colectiva de sus habitantes. En el capítulo se identifican diferentes situaciones de vulnerabilidad que están relacionados con el habitar las ciudades, puntualizan en los “momentos” en los que aparecen las diferentes situaciones de vulnerabilidad y, sobre todo, explican el proceso mediante el cual un colectivo atiende estos momentos; a saber: primero lo individual, protección y, en un segundo momento, la organización comunitaria como estrategia de protección y defensa del lugar y entorno. Este proceso significa que, “surge una nueva forma de ocupar el espacio: cierre de calles”. Se explica que, si bien, el cerrar las calles, contratar protección o seguridad privada pudiera estar al alcance de grandes fraccionamientos y el fenómeno pareciera ser un hecho de clase social, a partir del contexto descrito de Ciudad Juárez, Chihuahua, el ocupar el espacio involucra a todos los estratos sociales ya que las clases medias y bajas también forman parte del colectivo social y por ende, del fenómeno social. Por tanto, como objetivo principal del capítulo es conocer las maneras y procesos en que el espacio urbano se relaciona con la vulnerabilidad social y el impacto que tiene en la vida urbana manifestado con el cierre de calles.

Finalmente, Jorge Alberto Avitia trabaja el tema imaginarios y espacios de miedo. Así como el capítulo sobre el cierre de calles en Ciudad Juárez, en este capítulo el espacio urbano juega un papel significativo, a diferencia del otro capítulo, Avitia trabaja la relación entre la violencia, los imaginarios del miedo y las repercusiones en los usos y prácticas. Una de las aportaciones más importantes es la diferenciación –teórica y empírica– entre los imaginarios del miedo y las manifestaciones del miedo. Sin lugar a duda, los lectores podrán encontrar muy útil esta diferenciación ya que se parte de ex-

perencias de los habitantes y sus respectivas subjetividades en relación con lo que provoca el miedo y lo que significa el miedo en un espacio donde, por lo menos una década atrás, ha experimentado una violencia sistemática en su cotidianidad (Ciudad Juárez como la ciudad más violenta del mundo 2009 y 2010). A partir de una explicación contextual sobre la violencia, el autor nos introduce a un mundo que pareciera irreal, pero que a partir de los datos duros, lamentablemente podemos hacernos una idea de los índices de violencia que ha experimentado Ciudad Juárez y como consecuencia trae consigo un arraigo identitario con el fenómeno de violencia y su manifestación del miedo. Resulta interesante cómo el autor, a partir de las categorías de análisis, correlaciona la violencia, el miedo, los imaginarios y el uso y prácticas en el espacio urbano para identificar el sentir del miedo en cuanto a la violencia, los usos y prácticas en el espacio urbano en cuanto a los imaginarios del miedo, las topofilias y topofobias y el cierre de calles como manifestación en contra del miedo. Como reflexiones finales, el autor ofrece elementos para “comprender la articulación del espacio urbano en función de los imaginarios que no son precisamente reflejos de la realidad”; asimismo, un hallazgo significativo es la explicación sobre algunos imaginarios que no sólo responden a la violencia o el miedo, sino a la alteridad, hacia el otro como amenaza por el simple hecho de ser otro. Explicación que resultará interesante para los lectores.

Nadie quiere aceptar que nuestras prácticas culturales cotidianas se encuentran atravesadas por el racismo y la discriminación, y este documento, es otra oportunidad de visibilizarlo. El lector podrá encontrar a nuevos actores sociales en esta condición, por lo tanto, se trata de un nuevo esfuerzo que abona a la discusión y comprensión del fenómeno.

La revista *CimaLex*, vol. 1, número 1, enero-junio 2022, se terminó de imprimir el 5 de enero de 2022 en Artificios Media, Abelardo L. Rodríguez 747, Colonia Maestros Federales, Mexicali, Baja California CP 21370. www.artificios.club El tiraje consta de 50 ejemplares. El cuidado de la edición estuvo a cargo de Leobardo Sarabia. En su composición, se usó la tipografía Times Roman, 11 y 12 puntos.



Universidad Autónoma de Baja California