

Las influencias en la formación del Estado mexicano

La unificación de la legislación penal en México. (fuero federal, fuero común y fuero de guerra)

ENERO - DICIEMBRE 2018 UNA PUBLICACIÓN DEL INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNIVERSIDAD JUÁREZ DEL ESTADO DE DURANGO. AÑO 28 - NÚMEROS 29-30

JUS

DERECHO

SOCIEDAD

ESTADO



La aplicación de estándares internacionales en el proceso de consolidación de las candidaturas independientes en México: el caso de Durango

La migración humana al límite de los Derechos Humanos

Instituto de Investigaciones Jurídicas, Torre de Investigación, Boulevard del Guadiana # 501 Ciudad Universitaria C.P. 34120, Durango, Dgo. México., Tel: Oficina (618) 825 1886 y 828 0378, página web: <http://investigacionesjuridicas.ujed.mx>

JUS

DERECHO

SOCIEDAD

ESTADO

JUS

Derecho, Sociedad, Estado

AÑO 28, NÚMERO 29-30
ENERO - DICIEMBRE 2018

ISSN: 01-87-8883

INSTITUTO DE
INVESTIGACIONES
JURÍDICAS



UNIVERSIDAD
JUÁREZ DEL ESTADO
DE DURANGO



ENCARGADO DEL INSTITUTO DE
INVESTIGACIONES JURÍDICAS
Dr. Martín Gallardo García

REVISTA JUS

DIRECTOR

Dr. Martín Gallardo García

CONSEJO EDITORIAL

Dr. Edgar Alán Arroyo Cisneros.

Dr. Martín Gallardo García.

Dra. Brenda Fabiola Chávez Bermúdez.

M.D. Claudia Elena Rodríguez Mendiola.

M.D.E. Carlos Sergio Quiñones Tinoco.

Dr. Raúl Montoya Zamora

Dr. Ramón Gil Carreón Gallegos

CONSEJO ARBITRAL

Dra. Consuelo Sirvent Gutiérrez

Universidad Nacional Autónoma de México

Dr. Enrique Cáceres Nieto

Universidad Nacional Autónoma de México

Dra. Irina Graciela Cervantes Bravo

Universidad Autónoma de Nayarit

Dr. Elías García Ríos

Universidad Autónoma del Estado de México

Dr. Gonzalo Armienta Hernández

Universidad Autónoma de Sinaloa

Dr. Manuel de Jesús Esquivel Leyva

Universidad Autónoma de Sinaloa

Dr. Luis María Romero Flor

Universidad de Castilla-La Mancha, España.

Impreso en Artes Gráficas LA IMPRESORA

Canelas 610, Zona Centro, Durango, Dgo.

agleditorial@gmail.com. Tel. 813 33 33

ÍNDICE

5. Las influencias en la formación del Estado mexicano -
Dr. Jorge Gurrola García. UJED
16. La aplicación de estándares internacionales en el
proceso de consolidación de las candidaturas
independientes en México: el caso de Durango -
M.D. Gabriela Guadalupe Valles Santillán. UJED - *Dr.
Martín Gallardo García.* UJED
29. La unificación de la legislación penal en México.
(fuero federal, fuero común y fuero de guerra) -
Gerardo Bermúdez Tuero. UJED
43. La migración humana al límite de los Derechos Hu-
manos - *Dra. Velia Patricia Barragán Cisneros.* UNAM

CON RECURSOS PFCE 2018

EDITORIAL

El Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Juárez del Estado de Durango, es la unidad académica de investigación jurídica más importante de la entidad. Coherente con sus objetivos y metas y sobre todo, atendiendo su compromiso con la sociedad es que se da a la tarea de realizar el estudio y análisis de los fenómenos sociales y culturales que ocurren en nuestra entidad, región, país y en el mundo en general.

Hoy en día estamos viviendo un fenómeno histórico referente a la migración masiva de hombres que por diversas causas deciden cambiar de lugar de residencia, entre las que se encuentran la violencia de género y de bandas de criminales; la extorsión, la pobreza y un restringido ascenso a la educación y los servicios sociales en sus lugares de orígenes; así como la falta de oportunidades laborales, son los motivos principales para buscar nuevos horizontes; donde se familia pueda desarrollarse en un ambiente libre de toda clase violencia.

Hace algunos meses observábamos a través de la televisión este fenómeno social, donde hombres del continente africano trataban de migrar hacia el continente europeo; veíamos como algunos de los Estados miembros de esa comunidad buscaban alternativas para impedir la llegada de los llamados “ilegales” a sus territorios, utilizando cercas de alambre entre otras cosas.

En la presente edición de la Revista *JUS DERECHO SOCIEDAD ESTADO* se presenta un artículo de la Dra. Velia Patricia Barragán Cisneros titulado “La migración humana al límite de los Derechos Humanos”, donde se hace un estudio exhaustivo partiendo de los derechos naturales del hombre sin importar el origen; estudio apropiado para entender la situación por la que estamos pasando como integrantes del Estado mexicano.

El Dr. Jorge Gurrola García realiza un análisis sobre la influencias en la formación del Estado mexicano, estudio que nos ayudara a conocer la influencia que tuvieron las Constituciones de Cádiz de 1812 y la de Apatzingán de 1814; por su parte la M.D. Gabriela Guadalupe Valles Santillán y el Dr. Martín Gallardo García analizan la aplicación de estándares internacionales en el proceso de consolidación de las candidaturas independientes en México: El caso de Durango y finalmente el M.D. Gerardo Bermúdez Tuero conocedor de las milicias militares realiza un análisis exhaustivo de la unificación de la legislación penal en México.

Dr. Martín Gallardo García

Las influencias en la formación del Estado mexicano

*Dr. Jorge Gurrola García** - Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Juárez del Estado de Durango

RESUMEN

En el presente trabajo se reflexiona acerca del origen del Estado mexicano, de las influencias externas que en su formación ejercieron el movimiento de la ilustración y la forma de gobierno de los Estados Unidos de Norteamérica; el primero en la conceptualización que se le da al Estado, al poder y al hombre en la búsqueda de la libertad e igualdad; al segundo en la adopción de la República presidencialista como forma de estructuración del gobierno. También se analizan las influencias internas: la Constitución de Cádiz en lo relativo a la división de poderes y al sistema representativo, así como la Constitución de Apatzingán en lo que respecta a la soberanía.

PALABRAS CLAVE: Estado, influencias, Constitución, Soberanía, Derecho

ABSTRACT

In the present work we reflect on the origin of the Mexican State, on the external influences that the movement of enlightenment and the form of government of the United States of North America exercised in its formation; the first in the conceptualization that is given to the State, power and man in the search for freedom and equality; to the second in the adoption of the presidentialist Republic as a form of government structuring. Internal influences are also analyzed: the Constitution of Cádiz in relation to the division of powers and the representative system, as well as the Constitution of Apatzingán with respect to sovereignty.

KEYWORDS: State, influences, Constitution, Sovereignty, Law

* Profesora-investigadora de la División de Estudios de Posgrado e Investigación de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Juárez del Estado de Durango. Licenciada en Derecho. Especialista en Derecho Constitucional y Administrativo. Maestra y Doctora en Derecho.

1. Exordio

El Estado es una forma de organización que surge como resultado del hecho natural del agrupamiento de los hombres, los cuales, a través de un proceso social de evolución, culminan con la creación de esta forma superior de estructuración económica, social, jurídica y política. La aparición del orden jurídico como instrumento regulador de las relaciones entre los hombres, aunado a la institucionalización y publicidad del poder, son los elementos que le dan al Estado el estatus de máxima organización social civilizada; es la transición del estado de naturaleza o primitivo al civilizado y racional.

Es importante advertir que la organización estadual surge cuando se crea el Derecho que, por un lado, lo estructura como entidad, a la vez que marca una serie de directrices tendientes a lograr la unificación de las conductas de los hombres. Así entonces, el origen del Estado ocurre cuando aparece el orden jurídico normativo.

Ahora bien, para que la organización pueda ser considerada como estadual, debe poseer, como elementos: un territorio propio (elemento geográfico), una población (elemento humano), poder (elemento de gobierno) y soberanía (elemento de autodeterminación). Es oportuno mencionar que estos elementos son considerados como esenciales, esto es, sin ellos, no podemos hablar de un Estado.

También debe ponderarse el hecho de que la génesis de un Estado está permeado por una serie de influencias externas e internas que matizan su formación. Dicho en otros términos, la gran mayoría de las formaciones estatales son no originarias, reproducen formas de gobierno, instituciones, normas, principios, etc., que han sido implementados en civilizaciones anteriores.

La doctrina considera como Estados originarios a aquellos que se desarrollaron sin la influencia de pueblos externos; fue así como surgieron las grandes civilizaciones como la de Mesoamérica, con los Olmecas, considerada junto con Egipto, Mesopotamia, el Valle del Río Indo y el de la cuenca del Amarillo en China.

2. La formación del estado mexicano

El Estado mexicano surge el 5 de octubre de 1824, cuando es promulgada por el Constituyente «La Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos». Antes de esa fecha México no existía, formaba parte de la Corona española como una más de sus colonias en América, se denominaba: «La Nueva España».

Huelga decir que para que pueda hablarse de un Estado, es necesario que como organización social, económica, política y jurídica sea soberana, esto es, que se estructure y organice bajo leyes que han sido creadas por la propia organización, en uso de la potestad que le da el ser soberano, lo que le permite auto-regularse y auto-determinarse.

El maestro Ignacio Burgoa considera que la estructuración política de México se consiguió con la Constitución de 1824.

Con la mencionada Constitución, la cual, en consecuencia, fue el ordenamiento jurídico fundamental primario u originario de México, o sea, que en ella se creó el Estado Mexicano [...] Se logró la emancipación de la metrópoli el 27 de septiembre de 1821. Por virtud de ese hecho, ese conglomerado humano, tan diversamente integrado desde el punto de vista social, económico, cultural y étnico, dejó de pertenecer al Estado español pero sin convertirse aún en el elemento de un nuevo Estado por la sencilla razón de que la sola consumación de la independencia no lo produjo, habiendo sido necesario, para ello, la instauración de un derecho fundamental primario con caracteres más o menos permanentes y con proyección de vigencia en la vida pública. Tal derecho se expresó en la Constitución Federal de 1824, que es, por ende, la fuente creativa del Estado mexicano.¹

Es importante señalar que en la formación del Estado mexicano estuvieron presentes hechos, acontecimientos y formas tanto externas como internas que permearon como influencia

1. Burgoa O., Ignacio. *Derecho Constitucional Mexicano*. Decimono-vena edición. México: Porrúa, 2007. p 86

en los constituyentes que elaboraron el texto que le dio vida a la Nación mexicana. Entonces, es dable mencionar que México no fue en modo alguno un Estado originario.

3. Influencias externas

3.1. La ilustración

Sin lugar a duda la ilustración fue un movimiento que sirvió de caldo de cultivo para las revoluciones² en el mundo a partir del siglo XVIII, las cuales esgrimieron como estandarte de su lucha el conjunto de ideales y aspiraciones plasmados en la obra de los grandes enciclopedistas (Kant, Locke, Montesquieu, Diderot, Voltaire, Rousseau, entre otros), quienes provocaron la reconceptualización que se tenía hasta entonces del Estado y del hombre, pero sobre todo, del poder, que con el estatus de absoluto ejercía el monarca y la nobleza, implantando gobiernos despóticos.

Los ilustrados pugnaban por una transformación desde los cimientos del orden establecido, utilizando para ello la razón como instrumento. De este modo, podemos utilizar el término «razón» para definir a «la ilustración», puesto que ambos son conceptos indisolubles.

Para Immanuel Kant, la ilustración provocó que los hombres pensarán por cuenta propia.

«Pensar por cuenta propia significa buscar dentro de uno mismo (o sea, en la propia razón) el criterio supremo de la verdad; y la máxima de pensar siempre por sí mismo es lo que mejor define a la ilustración [...] Quien piense por cuenta propia evitará sucumbir tanto a la superstición como al fanatismo [...] Lo contrario del pensar por uno mismo equivale a dejarse guiar sin más por los prejuicios y la superstición. La ilustración, por tanto, no significaría justamente sino liberarse de los prejuicios y la superstición».³

Desde esta perspectiva, la ilustración dota de una gran carga ideológica a las insurrecciones que como alud se suscitaron en todo el mundo a partir de entonces, por lo que ya no se aspiraba con ellas a un simple cambio de Gobierno o de gobernante, sino a una real transformación en el Gobierno y en los gobernados.

Lo anterior tiene sentido si consideramos que las formas de Gobierno serán buenas o malas dependiendo de los gobernantes. Entonces, la mejor forma de Gobierno será aquella en la que quien ejerce el poder, el gobernante, lo haga observando los parámetros y teleología del Gobierno implantado. Tal era la percepción de Kant, a quien «no le parece tan importante la forma que pueda tener un Gobierno como el modo de gobernar, es decir, le preocupa sobre todo que gobierne republicana o despóticamente y le importa menos que la representación de su soberanía recaiga en uno solo (autocracia), en varios (aristocracia) o en toda la sociedad civil (democracia)».⁴

Es importante resaltar que la ilustración tuvo como antecedente la llamada «Revolución Científica», que inicia con las ideas del Renacimiento y con los grandes descubrimientos geográficos y científicos de la época, como la teoría heliocéntrica de Nicolás Copérnico, el uso del método científico por Francisco Bacon, entre otros muchos. Bajo tal tamiz, la ilustración fue también un movimiento de tipo cultural, por lo que también fue llamado: «El siglo de las luces».⁵

Lo anterior viene a colación porque el uso de la razón implicaba un proceso, un proceso que Kant llama «La ilustración del pueblo, [y que] consiste en la instrucción pública del mismo acerca de sus derechos y deberes con respecto al Estado al que pertenece».⁶ Efectivamente, el pueblo que no es instruido bajo los parámetros de la forma de Gobierno a la que pertenece está condenado a ser un mal ciudadano, lo que traerá como consecuencia que no se consolide el fin último de la organización estadual. Por ello es importante, lo dejamos asentado claramente

2. El término revolución se utiliza no como referencia a movimientos armados sino ideológicos y de transformación profunda en el pensamiento.

3. Kant, Immanuel *¿Qué es la Ilustración?* Edición de Roberto R. Aramayo. México: Alianza editorial, 2004. p. 10-11

4. *Ibidem*, p. 22.

5. Rodríguez Arvizu, José, et al. *Historia Universal*. Segunda edición. México: LIMUSA, 2005. p. 72.

6. Kant, Immanuel, *Op., Cit.*, p. 24.

te en el capítulo que antecede cuando hablamos de cultura política, que el Estado eduque a sus ciudadanos bajo los principios que le correspondan al Gobierno adoptado, y que los prepare para que tengan una participación racional.

Como se puede apreciar, la educación es un elemento toral dentro del movimiento de la ilustración, a grado que es considerada como un arte que contribuye a que el hombre alcance su mayor perfección.

La educación es un arte cuya práctica ha de ser perfeccionada a través de muchas generaciones. Cada generación, provista de los conocimientos de las anteriores, puede ir reciclando constantemente una educación que desarrolle de modo proporcional todas las disposiciones naturales del hombre con arreglo a un fin y conduce así al conjunto de la especie humana hacia su destino. Cuando la especie humana haya alcanzado su pleno destino y su perfección más alta posible, se constituirá el reino de Dios sobre la tierra, imperando entonces la justicia y la equidad en virtud de una conciencia interna, y no por motor de autoridad pública alguna [...] Tras la educación se oculta el gran secreto de la perfección de la naturaleza humana.⁷

Es así como la ilustración se convirtió en el vehículo que le permitió al hombre analizar con espíritu crítico al Estado y su posición dentro de él, libre ya de todo estigma, dogma o influencia que nublaste su entender, pues con el uso de la razón abandonarían –en palabras del propio Kant– «su minoría de edad».⁸

Lo anterior provocó una metamorfosis en la mentalidad social respecto a ciertos paradigmas, verbigracia: la concepción del Estado, de Dios y del hombre; ahora es éste último, el hombre, el elemento central y motor de la organización estadual, «y la razón será el instrumento humano para guiar a la sociedad hacia el bienestar y la justicia, para criticar los gobier-

nos absolutos, conceptualizar su organización social como irracional y corrupta y sobre todo para combatir la superstición, el fanatismo, el dogma y los privilegios de la Iglesia Católica».⁹

Ahora bien, el pensamiento político de la ilustración se sostenía en la búsqueda de dos ideologías: la libertad y la igualdad. La primera, la de libertad, debe ser entendida en el sentido de que el hombre es libre de elegir un partido político, de votar por tal o cual candidato, por ejemplo, de expresarse, lo que va de la mano con el de manifestarse. Por lo que respecta a la de igualdad, debemos referirla a que los individuos, todos, sin distinción de raza, sexo, condición social, etc., deben tener un mismo tratamiento y gozar de las mismas oportunidades.

Para la cabal consecución de la libertad y de la igualdad, los ilustrados pugnaban porque fueran plasmadas en la ley una serie de principios y disposiciones que hicieran asequibles tales ideologías, para lo cual era menester que el Estado crease una Constitución en la que quedara garantizado plenamente el respeto a los Derechos Humanos y la separación de poderes.

3.2. *La forma de Gobierno de los Estados Unidos de Norteamérica*

A principios del siglo VII, el rey Jacobo I de Inglaterra otorgó concesiones a ciertas compañías mercantiles y a personas denominadas «propietarios», para que colonizaran la costa norteamericana del Atlántico. El resultado de tales expediciones fue la conformación de trece colonias¹⁰, las cuales contaban, cada una, con Gobierno propio, con Asamblea de Diputados, con Consejo de Estado y con Gobernador;¹¹ gozaban de autonomía e independencia administrativa, jurídica y política las unas respecto de las otras.

En el ámbito de las relaciones entre Inglaterra y las colonias, las cosas comenzaron a deteriorarse debido a las fuertes cargas impositivas y a las restricciones establecidas al cada vez más boyante comercio colonial por parte del Parla-

9. Rodríguez Arvizu José, *Et. Al*, p. 72.

10. Massachusetts, New Hampshire, Rhode Island, Connecticut, Nueva York, Nueva Jersey, Pensylvania, Delaware, Maryland, Virginia, Carolina del Norte, Carolina del Sur y Georgia.

11. Sirvent Gutiérrez, Consuelo. *Sistemas Jurídicos Contemporáneos*. Octava edición. México: Porrúa, 2006, pp. 99 y ss.

7. *Ibidem*, pp. 45 y 47.

8. *Ibidem*, p. 83.

mento inglés, en el que por cierto no tenían representación las colonias. Comenzó entonces a gestarse una alianza colonial en defensa de sus intereses, lo que a la postre detonó en un movimiento armado de índole libertario.

Efectivamente, «la causa fundamental de la revolución de independencia de las trece colonias consistió en la convergencia de dos tipos de desarrollo que se afectaban mutuamente: la creciente autonomía económica y política de las colonias y la política colonial inglesa de carácter imperialista, implantada a partir de 1763».¹²

De éste modo, el 4 de julio de 1776, y después de dos congresos constituyentes celebrados en Filadelfia, en 1774 el primero, y en 1775 el segundo, se declaró la independencia de la corona inglesa, la cual quedaría formalizada seis años después, en 1783, concretamente el 3 de septiembre, que es cuando Inglaterra reconoce la independencia de las colonias con la firma de «El Tratado de Paz de Versalles».¹³

Resulta de gran importancia destacar dos hechos: uno, con el reconocimiento y suscripción del Tratado de Paz de Versalles surgen trece estados libres y soberanos; y dos, esos trece Estados querían mantener la independencia lograda por cada uno, esto es, «los trece Estados no deseaban integrarse en una unidad política superior. Se consideraban independientes respecto a la antigua metrópoli e independientes los unos a los otros»¹⁴. A pesar de ello, había voces que se manifestaban en el sentido de conformar un solo Estado regido por una Constitución general en la que se estableciera una forma de Gobierno distinta a la monárquica.

Es así como la Convención Constitucional de Filadelfia de 1787 forjó una Carta Magna Federal, la cual entró en vigor hasta 1789.¹⁵ En la construcción del documento se puso especial cuidado en que el régimen político garantizara la igualdad, la democracia, la representación y el equilibrio en el ejercicio del poder, principios y postulados exigidos por los colonos como

condición para conformar la federación americana. Dichos principios y postulados fueron trasladados a las respectivas constituciones de cada estado miembro de la federación.

Zweigert y Hein señalan al respecto:

Muchos de los colonizadores habían abandonado sus países en Europa debido precisamente a la opresión política, espiritual o económica de la que eran objeto, de ahí que los ideales políticos de una sociedad igualitaria y democrática predominaran en las Cámaras de Representantes de las entidades estadounidenses en los primeros años del siglo XIX, y encontraron su expresión más acendrada durante la presidencia de Andrew Jackson (1829-1837). Por tanto, cada estado promulgó una gran cantidad de leyes con las que se eliminaban los elementos feudales de las que regían la posesión de tierras, la vida familiar y la sucesión [...].¹⁶

Entonces, Estados Unidos se conformó en 1787 como una República presidencial, adoptando para su régimen la división tripartita del poder en Legislativo, Ejecutivo y Judicial. De ésta forma los tres poderes son independientes entre sí, a la vez que se sirven de contrapeso, pretendiendo lograr un equilibrio, amén de que los integrantes de cada uno son electos democráticamente por el pueblo.

En el artículo primero de la Constitución de 1787¹⁷ se establece que los poderes legislativos les corresponde ejercerlos a un Congreso, que se compondrá de un Senado y de una Cámara de Representantes, conformada por miembros elegidos por los habitantes de los diversos estados, por lo que respecta a la Cámara de Representantes. En el caso del Senado, serán dos, designados por las Legislaturas de los respectivos Estados. Por su parte, el artículo segundo de la Constitución en comento prevé que el Poder Ejecutivo se deposita conjuntamente en un Presidente de los Estados Unidos y en un Vicepresidente, los cuales serán designados indi-

12. Rodríguez Arvizu, José, *Et. Al*, p. 83.

13. *Ibidem*, pp. 85 y 86.

14. Sirvent, Consuelo, *Ob., Cit.*, p. 103.

15. Zweigert, Konrad/Hein Kotz. *Introducción al Derecho Comparado*. México: OXFORD, 2002. p. 254.

16. *Ibidem*, p. 255.

17. H. Congreso de la Unión, Cámara de Diputados, http://www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdig/const_mex/const_eua.pdf.

rectamente por «electores», cuyo número será igual al total de los senadores y representantes que el Estado tenga derecho en el Congreso. Serán electos por cada Estado. Mientras que en el artículo tercero se establece que el Poder Judicial se depositará en un Tribunal Supremo y en los Tribunales inferiores que el Congreso instituya y establezca en lo sucesivo.¹⁸

Es importante mencionar que la causa por la que los norteamericanos aplicaron la teoría de la división obedece a que consideraban que:

La acumulación de todos los poderes, legislativos, ejecutivos y judiciales, en las mismas manos, sean éstas de uno, de pocos o de muchos, hereditarias, autonombradas o electivas, puede decirse con exactitud que constituye la definición misma de la tiranía. Su idea [hace alusión a Montesquieu], como lo expresan sus propias palabras, y todavía con más fuerza de convicción, como lo esclarece el ejemplo que tenía a la vista [La Constitución británica], no puede tener más alcance que éste: que donde todo el poder de un departamento es ejercido por quienes poseen todo el poder de otro departamento, los principios fundamentales de una Constitución libre se hallan subvertidos.¹⁹

Ahora, en lo que respecta al Presidente de los Estados Unidos, los padres fundadores se esforzaron en crear una figura que fuese completamente diferente a la del Rey, incluso, en «El Federalista», Hamilton establece una serie de rasgos distintivos entre ambos, tales como la temporalidad, la elección, la posibilidad de que el Presidente pueda ser acusado, procesado y, en su caso, destituido, la facultad de veto absoluto del Rey, entre otros.²⁰

No obstante el intento, no pudieron despojarlo de la fortaleza que caracteriza a un monarca. Hamilton justifica la imposibilidad cuando señala –usando la voz de Publio–: «uno de los elementos de un buen gobierno debe

ser la energía por parte del Ejecutivo, ya que es esencial para proteger a la comunidad contra los ataques del exterior; es no menos esencial para la firme administración de las leyes; para la protección de la propiedad contra esas combinaciones irregulares y arbitrarias que a veces interrumpen el curso normal de la justicia; para la seguridad de la libertad en contra de las empresas y los ataques de la ambición, del espíritu faccioso y de la anarquía».²¹

De esta forma y bajo tales condiciones los norteamericanos dotaron de un poderío y fortaleza al Presidente, con la intención de que pudiese, además de proteger a la Nación, realizar a cabalidad su función ejecutiva, debiendo tomar en consideración que «un Ejecutivo débil significa una ejecución débil del gobierno. Una ejecución débil no es sino otra manera de designar una ejecución mala; y un gobierno que ejecuta mal, sea lo que fuere en teoría, en la práctica tiene que resultar un mal gobierno».²²

De lo expuesto debemos considerar que a pesar de que los padres fundadores intentaron desligar la figura del Presidente de la de un Rey, no fue del todo posible; el Presidente tiene ciertos rasgos que lo asemejan a los de un Rey, verbigracia: 1. La unipersonalidad del cargo, es el único poder que no se deposita en un órgano colegiado, lo que provoca que sea el representante del Estado y del Gobierno. 2. La posibilidad de nombrar y remover a prácticamente todo el aparato burocrático de la administración pública, hecho que lo convierte en dador de bienestar laboral. 3. El ser el jefe de las fuerzas armadas, solo por mencionar algunas.

Todos estos rasgos le conceden al Presidente una ligera supremacía respecto de los otros dos poderes, supremacía que se ve más marcada en aquellos países de América que distorsionan en extremo la razones que tuvieron los norteamericanos de darle ese matiz de fortaleza al presidente, dentro de los cuales se encuentra México.

18. *Ídem*.

19. Hamilton, A., Et Al., *El Federalista*. Segunda edición. México: Fondo de Cultura Económica, 2001. pp. 205-206

20. *Ibidem*, pp. 291 y ss.

21. *Ibidem*, p. 297.

22. *Ídem*.

4. INFLUENCIAS INTERNAS.

4.1. *La Constitución de Cádiz de 1812*

La Constitución de Cádiz fue el resultado de la influencia de la ilustración y el máximo logro de los liberales españoles, quienes lograron materializar en un texto supremo los límites al poder del Rey, así como la consecución de uno de los principales ideales del movimiento ilustrado: lograr la transferencia de la soberanía, que hasta entonces detentaba el Rey, al pueblo.

Es importante mencionar que el arribo de España al llamado siglo de las luces y a las transformaciones en el régimen de Gobierno que ello implicaba, tuvieron una ruta de acceso más lenta que la de los franceses, debido fundamentalmente a condiciones de índole económica, política y sociales, provocando con ello la prevalencia de la monarquía autoritaria por un mayor tiempo, e incluso la aparición del llamado despotismo ilustrado.²³

En pleno marco de la ilustración, las condiciones socioeconómicas y políticas de España la situaban entre aquellos Estados en los que, a mediados del siglo XVIII, el capitalismo tuvo un avance lento y, en consecuencia, la burguesía no contó con suficiente poder como para impulsar una revolución y llegar al poder, tal como sucedió con Francia, donde estalla la revolución burguesa precisamente en la mitad de tal centuria. Contemporáneamente a eso, España continuaba regida por instituciones feudales arraigadas, las cuales frenaban el desarrollo económico y, sobre todo, impedían la consolidación de la burguesía local.²⁴

El punto de quiebre para la promulgación de la Constitución de Cádiz y la cristalización de la soberanía popular fue la guerra de indepen-

dencia de España, provocada por la invasión francesa, la abdicación de Carlos IV y la renuncia de su hijo Fernando VII al trono español en favor de José Bonaparte, quien en base a la tradición del régimen se convirtió en el titular de la soberanía española, circunstancia ésta que en nada agradaba a los peninsulares. Tales acontecimientos fueron aprovechados por los liberales españoles para declarar que la soberanía no la detentaba el monarca sino que le pertenecía a la Nación, por lo que cualquier transferencia del poder le debía ser consultada al pueblo y sólo si éste la aceptaba o la decidía en uso de su voluntad soberana, operaría la transferencia.

Debe señalarse que la transición tuvo un punto intermedio que puede ser considerado como el antecedente del ejercicio de la soberanía por parte de representantes del pueblo, esto es, como un antecedente del sistema representativo:

Con el estallido de los levantamientos y las abdicaciones de Bayona, se produjo un gran vacío de poder y la ruptura del territorio español. Para controlar la situación en los territorios sublevados, los ciudadanos establecieron las juntas provinciales, que asumían su soberanía y legitimaban su autoridad en nombre del rey ausente. En septiembre de 1808 se formó la Junta Suprema Central, presidida por José Moñino y Redondo, Conde de Floridablanca, que asumió la soberanía y, por tanto, el gobierno del país en nombre del rey, asimismo, dirigió la resistencia militar contra los franceses.²⁵

Así pues, «la Constitución de Cádiz fue la respuesta del pueblo español a la suplantación de su legítimo soberano por el que nombró Napoleón. Fue también producto del movimiento de insurrección contra el dominio francés y fue, el final del antiguo régimen en España».²⁶

23. Concepto político que hace referencia a una forma de Gobierno vinculada a ciertas monarquías europeas del siglo XVIII, en la que los reyes, sin renunciar a su condición de soberanos absolutos, trataron de aplicar determinadas medidas «ilustradas» de corte reformista e incluso progresista, surgidas precisamente en esa centuria denominada genéricamente siglo de las luces (<http://www.portalplanetasedna.com.ar/despotismo.htm>).

24. Hernández, María del Pilar. *La Constitución Gaditana y la Consolidación de la Potestad Jurisdiccional*. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2013. p. 27.

25. *Ibidem*, p. 30.

26. González Domínguez, María del Refugio. *México y sus Constituciones*. (Compilación: Patricia Galeana). México: Archivo General de la Nación/Fondo de Cultura Económica, 1999. p. 26 y 27

Para operar la transformación del régimen, a la vez que encargarse del Gobierno en tanto regresaba Fernando VII, se creó una Junta Central de Gobierno, la que convocó a un Congreso Constituyente conocido como «Cortes de Cádiz», instituido solemnemente el 24 de septiembre de 1810. Es oportuno mencionar que de los 200 diputados que la integraban, 53 provenían de la Nueva España.²⁷ Con tal inclusión queda claro que la Nación española era tanto la península como los territorios de ultramar, por lo que los habitantes de ambos extremos del mar Atlántico eran titulares de una parte alícuota de la soberanía nacional, razón por la cual los criollos exigían el mismo derecho a elegir la forma de Gobierno que los regiría y a tener un tratamiento igualitario, así que demandaban la supresión de las castas para poder acceder a ciertos cargo que les estaban vedados, precisamente, por su condición de casta.

Así las cosas, la primera reunión extraordinaria de las Cortes dejó muy claro que en ellas, constituidas en Cortes generales y extraordinarias, residía la soberanía nacional, que declaraban nula la cesión de la Corona en favor de Napoleón porque había faltado el consentimiento de la Nación y que se reservaban sólo el ejercicio de la potestad legislativa en toda su extensión, desprendiéndose de la ejecutiva y judicial.²⁸

Tales manifestaciones vienen a constituir verdaderas directrices al momento de construir la Constitución Gaditana, encaminadas a consolidar la soberanía nacional y su ejercicio delegado en un órgano que, exclusivamente, ejercería la función legislativa, amén de que nada puede hacerse o adoptarse sin la voluntad popular, aun mediando el ejercicio de la fuerza, en cuyo caso la voluntad debe ser calificada de ilegítima.

De este modo y bajo tales condiciones, «los debates constitucionales iniciaron el 25 de agosto de 1811 y concluyeron a finales de enero de 1812. Dieciocho meses después de la instauración de las cortes, se emitió la nueva constitución con el nombre de Constitución Política de la Monarquía Española; fue jurada en

España el 19 de marzo de 1812, y en la Nueva España el 30 de septiembre del mismo año».²⁹

Con la precisión de las fechas queda claro que la Constitución de Cádiz tuvo vigencia en México; la independencia de España se logró materialmente en 1821 y formalmente hasta 1836. Por tanto, debe considerarse como una importante fuente interna de influencia en el constitucionalismo mexicano, inclusive fue savia de los tratados de Córdoba y del Plan de Iguala.

En términos generales la Constitución Gaditana consagra la división de poderes, limitando la acción del monarca. Atribuye la facultad legislativa a las Cortes junto con el Rey, a quien le compete su ejecución. Prevé la existencia de la diputación permanente de Cortes y sus reuniones de carácter extraordinario. En diversos rubros trata de la libertad, de la igualdad, la seguridad y la propiedad, a más que deslinda los bienes del Rey de los del reino. Hace residir la soberanía en la Nación, consagrando el sistema representativo. Establece un sistema censitario para acceder a los puestos de representación. Plantea la unidad de jurisdicción, pero deja subsistir los fueros militar y eclesiásticos. Señala en forma prolija y cuidadosa todas las instancias de Gobierno, distinguiendo con claridad las facultades de cada una.³⁰

Debe advertirse que el sistema representativo es una condición que le es inherente al hecho de que la soberanía resida en la Nación, entendida esta como una pluralidad de voluntades perteneciente a una diversidad de personas que están unidas por lazos hasta cierto punto comunes, como el idioma, las costumbres, la identidad, el territorio, etc., y que deben entre todas construir una única voluntad, una voluntad nacional, a pesar de sus diferentes formas y maneras de pensar (en eso reside la diversidad), no obstante habitar un mismo espacio geográfico. Debemos comprender que cada individuo tiene el derecho a decidir, a aceptar, a conocer; en eso reside ser soberanos.

27. López Betancourt, Eduardo. *Historia del Derecho Mexicano*. México: IURE editores, 2004. pp. 116-117

28. *Ibidem*, p. 117.

29. *Ibid.*, p. 118.

30. González Domínguez, María del Refugio, *Op., Cit.*, p. 30.

4.2 La Constitución de Apatzingán de 1814

La madrugada del 15 de septiembre de 1810, un sector del pueblo atendió el llamado de Don Miguel Hidalgo y Costilla y se lanzó en la búsqueda de la independencia, la libertad y la igualdad. La mañana del 30 de julio de 1811 Hidalgo fue fusilado en el patio del antiguo Colegio de los Jesuitas en Chihuahua. A falta de éste y de Ignacio Allende, quien fuera fusilado el 26 de junio de 1811, también en Chihuahua, José María Morelos y Pavón asume el mando del movimiento independentista.

Morelos, en su calidad de miembro de la Junta Suprema de Zitácuaro,³¹ convocó a un Congreso, el que después de múltiples vicisitudes se reunió el 14 de septiembre de 1813 en Chilpancingo, con el nombre de «Primer Congreso Constituyente Mexicano». La idea fundamental era exigir la absoluta independencia de la Corona española, para lo cual resultaba indispensable, escribe Eduardo López Betancourt,³² formar una nueva organización constitucional.³³ El Congreso estuvo integrado por 17 diputados, representantes de cada una de las entonces provincias de la Nueva España (los diputados de las provincias realistas fueron nombrados por Morelos), quienes después de varias movilizaciones promulgaron el 22 de octubre de 1814 «El Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana».³⁴

Resulta por demás importante destacar que la libertad anhelada por los insurgentes representaba más un medio que un fin en sí misma. Veamos. Los habitantes de la Nueva España estaban cansados del manejo de las políticas de Estado que les reparaba desigualdades, abuso, restricciones comerciales, excesivo pago de

impuestos y, un largo etcétera. El historiador Ernesto de la Torre Villar apunta que «la insurgencia mexicana [...] surge no sólo como un sentimiento natural de libertad e independencia, justo y legítimo en todo hombre y sociedad, sino como repulsa a un estado de cosas a que nos había llevado la dependencia de la metrópoli, la existencia de una política de explotación y desconsideración de la sociedad, de injusticia, abuso y violación de los derechos más elementales, entre otros la pérdida de libertad y el desconocimiento de la dignidad humana».³⁵

Así pues, los insurgentes, conscientes de que una revolución sería la única forma de que operase un cambio, porque ello traería un marco constitucional en la que se sentarían las bases de hecho, pero sobre todo de Derecho de un nuevo régimen que garantizara la soberanía popular, y por ende, la libertad e igualdad para todos los habitantes de la América, término utilizado por Morelos para referirse al territorio que se pretendía desincorporar de la Corona española.

Ahora bien, el movimiento tenía fuertes bases ideológicas, de hecho «la conciencia del grupo criollo se inspiró en ideas libertarias, humanitarias, de fraternidad y justicia, ideas que supieron expresar a lo largo de la lucha libertaria en las proclamas, decretos y documentos que forman nuestros primeros cuerpos legales».³⁶ A guisa de ejemplo mencionamos la obra de Morelos denominada «Sentimientos de la Nación», documento clave para sentar las bases y principios de la Constitución de Apatzingán, sobre todo en lo relativo a la soberanía y a la forma y estructura del Gobierno.

No obstante lo anterior, José Luís Soberanes³⁷ considera que dada la inexperiencia de los primeros constituyentes, prepararon un documento totalmente inaplicable y utópico, incluso lo califica de casi romántico. Tal vez desde entonces nos viene la tradición de plasmar en el texto constitucional ideales de escasa posibilidad de realización, lo que si bien podría

31. A raíz de la invasión francesa a España que la dejó sin monarca, se crearon juntas de defensa para hacer frente al enemigo, las que se convirtieron en juntas de Gobierno. Los generales insurgentes acordaron la instalación de una Suprema Junta Nacional Americana para llenar el hueco de la soberanía. Su función, además de gobernar, sería administrar justicia y constituirse como una especie de secretaría de guerra. También fabricó moneda y trazó un plan de reformas fiscales (<http://www.inehrm.gob.mx/Portal/PtMain.php?pagina-exp-junta-de-zitacuaro-articulo>).

32. López Betancourt, Eduardo, *Op., Cit.*, p. 127.

33. Quisiéramos pensar que López Betancourt utiliza la expresión: «nueva organización constitucional», porque considera que la Constitución de Cádiz tenía vigencia en la todavía Nueva España, y ésta se consideraba como parte integrante de la corona española.

34. *Ibidem*, p. 130.

35. De la Torre Villar, Ernesto. *México y sus Constituciones*. (Compilación: Patricia Galeana). México. Archivo General de la Nación/Fondo de Cultura Económica, 1999. p.34.

36. *Ibidem*, p. 36.

37. Soberanes Fernández, José Luís. *Historia del Derecho Mexicano*. Décima segunda edición. México: Porrúa. 2006, p. 108

generar una importante motivación, también puede provocar decepción por la desintonía que resulta de su irrealización.

Pero detengámonos en la concepción que los constituyentes de Apatzingán le dieron a la soberanía. La visualizaban como una potestad inherente al nacimiento de la sociedad, y como una herramienta cuyo uso adecuado conllevaría a la construcción conjunta del Gobierno más conveniente para todos. El capítulo II de la Constitución³⁸ se refiere a ella, a la soberanía, la cual define (artículo 2) como la facultad de dictar leyes y establecer la forma de Gobierno que más convenga a los intereses de la sociedad, atribuyéndole la naturaleza de imprescriptible, inalienable e indivisible (artículo 3). Además, se determina que originariamente reside en el pueblo, y que su ejercicio corresponde a los diputados, quienes constituyen la representación nacional (artículo 5).

En un rasgo de la más consecuente lógica derivada del hecho de la residencia de la soberanía en el pueblo, el derecho de sufragio para la elección de diputados pertenece, sin distinción de clases ni países, a todos los ciudadanos en quienes concurren los requisitos que prevenga la ley (artículo 6). Finalmente asentaron que la facultad de dictar leyes, la de hacerlas ejecutar y la de aplicarlas a los casos particulares son atribuciones de la soberanía (artículo 11), de lo cual se desprende la clasificación tripartita de los poderes que habrán de ejercerlas: el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial, los cuales no deben ejercerse por una misma persona o una misma corporación.

Entonces, pues, la soberanía ya no sería más un privilegio para beneficio de una persona o grupo de personas. Ahora se conceptualizaría como propio, es decir, de origen y en provecho del pueblo.

El tratamiento que hace de la Ley también merece atención. En el capítulo IV se define como la expresión de la voluntad general en orden a la felicidad común, manifestada en actos de la representación nacional (artículo 18). Asimismo se dispone que la ley debe ser igual para todos, pues su objeto no es otro que arreglar el

modo con que los ciudadanos deben conducirse en las ocasiones en que la razón exija que se guíen por esta regla común (artículo 19). Por tanto, el sometimiento de un ciudadano a una Ley es un sacrificio de la inteligencia particular a la voluntad general (artículo 20).

En relación a la forma de Gobierno que debería adoptarse, José Luís Soberanes lo explica magistralmente:

Respecto al gobierno, éste debería ser republicano, representativo y popular, integrado con los tres poderes clásicos que se denominaban supremos: congreso mexicano, gobierno y tribunal de justicia. El Congreso se integraría con un diputado por cada provincia [...] El Ejecutivo se componía de tres personas, quienes se rotarían la presidencia cada cuatro meses, electos por el Congreso, auxiliados por tres secretarios de despacho (Guerra, Hacienda y Gobierno) y una Intendencia General de Hacienda. Finalmente el Poder Judicial lo integrarían el Supremo Tribunal de Justicia que se compondría de cinco individuos, también electos por el Congreso, y el Tribunal de residencia, para hacer efectivas las responsabilidades de los miembros de los tres poderes, a través de juicios de residencia.³⁹

De lo anteriormente narrado se puede colegir que la Constitución de Apatzingán, haya o no tenido jurídicamente vigencia (debate que escapa a los alcances de la presente investigación), fue un esfuerzo por parte de la insurgencia de vestir al movimiento independentista no sólo de un orden jurídico sino del sentido ideológico que toda Revolución debe poseer para perdurar y trascender en el tiempo y en el espacio, y que mejor que sea a través de la máxima expresión de la voluntad popular, que es la que al final le da vida a la lucha, la Constitución. La historia es vasta en ejemplos y la nuestra no es la excepción.

38. [En línea: 17/04/2014]. Disponible en: http://www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdig/const_mex/const-apat.pdf.

39. Soberanes Fernández, José Luís, *Ob., Cit.*, p. 110.

5. CONCLUSIONES

Primera. El Estado mexicano surge el 5 de octubre de 1824, cuando es promulgada por el Constituyente la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos.

Segunda. Existieron hechos, acontecimientos y formas externas e internas que influyeron en la formación del Estado mexicano.

Tercera. La ilustración se convirtió en el vehículo que le permitió al hombre analizar con espíritu crítico al Estado y su posición dentro de él.

Cuarta. El pensamiento político de la ilustración se sostenía en la búsqueda de dos ideologías: la libertad y la igualdad.

Quinta. Estados Unidos se conformó como una República presidencial, adoptando para su régimen la división tripartita del poder en Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

Sexta. Los norteamericanos dotaron de poderío y fortaleza al Presidente, con la intención de que pudiese, además de proteger a la Nación, realizar a cabalidad su función ejecutiva.

Séptima. La Constitución de Cádiz consagra la división de poderes, limitando la acción del monarca y atribuye la facultad legislativa a las Cortes junto con el Rey, a quien le compete su ejecución.

Octava. Hace residir la soberanía en la Nación, consagrando el sistema representativo.

Novena. Conceptualizaba la soberanía como la facultad de dictar leyes y establecer la forma de Gobierno que más convenga a los intereses de la sociedad, atribuyéndole la naturaleza de imprescriptible, inalienable e indivisible.

Décima. Determina que la soberanía originariamente reside en el pueblo, y que su ejercicio corresponde a los diputados, quienes constituyen la representación nacional.

6. FUENTES DE CONSULTA

- BURGOA O., IGNACIO. *Derecho Constitucional Mexicano*. Decimonovena edición. México: Porrúa, 2007.
- DE LA TORRE VILLAR, ERNESTO. *México y sus Constituciones*. (Compilación: Patricia Galeana). México: Archivo General de la Nación/Fondo de Cultura Económica, 1999.
- GONZÁLEZ DOMÍNGUEZ, MARÍA DEL REFUGIO. *México y sus Constituciones*. (Compilación: Patricia Galeana). México: Archivo General de la Nación/Fondo de Cultura Económica, 1999.
- HAMILTON, A., et al. *El Federalista*. Segunda edición. México: Fondo de Cultura Económica, 2001.
- HERNÁNDEZ, MARÍA DEL PILAR. *La Constitución Gaditana y la Consolidación de la Potestad Jurisdiccional*. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2013.
- KANT, IMMANUEL. *¿Qué es la Ilustración?* Edición de Roberto R. Aramayo. México: Alianza editorial, 2004.
- LÓPEZ BETANCOURT, EDUARDO. *Historia del Derecho Mexicano*. México: IURE editores, 2004.
- RODRÍGUEZ ARVIZU, JOSÉ., et al. *Historia Universal*. Segunda edición. México: LIMUSA, 2005.
- SIRVENT GUTIÉRREZ, CONSUELO. *Sistemas Jurídicos Contemporáneos*. Octava edición. México: Porrúa, 2006.
- SOBERANES FERNÁNDEZ, JOSÉ LUÍS. *Historia del Derecho Mexicano*. Décima segunda edición. México: Porrúa, 2006.
- ZWEIGERT, KONRAD/HEIN KOTZ. *Introducción al Derecho Comparado*. México: oxford, 2002.
- H. Congreso de la Unión, Cámara de Diputados, http://www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdig/const_mex/const_eua.pdf.

La aplicación de estándares internacionales en el proceso de consolidación de las candidaturas independientes en México: el caso de Durango

M.D. Gabriela Guadalupe Valles Santillán - Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Juárez del Estado de Durango y de su División de Estudios de Posgrado e Investigación
 Dr. Martín Gallardo García** - Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Juárez del Estado de Durango

1. Introducción

En el Estado de Durango, la resolución de los juicios ciudadanos identificados con las claves TE-JDC-027/2016, TE-JDC-029/2016, TE-JDC-030/2016, TE-JDC-031/2016 Y TE-JDC-034/2016, marcó un precedente importante en el proceso electoral local 2015-2016, ya que los ciudadanos que promovieron esos medios de impugnación manifestaron su inconformidad por la negativa de su registro como candidatos independientes para distintos cargos de elección popular, por parte de la autoridad administrativa electoral local, la cual les señaló el incumplimiento del requisito legal de acreditar el 3% de apoyo ciudadano, de la lista nominal de electores.

El Tribunal Electoral del Estado de Durango –órgano jurisdiccional que conoció y resolvió los medios de impugnación promovidos– advirtió, entre otras consideraciones, que las

solicitudes de registro de candidaturas de los promoventes eran serias y con un alto grado de legitimación, pues el apoyo ciudadano presentado por los mismos superaba los estándares internacionales exigidos a los aspirantes a una candidatura individual o independiente.

Dichos estándares han sido desarrollados por la Comisión de Venecia en el *Código de buenas prácticas en materia electoral*, el cual establece la exigencia de un 1% del electorado como requisito para el registro de este tipo de candidaturas.

No obstante que la aplicación de un estándar de tal naturaleza, en la instancia jurisdiccional local, significó un punto a favor en la consolidación de las candidaturas independientes en el país –específicamente respecto del orden local que corresponde–, lo cierto es que el tema puede ser sujeto a crítica y debate académico, en tanto que claramente se puede advertir que el instrumento que contiene ese estándar forma parte del bloque jurídico europeo y no del interamericano, de donde pudiera derivarse, si bien no una vinculatoriedad para el Estado Mexicano –por tratarse de un instrumento del *soft law*–, al menos sí una incuestionable motivación concreta con base en un criterio orientador para el juzgador.

En esa tesitura, a continuación se abordarán algunos aspectos trascendentales del desarrollo institucional que las candidaturas indepen-

* Profesora-investigadora de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Juárez del Estado de Durango y de su División de Estudios de Posgrado e Investigación. Perfil PRODEP vigente. Miembro del Cuerpo Académico UJED-CA-46 «Aspectos Constitucionales en la Reforma del Estado Mexicano».

** Encargado del Instituto de Investigaciones Jurídicas y profesor-investigador de la División de Estudios de Posgrado e Investigación de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, ambas instituciones de la de la Universidad Juárez del Estado de Durango. Perfil PRODEP vigente. Miembro del Cuerpo Académico UJED-CA-46 «Aspectos Constitucionales en la Reforma del Estado Mexicano».

dientes han tenido en el México contemporáneo, así como el grado de influencia que tuvo el derecho internacional con un primer precedente jurisdiccional que llegó a la Corte Interamericana de Derechos Humanos –caso *Castañeda Gutman Vs. México*– y resuelto por ésta en 2008. Posteriormente, se hará breve alusión a las reformas constitucionales que dieron pauta a su reconocimiento.

Concluidos estos puntos, se tratará el tópico de las candidaturas independientes en el Estado de Durango y las controversias jurisdiccionales que se suscitaron en este ámbito con motivo del proceso electoral local 2015-2016, las cuales fueron resueltas por el Tribunal Electoral de dicha entidad federativa, utilizando como fundamento de su decisión el *Código de buenas prácticas en materia electoral* de la Comisión de Venecia, mismo que será objeto de análisis en un subsecuente apartado, para culminar con la exposición de una postura académica a manera de conclusión.

2. Las candidaturas independientes en México: su desarrollo institucional y la influencia del derecho internacional

De acuerdo con Montoya (2015: 49), un candidato independiente es «la persona registrada ante la autoridad administrativa electoral, para competir por un cargo de elección popular, sin que sea propuesta o registrada por un partido político».

En México, actualmente las candidaturas independientes se han consolidado como una institución jurídica en la materia político-electoral, constituida en una vía alterna a la consignada a los partidos políticos y que permite a los ciudadanos el acceso al poder público para desempeñar cargos de elección popular en los tres órdenes que componen el sistema federalizado de gobierno.

El camino jurídico-institucional que ha seguido este tipo de candidaturas no ha sido fácil y, de hecho, su inclusión en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, como una vía adicional de acceso de los ciudadanos al poder público, fue consecuencia de la

relativamente reciente reforma constitucional de 9 de agosto de 2012, al artículo 35 de dicho ordenamiento supremo. Luego, mediante la reforma constitucional de 27 de diciembre de 2013, se realizó una modificación del artículo 116 constitucional, en aras de adecuar su contenido a lo previsto en la mencionada reforma de 2012.

Para empezar a hablar de los antecedentes que fueron abriendo cauce a las candidaturas independientes en México, cabe señalar que el ámbito electoral correspondiente a las entidades federativas, siempre se mostró más abierto a un panorama a favor de la participación de las candidaturas independientes, a diferencia del ámbito federal de las elecciones, en el que, a partir del año de 1946 imperó una regulación político-electoral que prohibió el registro de estas candidaturas (Montoya, 2015: 51).

No obstante lo anterior, una reforma constitucional de 2007 limitó a las entidades federativas, en el sentido de que se estableció formalmente, en el artículo 116 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la obligación de que la legislación local contemplara un reconocimiento exclusivo a los partidos políticos, como vía de postulación de candidatos en las elecciones de ese ámbito.

Por otro lado, se hace mención de un precedente interesante cuyo cúmulo de hechos comenzaron a darse con antelación a esta última reforma señalada.

La controversia objeto de este precedente se dio a tal grado, que llegó al conocimiento de la instancia internacional de protección de los derechos humanos a la que se encuentra adscrito el Estado Mexicano, precisamente con la intención de reclamar el impedimento jurisdiccional que, para ese entonces, se presentó en las instancias procesales nacionales en cuanto a resolver un juicio cuya *litis* se planteó sobre la posibilidad de participación de las candidaturas independientes en las contiendas electorales.

Tal controversia es el caso *Castañeda Gutman Vs. México*, el cual fue objeto del conocimiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la que resolvió finalmente la causa en el año 2008, después de haberse seguido el procedimiento previo que corresponde a la Comi-

sión Interamericana de Derechos Humanos. Al respecto, se narra lo siguiente:

En el año 2004, es decir, antes de que iniciara el proceso electoral federal 2005-2006 en México, mediante el cual se elegiría el cargo de Presidente de la República, la autoridad administrativa electoral –el entonces Instituto Federal Electoral– le negó a Jorge Castañeda Gutman su registro como candidato independiente a la Presidencia de la República, alegando que la presentación de la solicitud de registro era extemporánea y que la legislación electoral disponía que los partidos políticos eran la única vía por la cual era posible la postulación de candidatos a cargos de elección popular (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2008: 6).

Ante esta situación, dicho ciudadano promovió un juicio de amparo contra leyes, bajo el argumento de que, tanto la legislación en concreto como su acto de aplicación, violaban su derecho a ser votado.

Esta controversia fue conocida, en primera instancia nacional, por un juzgado de distrito, el cual decretó su improcedencia; posteriormente, el asunto fue impugnado a través del recurso de revisión en la instancia federal subsecuente, siendo atraído y resuelto por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el año 2005, misma que, finalmente, determinó el sobreseimiento de la causa (Pelayo y Vázquez, 2009).

Al respecto, los académicos Báez y Tello (2015: 238) refieren lo siguiente:

(...) Jorge G. Castañeda solicitó al Instituto Federal Electoral su registro como candidato a la presidencia de la República. Ante la negativa del Instituto, Castañeda recurrió la decisión. La Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), al resolver el amparo en revisión 743/2005 decidió sobreseerlo, argumentado la improcedencia del mismo en materia electoral pero, a partir de la ruta emprendida por el ex canciller, el tema de las candidaturas independientes se puso de relieve nuevamente (...)

En efecto, Jorge Castañeda Gutman obtuvo resultados negativos en las instancias jurisdiccionales mexicanas, no sólo en cuanto al fin último de su pretensión –la protección a su derecho político-electoral de ser votado como candidato independiente–, sino también porque no consiguió un acceso pleno a la justicia del país, en tanto que no hubo una instancia procesal o jurisdiccional que se lo proporcionara, al haberse decretado, primero una improcedencia del juicio de amparo, y luego un sobreseimiento en el recurso de revisión que conoció la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

En ese sentido, el ciudadano de referencia optó por acudir a los organismos internacionales de protección de los derechos humanos, lo que ocasionó un giro trascendental en la controversia de mérito, con consecuencias que, de cierto modo, edificaron los cimientos de una justicia constitucional que hoy en día funciona a través de un control mixto de constitucionalidad que brinda una protección más amplia de los derechos fundamentales de índole político electoral.

De hecho, la sentencia que fue dictada en el orden internacional sobre este asunto, constituyó un cauce de apertura para la inaplicación de normas electorales contrarias al ordenamiento supremo en México, lo que se logra mediante el control difuso que actualmente pueden ejercer los juzgadores ordinarios de la materia.

Así pues, volviendo a los antecedentes de este caso, Carmona (2009) relata que:

El asunto de Jorge Castañeda ante los organismos del sistema interamericano inició el 17 de octubre de 2005 (...)

(...)

En sus aspectos centrales, Castañeda reclamaba que el artículo 175 del Cofipe –que deja a los partidos políticos la postulación de candidatos a cargos de elección popular, entre ellos el de presidente de la República– era contrario a la Convención Americana, en especial al derecho a ser votado previsto en el artículo 23 de misma, lo que a su vez

violaba la igualdad ante la ley prevista en el artículo 24, que implicaba forzarlo a unirse a un partido, lo cual era contrario a la libertad de asociación, y que se veía limitado en su libertad de expresión por tal motivo. Además, el hecho de que el amparo que interpuso haya sido improcedente significaba que no contó con acceso a la justicia, y que le fue violado en su perjuicio el debido proceso legal, ambos derechos previstos en los artículos 8o. y 25 de la Convención.

Ahora bien, no obstante que la Comisión Interamericana estableciera en el respectivo Informe de Admisibilidad y Fondo, que el Estado Mexicano había incurrido en responsabilidad internacional por la violación del derecho a la protección judicial, en el mes de diciembre de 2006 le solicitó al ciudadano promovente que expresara su interés respecto a que el asunto fuera sometido al conocimiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En enero de 2007, Jorge Castañeda Gutman manifestó su deseo de que el caso fuera conocido por la referida Corte (Organización de los Estados Americanos, 2007: 4).

El 21 de marzo de 2007, la Comisión Interamericana sometió a la Corte del aludido sistema de protección de derechos humanos, la demanda correspondiente (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2008: 1-2). Por sentencia condenatoria dictada el 6 de agosto de 2008, se determinó que «no hubo violación a los derechos políticos ni al derecho a la igualdad ante la ley en contra de Jorge Castañeda, pero que sí fue trasgredido el artículo 25 (...) de la Convención. Esto es (...) que el Estado (...) no tenía previsto en el ordenamiento interno un recurso judicial efectivo para atender los planteamientos de constitucionalidad de las leyes electorales.» (Carmona, 2009).

Como se puede observar, la sentencia que dirimió el caso *Castañeda Gutman Vs. México*, resolvió que el derecho del multicitado ciudadano, a ser votado, no había sido trasgredido por reconocer a los partidos políticos como la única vía de postulación de candidaturas en México; lo anterior, máxime el hecho de que, con la reforma constitucional de 2007 –dato que ya se

apuntó previamente en este apartado–, a través de una modificación al artículo 116 de la Carta Magna, se estableció que «el derecho a registrar candidatos –tanto a nivel local como federal– era exclusivo de los partidos políticos, quedando cerrada la posibilidad a la existencia de candidaturas independientes» (Báez y Tello, 2015: 238-239).

En palabras de Güereca (2017: 188), «Si bien es cierto, la sentencia de la Corte IDH no permitió la candidatura independiente de Jorge Castañeda a la Presidencia de la República (...) dicho caso (...) generó la necesidad de plantear la posibilidad de la incorporación de las candidaturas independientes a los procesos federales y locales (...) ante la deteriorada percepción de la ciudadanía de la representatividad de los partidos políticos».

En esa tesitura, mediante reforma constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación el 9 de agosto de 2012, se dio un cambio paradigmático a la tendencia excluyente de candidaturas independientes que venía rigiendo en México desde mediados del siglo XX.

Con esta reforma –cuyo proceso inició con la presentación de diversas iniciativas desde el año 2009, incluida la del propio Presidente de la República en turno– se modificó el artículo 35, fracción II de la Carta Magna y se reconoció formalmente la participación de las candidaturas independientes como una vía más de acceso de los ciudadanos al poder público, a través de la respectiva postulación a cargos de elección popular. Posteriormente, se realizaron otras adecuaciones al texto constitucional para lograr plena armonía con lo establecido en la reforma de 2012 –como, por ejemplo, el cambio que se hizo con la reforma de 27 de diciembre de 2013, respecto del contenido del artículo 116 del mismo ordenamiento supremo– (Montoya, 2015: 58-60).

La formal constitucionalización de las candidaturas independientes en México significó el fin del monopolio de los partidos políticos para postular candidatos a cargos de elección popular.

Luego, la reforma constitucional en materia político-electoral, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de febrero de 2014,

vino a perfeccionar el régimen de candidaturas independientes en México, en el tema de prerrogativas para llevar a cabo las campañas electorales, tales como el acceso a radio y televisión, así como la precisión del derecho que tienen al financiamiento tanto público como privado. De igual forma, se estableció en los artículos transitorios de esta reforma, la obligación del Congreso de la Unión de expedir la normativa electoral secundaria que resultara conducente, conforme a los nuevos parámetros introducidos al texto constitucional, lo cual se logró llevar a cabo con la expedición de las leyes generales electorales, las que fueron publicadas el 23 de mayo de ese mismo año.

Por otro lado, en esos mismos artículos transitorios, se precisó que las legislaturas de las entidades federativas debían realizar las adecuaciones correspondientes, en su ámbito jurídico competencial y en aras de una libertad jurídica configurativa prevista en su favor en la propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Ello, aunado a que la Suprema Corte de Justicia de la Nación también ha considerado «que las legislaturas de los Estados, están en libertad para regular el tema de las candidaturas independientes, dentro del ámbito de sus atribuciones.» (Montoya, 2015: 59).

Así pues, en la actualidad las candidaturas independientes se encuentran reguladas tanto en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en la legislación general en materia electoral del país, así como en la legislación electoral de las entidades federativas, de donde es posible advertir reglas particulares y porcentajes diferenciados de apoyo ciudadano –requeridos para el registro de estas candidaturas–, dependiendo de la entidad de que se trate.

3. Las candidaturas independientes en el estado de Durango y la aplicación de un estándar internacional en la instancia jurisdiccional electoral local

Su inclusión normativa, en el caso concreto de Durango, data del segundo semestre del año 2014. Así consta en el Periódico Oficial del Gobierno del Estado de Durango, número 53

BIS, Tomo CCXXIX, del jueves 3 de julio de 2014, por el que se publicó el Decreto No. 178 que contiene la Ley de Instituciones y Procedimientos Electorales para el Estado de Durango. En dicho ordenamiento jurídico se incluyó, por primera vez en la legislación de la entidad federativa, la regulación del tópico de *candidaturas independientes*.

Por otro lado, es destacable la función jurisdiccional interpretativa del Tribunal Electoral de dicha entidad federativa, misma que ha brindado otros beneficios directos a los ciudadanos aspirantes a una candidatura independiente en el ámbito local de referencia, y ha procurado un mejor entendimiento de los aspectos sustanciales y procedimentales que derivan de esta figura novedosa en nuestro sistema jurídico.

Tal entendimiento se da no sólo para las autoridades electorales –administrativa y jurisdiccional– y demás sujetos de participación política en Durango, sino que también va dirigido a la sociedad civil en general, ya que ésta es la más interesada en que las candidaturas independientes se fortalezcan como una alternativa con mayor credibilidad que los partidos políticos, los que, pese a ser entidades de interés público de rango constitucional, han perdido la confianza de los ciudadanos –*Informe País sobre la calidad de la ciudadanía en México* (Instituto Nacional Electoral y Colegio de México, 2016)– y hasta la de sus propios militantes.

En Durango, siendo el proceso electoral 2015-2016 la primera ocasión en que se dio la participación de candidaturas independientes, las resoluciones dictadas por el Tribunal Electoral local durante las diversas fases del aludido proceso, se convirtieron en el conducto idóneo para la materialización de los derechos político-electorales de todos aquellos interesados en postularse, por sí mismos y con el apoyo ciudadano respectivo, a un cargo de elección popular.

En ese orden de ideas, es preciso mencionar que los beneficios en la aplicación de diversos estándares jurídicos a la figura de candidaturas independientes, han sido producto del control difuso de la constitucionalidad ejercido por el órgano jurisdiccional de referencia en determinados casos concretos, en un marco del

control mixto de la constitucionalidad, en el que ha cabido la posibilidad de sentar criterios relevantes al respecto, y no sólo eso, sino también jurisprudencia obligatoria en el ámbito competencial correspondiente, misma que, a la vez, ha resultado orientadora en la labor legislativa reformadora de la materia electoral en la entidad.

La interpretación jurídica que llevan a cabo los operadores jurisdiccionales en el país –no siendo los de Durango la excepción– se encuentra guiada en numerosas ocasiones por parámetros normativos de índole internacional, en los cuales se ha desarrollado un amplio andamiaje de protección a los derechos humanos, lo que dota de contenido sustancial al bloque de constitucionalidad aplicable en México y procura la consolidación del Estado Constitucional y Democrático de Derecho.

Un ejemplo de lo anterior, tratándose del operador jurisdiccional de la materia electoral en la entidad federativa de referencia, lo constituye precisamente el objeto primordial a estudio en el presente artículo, es decir, lo tocante a la aplicación por parte del Tribunal Electoral de Durango, del estándar mínimo del 1% que dispone el *Código de buenas prácticas en materia electoral* desarrollado por la Comisión de Venecia, en cuanto a la acreditación del apoyo ciudadano que debe respaldar un candidatura independiente.

Lo anterior, se aplicó a una serie de controversias concretas suscitadas durante el desarrollo del proceso electoral local 2015-2016 –expedientes de juicios ciudadanos con claves TE-JDC-027/2016, TE-JDC-029/2016, TE-JDC-030/2016, TE-JDC-031/2016 Y TE-JDC-034/2016–, en las que diversos aspirantes a una candidatura independiente impugnaron la negativa de registro, en función de que la autoridad administrativa electoral les observó que no habían alcanzado el porcentaje mínimo de apoyo ciudadano establecido en la legislación electoral estatal vigente –de 3% en ese entonces–.

Así pues, no obstante que la autoridad administrativa electoral determinó que dichos aspirantes no habían completado en su totalidad el porcentaje legal de apoyo ciudadano –supera-

ban el 1%, pero no alcanzaban en su totalidad el 3% del listado nominal correspondiente–, el Tribunal Electoral de Durango, a través de una correcta motivación –una interpretación garantista, sistemática y funcional del bloque de constitucionalidad y la legislación secundaria respectiva–, advirtió la existencia elementos evidentes y suficientes para concluir que el apoyo ciudadano presentado por los aspirantes era serio y con un alto grado de legitimación.

En ese sentido, aun y cuando los aspirantes no completaron el porcentaje previsto en ley, lo cierto fue que sí superaron fehacientemente el estándar mínimo dispuesto en un instrumento internacional aplicable a las democracias constitucionales actuales –aunque no estrictamente vinculante para México, cabe decir–, y de eso no quedaba duda, por lo que, con fundamento en este instrumento del orden internacional, el Tribunal Electoral de mérito emitió sentencias favorables a los impugnantes.

Lo anterior, sumado a que la autoridad administrativa electoral no les informó a los aspirantes a las candidaturas independientes, en su momento oportuno, de diversas inconsistencias en las cédulas de apoyo ciudadano que ocasionaron la invalidación y consecuente disminución de los porcentajes que habían recabado; en tal virtud, el Tribunal Electoral local también estimó que la autoridad administrativa de referencia les vulneró su esfera de derechos, por no realizar la correspondiente prevención y haberles concedido un periodo razonable para que subsanaran esos detalles.

El académico y titular de la Comisión Estatal de Derechos Humanos en Durango, Güereca (2017: 205), refiere sobre estas controversias lo siguiente:

Lo trascendente de la resolución del Tribunal Electoral, fue la postura apegada a los estándares del derecho internacional de los derechos humanos, ya que determinó que el Consejo General del Instituto Electoral y de Participación Ciudadana, actuó contrario a derecho, al no informar las inconsistencias encontradas en las cédulas de apoyos ciudadanos (...) que por consecuencia no permitieron cumplir con el 3% del listado

nominal, requisito señalado para lograr su registro (...)

Pero sobretodo el Tribunal Electoral señaló que la regulación del derecho humano, de ser votado para cargos de elección popular, se debe orientar en el sentido que permita el goce y ejercicio más amplio de ese derecho, realizando una vinculación con los criterios emitidos por la Comisión de Venecia (...) que precisa una serie de directrices donde se señala que con el apoyo del 1 % del padrón electoral se cumple con las exigencias de práctica democrática, según los estándares internacionales (...)

Cabe señalar, que con la resolución de las controversias antes apuntadas, el Tribunal Electoral de Durango constituyó jurisprudencia obligatoria en el ámbito local que le corresponde, al haberse dictado más de tres ejecutorias o sentencias en el mismo sentido –el requisito mínimo por reiteración de criterios, para dar lugar a jurisprudencia del citado Tribunal, es que se emitan tres sentencias definitivas en las que se sustente un mismo criterio, acorde a lo dispuesto en el Reglamento Interno de dicho órgano jurisdiccional–.

La jurisprudencia de mérito quedó identificada con la clave 2/2016, y el rubro asignado fue: «APOYO CIUDADANO EXIGIDO A LOS ASPIRANTES A CANDIDATURAS INDEPENDIENTES. SON APLICABLES, PARA TAL EFECTO, LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES».

Sumado a esto, es importante mencionar que con fecha 8 de marzo de 2017, el Tribunal Electoral de Durango, con fundamento en la facultad conferida por la ley de la materia, presentó, ante el Poder Legislativo local, una iniciativa de reforma a diversos artículos de la legislación electoral del Estado de Durango, entre éstos, los relativos al establecimiento del porcentaje mínimo de apoyo ciudadano que los aspirantes a una candidatura independiente deben acreditar para conseguir el registro respectivo ante la autoridad administrativa electoral –en ese entonces, como ya se señaló con antelación, ese porcentaje mínimo estaba fijado en un 3% de la lista nominal de electores– (Tribunal Electoral del Estado de Durango, 2016).

Meses después, una vez agotado el procedimiento legislativo correspondiente, la LXVII Legislatura del Estado de Durango, mediante la aprobación del Decreto 186, publicado en el Periódico Oficial estatal número 52, del día 29 de junio de 2017, modificó el porcentaje mínimo aludido, estableciendo como tal el 1% de la lista nominal de electores, es decir, un porcentaje acorde al estándar internacional sugerido por la Comisión de Venecia en el Código de buenas prácticas en materia electoral.

En mérito de lo expuesto, y dado que se considera viable que se pueda poner a crítica o, incluso, a debate académico, el hecho de que el tribunal de referencia haya fundamentado su decisión en un instrumento internacional que no es vinculante para México, puesto que el *Código de buenas prácticas en materia electoral* aludido, forma parte del bloque jurídico internacional europeo y no del interamericano en materia de derechos humanos, a continuación se realizarán algunas precisiones sustanciales sobre este instrumento.

4. El código de buenas prácticas en materia electoral desarrollado por la comisión de venecia: presentación de candidaturas

El *Código de buenas prácticas en materia electoral. Directrices e informe explicativo* –en inglés: *Code of good practice in electoral matters. Guidelines and explanatory report*– es la formal denominación del instrumento jurídico que sirvió de fundamento para resolver las controversias electorales del orden estatal que han sido objeto de estudio en este artículo.

Este Código se emitió durante el año 2002 por la Comisión de Venecia –su nombre oficial en el idioma español es: *Comisión Europea para la Democracia por el Derecho*–, que es un órgano internacional de carácter consultivo que depende del Consejo de Europa.

La Comisión de Venecia se creó en 1990 y se conforma actualmente de 61 Estados miembros, de los cuales su gran mayoría son países europeos, destacándose como miembros no europeos los siguientes diez: México –incorporado en 2010 (Güereca, 2017)–, Chile, Brasil,

Perú, Costa Rica, Estados Unidos de América, Túnez, Corea del Sur, Kirguistán y Argelia.

Como único miembro asociado de la referida Comisión está Bielorrusia, y como Estados observadores están los cinco que se enuncian enseguida: Argentina, Canadá, la Santa Sede, Japón y Uruguay.

Se afirma que los miembros de la Comisión de Venecia son expertos independientes «con experiencia en instituciones democráticas o que han contribuido al desarrollo del derecho y la ciencia política» (Güereca, 2017: 205).

De acuerdo con Gianni Buquicchio (en Comisión de Venecia, 2011), defensor de los derechos humanos y Presidente de la Comisión de Venecia¹, el *Código de buenas prácticas en materia electoral* tiene como origen y objeto lo siguiente:

(...) fue adoptado por el Consejo para las Elecciones Democráticas y la Comisión de Venecia y aprobado posteriormente por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa y el Congreso de poderes locales y regionales de Europa (...) Por su estructura y contenido, es un instrumento especialmente útil para los especialistas en materia electoral (...), así como para los observadores, políticos y, de forma más amplia, para todo votante.

(...) El Código de buenas prácticas en materia electoral es el resultado de un esfuerzo conjunto, en el que aparece reflejada una reflexión a partir de la experiencia acumulada durante más de veinte años por la Comisión en el campo electoral, asesorando a tribunales electorales y prestando asistencia técnica jurídica sobre códigos y legislación electoral en numerosos países. Se trata, pues, de un texto imprescindible para avanzar en el desarrollo de la democracia auténtica.

Otro aspecto interesante a resaltar, al tener a la vista este instrumento internacional –en formato electrónico, tanto en el portal oficial de

Internet de la Comisión de Venecia, como de la versión traducida al español, editada por el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación en México–, es que el mismo consta de directrices contenidas en dos apartados relativos a los principios del patrimonio electoral europeo y las condiciones para su aplicación –las directrices han sido adoptadas desde el año 2002, y es precisamente en una de éstas, en que se establece el estándar del 1% del electorado como respaldo ciudadano mínimo para el registro de una candidatura *individual* o independiente.

También se compone por un informe explicativo, de igual forma adoptado en 2002, con un apartado de observaciones generales, al que le sigue una serie de comentarios, así como la definición y las implicaciones concretas de cada uno de los principios del aludido patrimonio electoral, sumándose los comentarios respecto a las condiciones de su respectiva aplicación. Finalmente, contiene un diverso apartado de conclusiones.

En tal orden de ideas, María Magdalena Alán Figuerola (en Comisión de Venecia, 2011: 8-9), quien se desempeñó como magistrada de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación en México, durante el periodo 2006-2016, refiere, en cuanto a la utilidad práctica de tomar en consideración el contenido del *Código de buenas prácticas en materia electoral*, a lo que a continuación se cita:

El *Código de buenas prácticas en materia electoral* busca extender las prerrogativas ciudadanas tratando de que sus limitaciones sean mínimas (...)

(...)

Por lo anterior, la traducción al español del *Código de buenas prácticas en materia electoral* resulta de gran relevancia para los tomadores de decisiones, los administradores electorales, los impartidores de justicia y, en general, los interesados en el fortalecimiento de las democracias en los países de habla hispana.

La difusión de principios generales de desarrollo democrático en las esferas jurisdiccional y de gestión electoral permite acercar criterios internacionales exitosos a los ám-

1. Gianni Buquicchio redactó el prólogo de la traducción de este instrumento al idioma español, cuya primera edición en 2011 estuvo a cargo del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, máximo órgano jurisdiccional en materia electoral en México.

bitos de administración y derecho electoral internos. De ahí que el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, en el ánimo de fortalecer las instituciones y de expandir la cultura de la legalidad, se ha interesado en generar la versión en español de dicho Código, la cual se une a las ya existentes en inglés, francés, ruso, alemán, italiano, árabe y otras lenguas de Europa Central y del Este.

El contenido de este instrumento, adoptado por la Comisión de Venecia, seguramente resultará de gran utilidad para los ciudadanos que busquen conocer las directrices que garantizan el goce y ejercicio de sus derechos político-electorales, principios reconocidos y aceptados en varios países en transición a la democracia, así como en aquellos en los que este régimen ha quedado consolidado.

Así pues, en las directrices dedicadas a los principios del patrimonio electoral europeo, se hace la distinción de cinco principios respecto al sufragio. Estos son: la universalidad, la igualdad, la libertad, la secrecía y el principio relativo al carácter *directo* del sufragio.

En lo tocante al contenido detallado en las directrices que regulan el principio de universalidad del sufragio, y en lo que interesa concretamente a este artículo, se destaca el tópico relacionado con la *presentación de candidaturas* –*submission of candidatures*–. En este tópico, localizable en el numeral 1.3 del apartado I de las directrices, se hace referencia a los siguientes seis puntos o estándares jurídicos en particular (Comisión de Venecia, 2011: 15-16):

- I. La presentación de candidaturas individuales o de listas de candidatos puede estar condicionada a la recogida de un número mínimo de firmas;
- II. La ley no debería exigir las firmas de más del 1% del electorado de la circunscripción en cuestión;
- III. El procedimiento de verificación de las firmas deberá regirse por reglas claras, sobre todo por lo que se refiere a los plazos;
- IV. La verificación deberá en principio abarcar la totalidad de las firmas; sin embargo, cuando no quede la menor duda de que se ha recogido el número de firmas exigido, no es necesario verificar las firmas restantes;
- V. La validación de las firmas deberá estar terminada antes del inicio de la campaña electoral;
- VI. Cuando se exige un depósito, éste deberá ser reembolsable si el candidato o el partido recibe un cierto número mínimo de sufragios; el monto del depósito y el número de sufragios necesarios no deben ser excesivos.

Finalmente, en la parte de este *Código de buenas prácticas en materia electoral*, dedicada al informe explicativo, en el cual se esgrimen una serie de comentarios respecto a las implicaciones concretas de cada uno de los principios del patrimonio electoral, se alude, en lo relativo a la universalidad del sufragio –en la parte que aborda el tópico de *presentación de candidaturas*–, que, en tratándose de candidaturas individuales –lo que en el sistema jurídico mexicano corresponde en semántica a las candidaturas independientes– «es preferible que la ley no exija las firmas de más del 1% de los votantes» (Comisión de Venecia, 2011: 32).

En México, reconocer ese estándar de porcentaje mínimo de respaldo ciudadano visible en firmas de apoyo a la presentación o registro de una candidatura independiente, equivale a tomar en consideración el 1% de la lista nominal de electores que corresponda, dependiendo de la elección y el cargo de elección popular de que se trate. Ello, si se toma en cuenta esa distinción entre *padrón electoral* y *lista nominal de electores* que se suele hacer en la *praxis* electoral que aplica en el país, tomando por supuesto en consideración el fundamento legal que define a dichas categorías.

5. La aplicación de un instrumento internacional que no es vinculante para los operadores jurisdiccionales electorales en México: caso Durango

En primer lugar, se considera importante hacer mención al hecho de que, a pesar de que la Comisión de Venecia es un organismo internacional del bloque jurídico europeo, el mismo se ha mostrado abierto a compartir sus directrices y experiencias en favor de la democracia con una perspectiva global. Incluso, dentro del portal oficial de este organismo se destaca la parte en la que se hace saber que dicha Comisión (2018) «ha desempeñado un papel fundamental al facilitar y promover un diálogo fructífero con sus socios en Brasil, Chile, México y Perú (...)».

En esa tesitura, es preciso hacer alusión a la obra denominada *La justicia electoral mexicana en el foro internacional. El TEPJF en la Comisión de Venecia*, tomo I, la cual ha sido reseñada por Báez (2015), y por la cual queda materializado uno de los esfuerzos institucionales de la instancia jurisdiccional de máxima jerarquía en la materia electoral en México, por hacer prevalecer una tendencia de Estado Constitucional y Democrático de Derecho en el país.

Así pues, Báez (2015: 347-349), en la reseña de la obra de mérito comenta que:

(...) el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF) ha establecido relaciones con organismos internacionales con el fin de visibilizar el trabajo que se lleva a cabo en México en materia electoral y para acceder a contenidos especializados en la garantía de los derechos políticos y la resolución de controversias en el contexto de los procesos electorales.

Entre los organismos internacionales con los que el TEPJF interactúa se encuentran la Asociación de Autoridades Electorales Europeas, la Asociación de Organismos Electorales de América del Sur (...) la Unión Interamericana de Organismos Electorales y la Comisión Europea para la Democracia a través del Derecho, esta última, mejor conocida como la Comisión de Venecia (...)

(...)

Los especialistas que se desempeñan en esta Comisión (...) llevan a cabo estudios, análisis y opiniones (...) Si bien dichos documentos no son de carácter vinculante, brindan a los legisladores e impartidores de justicia del país solicitante una evaluación de su sistema constitucional y electoral, así como propuestas para su mejoramiento.

Por otro lado, también cabe señalar lo manifestado por Constancio Carrasco Daza (en Güereca, 2017: 207), quien también se desempeñó como Magistrado de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación en el periodo 2006-2016, en el sentido de que «los parámetros de la Comisión de Venecia tienen un carácter orientador de fundamental importancia en la impartición de justicia, por consiguiente, se puede deducir la obligación de los órganos encargados de dicha impartición, de dialogar con los estándares de referencia, la cual debe entenderse como un resultado de los principios Pro Persona y de progresividad, reconocidos en la reforma constitucional en materia de derechos humanos del 2011».

Al consultar la obra de referencia, se advierten nuevamente las palabras de Gianni Buquichio (en Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2015: 25-29), quien expresa lo siguiente, en su carácter de Presidente de la Comisión de Venecia:

(...) Hemos tratado cuestiones muy diversas a lo largo de los años, por ejemplo, en materia de federalismo (...) los derechos de las minorías, del Estado de Derecho y, más recientemente, a propuesta de la Subcomisión de América Latina, de la puesta en práctica de los tratados de derechos humanos y del papel de los tribunales nacionales e internacionales en visión comparada.

México ha sido, con mucho, el artífice de este estudio (...)

Por supuesto, la Comisión de Venecia no puede establecer estándares internacionales obligatorios para los estados, pero algunos de sus textos, como el Código de Buenas

Prácticas en Materia Electoral (...) se ha convertido en una referencia internacional en el campo electoral.

(...)

(...) la Comisión de Venecia ha sido algo más que un órgano consultivo para los estados europeos en materia constitucional (...)

(...)

(...) Ha extendido su campo de actuación más allá de Europa (a Asia Central, al norte de África y a Latinoamérica).

(...)

(...) México ha tenido la primera presidencia de la Subcomisión de América Latina (...)

Igualmente, la Subcomisión de América Latina se reunió por primera vez fuera de Europa, en México (...) que fue sede de (...) la discusión en torno al primer estudio comparado del papel de los tribunales nacionales e internacionales en la aplicación de los tratados internacionales de derechos humanos y, concretamente, de los convenios europeo y americano.

Como se puede observar, el *Código de buenas prácticas en materia electoral* es un documento directriz emitido en el orden internacional, en el marco jurídico que corresponde al llamado *soft law* o *non-binding norms*, es decir, que son «instrumentos normativos que no tienen fuerza jurídica vinculante, o cuya fuerza es `más débil´ que la del derecho tradicional. Tradicionalmente, el término (...) se asocia con el derecho internacional» (Comisión de Venecia, 2009: 2).

Se considera que hay posibles ventajas de proteger los derechos humanos a través de la consideración de resoluciones, declaraciones, directrices, informes de expertos y programas de acción dictados en conferencias de escala global, en tanto que todos éstos son los instrumentos que dan contenido al *soft law* internacional.

Estas ventajas apuntan a una mayor flexibilidad para los emisores y operadores legales de un determinado país –como pudiera ser México, por ejemplo–, en la adaptación de estándares jurídicos benéficos para las personas –y en materia de derechos políticos-electorales, con-

cretamente para los ciudadanos–; de tal suerte que, se estima que es fácil y rápido realizar su incorporación al orden jurídico nacional, en la medida en que sean efectivos los mecanismos de justicia constitucional, no haya una restricción constitucional expresa y de que exista una buena comunicación entre el Poder Legislativo, el Poder Judicial y los organismos autónomos protectores de derechos humanos o que lleven a cabo funciones jurisdiccionales en sentido formal.

Los documentos de *soft law* desarrollados por la Comisión de Venecia –como lo es el que se aborda en este trabajo– «constituyen recomendaciones y códigos de buenas prácticas que, aunque no tienen naturaleza vinculante, ejemplifican medidas que han dado buenos resultados en otros países y pueden ser de utilidad a la hora de enfocar posibles soluciones». (Biglino, 2015: 205).

De lo anterior, queda bastante claro que, si bien el *Código de buenas prácticas en materia electoral* es un instrumento jurídico internacional no vinculante en las decisiones que adopten los operadores jurídicos del Estado de Mexicano, concretamente los jurisdiccionales de la rama electoral en la resolución de casos concretos, lo cierto es que sí viene a ser orientador en sus determinaciones y útiles en la argumentación de las mismas. Lo anterior, adquiere refuerzo al advertirse que México es miembro formal y activo de la Comisión de Venecia desde el año 2010.

6. Conclusión

Se considera que la aplicación de estándares internacionales en el proceso de consolidación de las candidaturas independientes en México, ha sido trascendental. Así pues, la experiencia suscitada en el caso de Durango, da cuenta de que, por ejemplo, el Código de buenas prácticas en materia electoral de la Comisión de Venecia, como instrumento jurídico internacional orientador en la decisión del juzgador al dirimir controversias que tienen que ver con una interpretación del orden jurídico local que regula el tópico de *candidaturas independientes*,

resulta de gran utilidad no sólo para legisladores, juzgadores y académicos, sino en general para cualquier ciudadano en ejercicio de sus derechos políticos-electorales.

Lo anterior, aunado a que se ha hecho alusión a que dicha utilidad no se circunscribe a sujetos del bloque europeo, sino que traspasa esas fronteras, en tanto que el contenido sustancial del instrumento de mérito se ha nutrido de experiencias de regiones de otros continentes –como Latinoamérica–.

Que la actuación del Tribunal Electoral de Durango, fundada en estándares internacionales no vinculantes –pero sí orientadores–, consistente en motivar una decisión jurisdiccional que dirimió diversas controversias que se suscitaron respecto al tópico de las candidaturas independientes como vía de acceso de los ciudadanos duranguenses al poder público estatal, durante el proceso electoral local 2015-2016, por lo que hace al cumplimiento del requisito de acreditar un porcentaje legal mínimo de apoyo de la ciudadanía para lograr el registro de las respectivas candidaturas, fue acertada, razonable, innovadora en sede nacional y garante de los derechos fundamentales de índole político-electoral.

Ello, dado que la determinación de tener por cumplidos los respaldos ciudadanos en cada uno de los casos que fueron motivo de controversia, quedó motivada al evidenciar que ese respaldo o apoyo de la ciudadanía a los aspirantes a candidatos independientes, era seria y con alto grado de legitimidad –pues de hecho su validez no se encontraba controvertida, y tan sólo se había señalado por la autoridad electoral que no era porcentual o numéricamente suficiente para lograr el registro de las candidaturas–, máxime que el mismo superaba por mucho el 1% mínimo de respaldo o apoyo ciudadano previsto en un estándar establecido, a su vez, en un instrumento emitido por un organismo internacional con el cual el Estado Mexicano coopera e interactúa de manera actual y constante, aun y cuando aquél pertenece al bloque europeo.

Lo anterior, por supuesto sin dar lugar a lo que algunos críticos juristas denominan como

hipergarantismo, al concebir equivocadamente el garantismo –como forma de interpretación constitucional y jurídica de una manera progresista y pro persona– en el sentido de «generar un vicio que surge del exceso de funcionamiento de las acciones de garantía y la justicia constitucional» (Ávila, 2014), de tal suerte que, por hacer una referencia concreta a la materia electoral, la certeza como característica fundamental de los procesos electorales y la objetividad en la resolución de controversias que afecten derechos de ciudadanos, quedarían desplazadas por una razón injustificada que más bien sería arbitraria o contraria al interés público.

7. Referencias bibliográficas

- Ávila LINZÁN, LUIS. (2014). «Hípergarantismo»: alienación de tipo social y disfunción de la política. *Defensa y Justicia*. Revista Institucional de la defensoría pública del Ecuador, edición 11 (agosto). Consultado del 25 de junio de 2018 en: <http://www.defensayjusticia.gob.ec/?p=855>
- BÁEZ SILVA, CARLOS. (2015). Reseña: María del Carmen Alanís Figueroa (y otros dieciocho); José Alejandro Luna Ramos, Manuel González Oropeza, Janine Madeline Otálora Malassis y Dong Nguyen Huu, coords. *La justicia electoral mexicana en el foro internacional. El TEPJF en la Comisión de Venecia*. 1ra ed. T.I. México: TEPJF. *Revista Justicia Electoral*, 16 (1), julio-diciembre. Consultado el 25 de junio de 2018 en: <http://portal.te.gob.mx/informacion-electoral/publicaciones/la-justicia-electoral-mexicana-en-el-foro-internac>
- BÁEZ SILVA, CARLOS Y TELLO MENDOZA, MARTHA ALEJANDRA. (2015). El fenómeno de las candidaturas independientes en México. Análisis de su implementación y primeros resultados en el proceso electoral 2015. *Revista Mexicana de Derecho Electoral*, 7-8. Consultado el 20 de junio de 2018 en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-electoral/article/view/10091/12552>
- BIGLINO CAMPOS, PALOMA. (2015). Intervención del legislador y selección de candidatos por los partidos políticos: una perspectiva comparada. *Revista Teoría y Realidad Constitucional de la UNED*, 35. Consultado el 23 de junio de 2018, en: <http://revistas.uned.es/index.php/TRC/article/view/14918>
- CARMONA TINOCO, JORGE ULISES. (2009). El caso Jorge Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 9, (enero). Consultado el 18 de junio de 2018 en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-46542009000100029
- COMISIÓN DE VENECIA. (2009). Lineamientos sobre el reconocimiento internacional de los observadores

- electorales. Estudio No. 477/2008. Estrasburgo, 14 de diciembre. Consultado el 25 de junio de 2018 en: [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2009\)059-spa](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2009)059-spa)
- COMISIÓN DE VENECIA. (2011). Código de buenas prácticas en materia electoral. Directrices e informe explicativo. Editado e impreso por el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación en México. Consultado el 25 de junio de 2018 en: http://portal.te.gob.mx/sites/default/files/informacion_importante/2012/04/codigo_buenas_practicas_pdf_18140.pdf
- COMISIÓN DE VENECIA. (2018). Portal oficial de Internet. Consultado el 25 de junio de 2018 en: <http://www.venice.coe.int/webforms/events/>
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. (2008). Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos. Sentencia de 6 de agosto. Consultado el 18 de junio de 2018 en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_184_esp.pdf
- GÜBERCA Díaz, Marco Antonio. (2017). La consolidación de un nuevo derecho con perspectiva en derechos humanos. México: Universidad Juárez del Estado de Durango y otros.
- INSTITUTO NACIONAL ELECTORAL Y COLEGIO DE MÉXICO. (2016). Resumen ejecutivo del Informe país sobre la calidad de la ciudadanía en México. Actualizado al 7 de diciembre de 2016. Consultado el 18 de junio de 2018 en: http://www.ine.mx/archivos2/s/DECEYEC/EducacionCivica/Resumen_Ejecutivo_23nov.pdf
- LEY DE INSTITUCIONES Y PROCEDIMIENTOS ELECTORALES PARA EL ESTADO DE DURANGO. Última reforma por Decreto 186, publicado en el Periódico Oficial número 52 del Estado de Durango, el 29 de junio de 2017. Consultado el 18 de junio de 2018 en: <http://congresodurango.gob.mx/Archivos/legislacion/LEY%20DE%20INSTITUCIONES%20Y%20PROCEDIMIENTOS%20ELECTORALES.pdf>
- MONTOYA ZAMORA, RAÚL. (2015). Candidaturas independientes en México. México: UBIJUS.
- ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. (2007). Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Jorge Castañeda Gutman (Caso 12.535) contra los Estados Unidos Mexicanos. Consultado el 20 de junio de 2018 en: <http://www.cidh.org/demandas/12.535%20Jorge%20Castaneda%20Gutman%20Mexico%2021%20marzo%202007%20esp.pdf>
- PELAYO MÖLLER, CARLOS MARÍA Y VÁZQUEZ CAMACHO, SANTIAGO. (2009). El caso Castañeda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Anuario Mexicano de Derecho Internacional, ix. Consultado el 18 de junio de 2018 en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/article/view/311/546>
- TRIBUNAL ELECTORAL DEL ESTADO DE DURANGO. (2017). Iniciativa de decreto que reforma diversos artículos de la Ley de Instituciones y Procedimientos Electorales para el Estado de Durango, y de la Ley de Medios de Impugnación en Materia Electoral y de Participación Ciudadana para el Estado de Durango. Consultado el 18 de junio de 2018 en: <http://tedgo.gob.mx/img/documentos/INICIATIVA%20DE%20DECRETO%202017.pdf>
- TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN. (2015). La justicia electoral mexicana en el foro internacional. El TEPJF en la Comisión de Venecia. México: TEPJF. Consultado el 20 de junio de 2018 en: http://portal.te.gob.mx/sites/default/files/je_colliard.pdf

La unificación de la legislación penal en México (fuero federal, fuero común y fuero de guerra)

Gerardo Bermúdez Tuero - Doctorado Institucional de Derecho de la División de Estudios de Posgrado e Investigación de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UJED

RESUMEN

En este trabajo se plantea la posibilidad de la expedición y puesta en vigor de un Código Penal Único, para la Federación, Entidades Federativas, la Ciudad de México y las Fuerzas Armadas mexicanas, señalándose que con él no transgrede la forma de Estado Federal adoptada por nuestro país. Se hace una breve reseña de los antecedentes de la codificación penal en nuestro país y en el ámbito internacional. Se exponen los argumentos a favor de la unificación penal en México. Se analiza la superposición constitucional, el realismo jurídico y la ética discursiva. Se propone para tal efecto la reforma a la fracción XXI, inciso a), del artículo 73 constitucional. Se argumenta respecto de su justificación y finalmente se describe lo relativo a la disciplina militar.

PALABRAS CLAVES: Código Penal Único, Fuerzas Armadas Mexicanas, Disciplina Militar, Superposición Constitucional, el Realismo Jurídico y la Ética Discursiva.

ABSTRACT

In this paper the possibility of the issuance and enforcement of a Single Criminal Code for the Federation, Federative Entities, Mexico City and the Mexican Armed Forces was raised, stating that the form of the adopted Federal State is not transgressed for our country. A brief review of the criminal codification background is made in our country and in the international arena. The arguments in favor of criminal unification in Mexico are exposed. Constitutional suppression, legal realism and discursive ethics are analyzed. For this purpose, the amendment to section XXI, clause a) of article 73 of the Constitution is proposed. It is argued about its justification and finally describes what is related to military discipline.

KEYWORDS: Single Criminal Code, Mexican Armed Forces, Military Discipline, Constitutional Supersession, Legal Realism and Discursive Ethics.

* Alumno del Doctorado Institucional de Derecho de la División de Estudios de Posgrado e Investigación de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UJED. Programa académico inscrito en el Padrón Nacional de Posgrados de Calidad (PNPC) del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONACYT).

1. Introducción

El planteamiento que hacemos en este trabajo, es el de una legislación penal única en nuestro país, que incluya además, lo relativo a los tipos penales militares, lo cual no rompe con nuestro Sistema Federal; por lo que nos permitimos abordar diferentes temas, que a nuestro juicio, son relevantes para sostener la idea de la unificación de la legislación penal en nuestro país, además de incluir los hechos considerados como delitos relacionados con la disciplina militar.

2. Facultades de la Federación para expedir una legislación penal única

La Constitución Federal, en su artículo 40 trata lo relativo a la forma de Estado Federal, por lo que en nuestro país existen tres niveles de gobierno:

- Federal.
- Estatal y la Ciudad de México.
- Municipal.

En ese sentido, el ejercicio del poder por parte de la Federación se deposita en el Poder Judicial, Ejecutivo y Legislativo, éste último tiene arrojadas, entre otras, atribuciones relativas a la defensa nacional, la distribución de los ingresos, el desarrollo nacional, así como legislar en una vasta cantidad de materias, tal y como lo detalla el artículo 73 constitucional.

Por su parte en las Entidades Federativas, así como en la Ciudad de México, existe una idéntica división del ejercicio del poder: Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

De donde, podemos concluir que al ser las Entidades Federativas libres y soberanas tienen la atribución de expedir, entre otras la legislación penal, así como la Federación tiene asignada dicha facultad, de conformidad con el artículo 73, fracción XXI, párrafo 1° de la Constitución.

Precisamente es éste el planteamiento que analizamos, en el sentido de si la Federación puede emitir o no un Código Penal Único.

Cabe mencionar que existen varios antecedentes inmediatos, respecto de legislación única, como lo es el Código Nacional de Procedimientos Penales, publicado en el Diario Oficial de la Federación el día cinco de marzo de dos mil catorce,¹ así como otros cuerpos normativos, entre los que podemos mencionar las siguientes: Ley Nacional de Ejecución de Penas,² Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal,³ Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes,⁴ Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en materia de Secuestro, Reglamentaria de la Fracción XXI del Artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos,⁵ Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los delitos en materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos delitos,⁶ Ley General para Prevenir, Investigar y Sancionar la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes.⁷

Como podemos apreciar, todas estas normas jurídicas, están vinculadas con la materia penal, además se advierte que el común denominador, entre otros aspectos, es el de homologar o estandarizar conductas delictivas, procedimientos, métodos e instrumentos, así como lo relativo a las políticas públicas encaminadas a la prevención.

Planteado lo anterior, podemos decir que el Congreso de la Unión sí estaba facultado para la legislar en estas materias, en virtud de que

1. *Cfr.* con el Diario Oficial de la Federación del Diario Oficial de la Federación del 5 de Marzo de 2014, además de observar el contenido del artículo 1°.

2. *Cfr.* con el Diario Oficial de la Federación del Diario Oficial de la Federación del 16 de Junio de 2016, además de observar el contenido del artículo 1°.

3. *Cfr.* con el Diario Oficial de la Federación del Diario Oficial de la Federación del 29 de Diciembre de 2014, además de observar el contenido del artículo 2°, párrafo segundo.

4. *Cfr.* con el Diario Oficial de la Federación del Diario Oficial de la Federación del 16 de Junio de 2016, además de observar el contenido del artículo 1°, párrafo segundo.

5. *Cfr.* con el Diario Oficial de la Federación del Diario Oficial de la Federación del 30 de Noviembre de 2010, además de observar el contenido del artículo 1°.

6. *Cfr.* con el Diario Oficial de la Federación del Diario Oficial de la Federación del 14 de Junio 2012, además de observar el contenido del artículo 5° y 6°.

7. *Cfr.* con el Diario Oficial de la Federación del Diario Oficial de la Federación del 26 de Junio 2017, además de observar el contenido del artículo 1°, párrafo segundo, 2° y 3°.

el artículo 73, fracción XXI de la Constitución Federal, fue reformada mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 8 de Octubre de 2013, en los siguientes términos:

Artículo 73. El Congreso tiene facultad:

I. a XX. ...

XXI. Para expedir:

a) Las leyes generales en materias de secuestro y trata de personas, que establezcan como mínimo, los tipos penales y sus sanciones.

Las leyes generales contemplarán también la distribución de competencias y las formas de coordinación entre la Federación, las entidades federativas, el Distrito Federal y los municipios;

b) La legislación que establezca los delitos y las faltas contra la Federación y las penas y sanciones que por ellos deban imponerse; así como legislar en materia de delincuencia organizada;

c) La legislación única en materia procedimental penal, de mecanismos alternativos de solución de controversias y de ejecución de penas que regirá en la República en el orden federal y en el fuero común.

Las autoridades federales podrán conocer de los delitos del fuero común, cuando éstos tengan conexidad con delitos federales o delitos contra periodistas, personas o instalaciones que afecten, limiten o menoscaben el derecho a la información o las libertades de expresión o imprenta.

En las materias concurrentes previstas en esta Constitución, las leyes federales establecerán los supuestos en que las autoridades del fuero común podrán conocer y resolver sobre delitos federales.

3. Antecedentes de la codificación penal en nuestro país

Desde la Constitución de 1824 las Entidades Federativas y el ahora Distrito Federal, no les prohibió expedir su legislación penal, por lo que hoy en día cada una de ellas tiene su legislación en la dicha materia, lo que ha genera-

do desde luego la coexistencia de diversas leyes con rasgos que las diferencia claramente unas de otras, como nos lo ha dejado ver la Corte y los Tribunales Colegiados de Circuito al conocer sobre amparos que se promueven en contra de sentencias en materia penal, precisamente porque las descripciones de los delitos en ocasiones varían considerablemente de una Entidad Federativa a otra.

Es importante mencionar que el primer Código Penal español, de 9 de julio de 1822,⁸ fue tomado como modelo para la elaboración en México de los diversos códigos penales.

Por su parte Cruz Barney, habla de la existencia de algunos antecedentes de la codificación penal en México, como lo fueron el Código Penal de Oaxaca del 7 de febrero de 1828, el Código Penal del Estado de México de 1831, el relativo a Veracruz del 15 de septiembre de 1832, menciona a nuestra entidad federativa – Durango – en el cual se preparó un proyecto de Código Criminal en 1848, que finalmente no fue aprobado por la legislatura, y hasta 1871 se promulgó el Código Penal para el Distrito Federal y Territorio de Baja California en materia de Fuero Común y para toda la República sobre delitos contra la Federación.⁹

4. Unificación de la legislación penal en el ámbito internacional

Dejando atrás la génesis de la codificación en México, Alfredo Calderón Martínez,¹⁰ nos comenta que hoy en día existe a nivel mundial un movimiento unificador de la legislación penal:

En el ámbito internacional, encontramos varios intentos de unificación de la legislación penal en el mundo. Entre los más importantes, se encuentra la idea de elaborar un Código Penal Universal, que surgió en Europa en el primer tercio del siglo XIX; otro es la Unificación Penal en Europa, en lo referente a los delitos económicos; uno

8. Cruz Barney, Oscar, *Historia del Derecho en México*, Ed. Oxford, México, 2011, p. 719.

9. Cruz Barney, Oscar *Ob. Cit.*, pp. 721-723.

10. Calderón Martínez, Alfredo, *Código Penal Único en México*, p. 157, para mayor información consultar el siguiente link: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3104/10.pdf>

más es el gran trabajo que realizaron eminentes penalistas de Latinoamérica para unificar el Derecho Penal en esa región y los trabajos para la unificación de los códigos penales en Centroamérica. Finalmente, aparece el Estatuto de la Corte Penal Internacional, firmado en Roma el 17 de julio de 1998, que se refiere sólo a ciertos delitos, pero de aplicación mundial.

También afirma y coincidimos con él, en el siguiente aspecto:¹¹ «Todas las naciones en el Continente Americano tienen un solo Código Penal, a excepción de México y Estados Unidos. Y si dirigimos la vista hacia Europa, comprobamos que en la totalidad de los países rige un solo Código Penal, para cada nación».

Cabe comentar que en los dos países mencionados, además de las legislaciones Federal y Estatal, existe la legislación penal militar, mientras que en otros países como el caso de Argentina, sólo existe una legislación penal única que es aplicable también a las Fuerzas Armadas; y por otro lado en Brasil encontramos normas de carácter penal para toda la Federación¹² que incluye a las Entidades Federativas, y en materia penal militar existe el Código Penal Militar, que aplica tanto para las Fuerzas Armadas Brasileñas, así como los Policías y Bomberos de las Entidades Federativas Brasileñas.

Además de los mencionados, la República Popular de China, desde 1997 tiene un Código Penal Único y en dos de sus capítulos detalla los delitos de carácter militar; y en diversos países europeos como Francia, España, Alemania y Suiza existe un solo cuerpo normativo en materia penal.

4.1. Argumentos a favor de la unificación de la legislación penal

Miguel Carbonell,¹³ con relación a un Código Penal para todo México,¹⁴ nos dice:

11. Cruz Barney, Oscar *Ob. Cit.*, p. 156.

12. *Ibidem*, p. 165.

13. Carbonell, Miguel, Un Código Penal para todo México, artículo publicado en el periódico El Universal, el 13 de diciembre de 2012. Para mayor información visitar el siguiente link: http://www.miguelcarbonell.com/articulos_periodicos/Un_codigo_penal_para_todo_Mexico_printer.shtml

14. Se recomienda analizar el video de Miguel Carbonell, respecto de este tema, cuyo link es el siguiente: https://www.youtube.com/watch?time_continue=594&v=6bqiiianQFGg

Me parece que es una idea del todo plausible, la cual había sido ya defendida por profesores de la UNAM desde los años 40 del siglo pasado y que generaciones posteriores de académicos hemos retomado, dado que entendemos que la existencia de 33 códigos penales (32 en cada una de las entidades federativas y uno federal) y 33 códigos de procedimientos penales no se justifica. No se trata de razones vinculadas con el federalismo mexicano, sino con argumentos de puro sentido común.

Dicho autor, además puntualiza que: «No parecen existir razones válidas para que lo que es considerado como delito en una entidad federativa no lo sea en la entidad vecina. Tampoco se entiende por qué motivo una conducta delictiva puede merecer una pena de 10 años en un estado y de 40 en otro: ¿será que la vida, la integridad física o el patrimonio de las personas merecen una mayor protección dependiendo del lugar en el que se encuentren?»; y concluye señalando:

Para poder realizar una puesta en práctica eficiente del nuestro sistema de juicios orales, serviría de mucho tener un único código, en el que se unifiquen criterios y se compartan conceptos. La necesidad es tan imperiosa que todos los tribunales del país ya diseñaron desde hace un par de años un «código tipo» que recomendó que fuera aprobado por todos los órganos legislativos locales. Los jueces fueron los primeros en darse cuenta de la importancia de contar con reglas uniformes, para evitar confusiones y ser más efectivos en el combate a la impunidad.

Por su parte, el diverso tratadista Sergio García Ramírez, en su artículo denominado la Unidad de la Legislación Penal en México,¹⁵ nos participa:

En México ha permanecido inaccesible el objetivo de unidad legislativa penal, merced a las características del sistema federal adoptado por nuestro país (que no son, necesariamente, las de «todo» Estado federal,

15. García Ramírez, Sergio, *La Unidad de la Legislación Penal en México*, consultable en el link: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3826/15.pdf>.

como lo prueban los ejemplos de Alemania, Suiza, Brasil, Venezuela y Argentina, entre otros) a través de la asignación de atribuciones estatuida por la fracción XXI del artículo 73 de la ley fundamental, que deposita en los Estados de la República y en el Distrito federal, en sus respectivas jurisdicciones, la potestad legislativa en materia penal, y reserva a aquella la misma facultad en el orden federal, sin establecer, empero, qué debe entenderse por delitos y faltas «contra la Federación». La fracción XXI de ese precepto ha recibido cambios en el curso de años recientes, que inician una suerte de redistribución o «cruce» atribuciones penales entre la Federación y las entidades federativas.

Dicho autor, hace notar que en la redacción del Código Penal de 1931, se formularon comentarios encaminados a la defensa de este código y con efectos evidentemente vinculados a la unificación de la legislación penal en México.

En ese orden de ideas, tenemos pues que el planteamiento de la unificación penal no es un idea nueva, sino más bien un proyecto al que no se le ha dado la importancia real que tiene y que es viable, desde el punto de vista constitucional, pero lo más importante que no daña o desquebraja el régimen de estado federal que impera en nuestro país, lo anterior se refuerza con el planteamiento de Cruz Barney el «*constitucionalismo y la codificación, son conceptos que se relacionan entre sí, incluso se concibe al constitucionalismo como un capítulo del proceso de codificación, referido al derecho público existe un vínculo entre constitución y los códigos*».¹⁶

Entrando en materia, es importante señalar que leída y analizada que fue la iniciativa de reforma al artículo 73, fracción XXI, constitucional nos percatamos que en la Cámara de Senadores, el dictamen no fue ampliamente discutido, por cuanto hace a la Cámara de Diputados, aquí hubo más discusión, pero al fin y al cabo estériles.

Ahora bien, de la lectura del apartado respectivo, en atención a la segunda justificación, se detalla que no se violenta la soberanía y ni la forma estado federal que tenemos. Como

lo podemos apreciar el trabajo legislativo deja mucho que desear en nuestro país, se requiere un compromiso pleno, no hacia el partido o facción a la que representa, sino con la Constitución, así como los valores que ella representa.

Con lo planteado hasta este momento, podemos afirmar que sí es viable la expedición de un Código Penal único, que incluya además los delitos en materia militar, sin debilitar la forma de estado federal que rige en nuestro país.

4.2. Análisis del esquema del estado federal

Con la finalidad de establecer que no se rompe con el esquema del Estado Federal en el que vivimos, se realiza el análisis desde tres ángulos:

- La Supersesión Constitucional (supremacía constitucional).
- El Realismo Jurídico.
- La Ética Discursiva con elementos de dignidad humana (ética del consenso).

4.2.1. La supersesión constitucional

Se trata de una figura norteamericana, cuyo punto de partida, lo encontramos en lo resuelto en el caso *Pennsylvania Vs. Nelson*,¹⁷ en donde la Corte Suprema de Estados Unidos, estableció un precedente para la preminencia en ese país, de las leyes federales sobre las estatales.

Este caso, para Paul Bartholomew,¹⁸ brinda una excepcional explicación respecto de lo que se denomina «supersesión», y ésta se actualiza cuando la federación legisla una determinada materia, ya sea por razón de importancia, por una situación compleja, por una cuestión de urgencia o de peligro, independientemente de que los estados ya lo hubiesen legislado, motivo por el cual la federación a través del poder legislativo lo realiza, de donde se advierte que en el citado caso, la Corte determinó que la competencia era para la Federación, ya que si analizamos el injusto, pone en riesgo no sólo a la Entidad Federativa –*Pensilvania*–, sino a la Federación –*Estados Unidos de América*–, en su conjunto ya que el bien jurídico tutelado es la exis-

17. Caso 350 US 497 (1956), consultable en el link: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/350/497/case.html>

18. Bartholomew, Paul, *American Constitucional Law, Governamental Organization. Power and Procedure*, A Littlefield Adams Quality Paperback, pp. 38 y ss.

16. Abelardo Levaggi, *Ob. Cit.* Cruz Barney, p. 704.

tencia del Estado como entidad institucional que es *–trasladando este razonamiento a México, se clarifica en atención al contenido normativo del numeral 40 de la Carta Fundamental Mexicana–*.

Lo expuesto se ve reflejado en la propia sentencia, ya que en ella claramente se estableció que la sedición en contra de Estados Unidos no es un delito del fuero común, sino un delito en contra de la Nación, por lo que debe ser procesado y castigado por las Cortes Federales.

Ahora bien, el Jefe de Justicia Earl Warren, planteó tres aspectos, a saber:

- a). *Cuando el gobierno no ha regulado, los Estados pueden actuar.*
- b). *Cuando los Estados tienen jurisdicción por el Congreso, los Estados pueden actuar.*
- c). *Un Estado puede actuar en su defensa.*

Derivado de lo anterior, en palabras de Juan Alberto Carbajal, tenemos que:

«En México, no tenemos este tipo de interpretación constitucional, ni fenómeno de supersesión, pero el principio es muy claro: la supremacía federal se da en toda la extensión de la palabra, porque razonablemente las atribuciones mayores siempre fueron, han sido y serán para la Federación, y más aún en nuestro sistema político, entrando de nueva cuenta en el realismo jurídico constitucional...»¹⁹

Tal planteamiento, no debe ser tomado desde un punto de vista autoritario, sino más bien desde la perspectiva orientada a velar por las Entidades Federativas a fin de contribuir a su protección, así como a su desarrollo sustentable en todos los ámbitos posibles.

4.2.2. El realismo jurídico

Comenzamos por precisar que no se realiza un estudio exhaustivo de esta corriente del pensamiento jurídico, sino más bien nos referiremos a él a fin de robustecer nuestra idea de una codificación penal única.

En ese tenor, Liborio Herrero define el realismo jurídico de la forma siguiente:

«Es una doctrina filosófica que identifica al derecho con la fuerza estatal o con la probabilidad asociada a las decisiones judiciales».²⁰

Es importante mencionar que esta doctrina filosófica, tiene varias vertientes, sin embargo, para efecto del estudio de este tema, sólo nos referiremos al realismo norteamericano, dentro del cual si bien encontramos diversos autores, únicamente nos basaremos en el Realismo Jurídico de *Roscoe Pound*.

En ese orden de ideas, la ruta de Pound se deja ver en su jurisprudencia sociológica, abre la brecha para evidenciar la necesidad de realizar investigación sociológica-realista precisamente en el campo del derecho, ya que la investigación que se realiza en esta materia, por lo regular es de tipo dogmático, lo que invariablemente contribuye a eficientar las normas jurídicas en su aplicación y en otros casos a depurar las instituciones jurídicas que en su momento fueron eficientes, y desde luego contribuyeron a satisfacer las necesidades más apremiantes.

En esta tesitura, la investigación sociológica-realista de Pound, en el ámbito de lo jurídico tiene el carácter de pragmática, es decir, se orienta a la ingeniería social,²¹ que es el análisis de intereses de carácter individual, público, social, económico, religioso, entre otros, así como del estudio de los factores preceptivos como pueden ser las reglas, principios, doctrinas, leyes y otros aspectos normativos que en su momento habrán de aplicarse.

Lo verdaderamente vital, en la forma de investigar de Pound,²² es estudiar los efectos sociales concretos de:

1. Las instituciones.
2. Las doctrinas jurídicas.

20. Herrero, Liborio, *El Realismo Jurídico Escandinavo*, Ed. Torres, Valencia, 1981, p. 63.

21. Ingeniería social: es un término empleado en las ciencias políticas en doble sentido, uno es unir esfuerzos para incluir actitudes, relaciones y/o acciones sociales en la población de un país o región, y en segundo es una manera de implementar o aproximar programas de modificaciones sociales.

22. Pound, Roscoe, *Jurisprudence*, West Publishin Co., Minnesota, 1959, Vol. 1, p. 291.

19. Carbajal, Juan Alberto, *Tratado de Derecho Constitucional*, Ed. Porrúa, México, 2002, p. 320.

3. Los medios para convertir efectivamente en operativas las normas jurídicas.
4. Realizar un estudio sociológico como actividad preparatoria de la promulgación de la legislación.
5. Analizar la metodología jurídica.
6. Elaborar un historial sociológico del Derecho.
7. Reconocer la importancia de la solución razonable y equitativa de los casos concretos.

Esto pone de manifiesto, la importancia que tienen los estudios o investigaciones previas que deberían de realizarse para la elaboración de un proyecto de norma, es decir, analizar la pertinencia, el grado de intervención estatal, entre otros, que habrá de contener determinada regulación, de lo contrario no tendrán, como sucede en nuestro país, una real aplicación, en virtud de que la misma en muchas ocasiones resulta un producto excepcional, pero que en la realidad no está dando los resultados deseados, en otras palabras, una *norma bobárica*.²³

Lo anterior va de la mano con otro planteamiento que hace Pound, en el sentido de que «...el juez debe encontrarse en libertad para buscar la solución más justa, en lugar de estar sometido a la voluntad del legislador y a la exégesis de éste tipo que obstaculizaron el cambio social y la regulación de las nuevas realidades, en lugar de favorecer la función del Derecho como ingeniería social, en ese sentido, son los hombres y las reglas, quienes administran justicia...».²⁴

Esto queda claro, pero en países con un arraigo de legalidad y de legitimidad, además de la transparencia y desde luego que sus índices de impunidad y corrupción que no sean como los niveles que hemos alcanzado en México.

4.2.3. La ética discursiva

Finalmente, abordaremos este tema, siguiendo las ideas que atinadamente plantea el Dr.

José Ángel Méndez Rivera,²⁵ en su documento titulado: «*La Ética del Consenso como presupuesto político criminal de una legislación penal única*», en el cual básicamente traza una ruta de la ética hacia el derecho para justificar la posibilidad de un código penal único.

En ese orden de ideas, el citado autor, parte de los conceptos de *derecho, moral y ética*, afirmando que son análogos y que están unidos en su fundamento que es precisamente la justicia, afirmando que la ética moral genera posturas de convicción moral, mientras que la ética jurídica genera argumentos de carácter jurídico, por lo que las decisiones pasan de una dimensión de legalidad a una dimensión de legitimidad, disminuyendo la coactividad del derecho en aras de una mayor legitimidad del sistema jurídico en su conjunto, porque apela no únicamente a la ley, sino también a la justicia como presupuesto ético, postura con la que estamos de acuerdo.

Con base en lo anterior, el Dr. Méndez realiza un análisis de la Ética Discursiva o Ética del Consenso, partiendo de las ideas de los principales exponentes de esta corriente, como son Karl Otto Apel, Jürgen Habermas y Adela Cortina, manifestando que *la ética discursiva es jurídica, en el sentido de que nos permite la fundamentación de los juicios jurídicos, esto es, postula la racionalidad ético-democrática al legislador para crear la norma y racionalidad ético-argumentativa al juzgador para aplicarla*, resaltando dicho autor como características de la misma, la de ser universalista y deontológica, trasladando todas esas ideas al campo del derecho penal, y concluyendo que se puede fundar la norma penal en la ética discursiva como propuesta hermenéutica-crítica, partiendo de la dignidad humana como fundamento expresado en el consenso igualitario y democrático; atendiendo en un primer término al ámbito ético de tipos penales y bienes jurídicos; y segundo, una positivización consensada en la norma penal, a través de políticas públicas.

23. Se entiende por bovarismo el estado de insatisfacción crónica de una persona, producido por el contraste entre sus ilusiones y aspiraciones (a menudo desproporcionadas respecto a sus propias posibilidades) y la realidad, que suele frustrarlas.

24. Pound, Roscoe, *Law in Books and Law in Action*, Ed. Oxford University Press, N.Y., 1993, p. 39.

25. Méndez Rivera, José Ángel, *La Ética del Consenso como Presupuesto Político Criminal de una Legislación Penal Única*, en Vidaurri Aréchiga, Manuel, *Hacia un Código Penal Único Sustantivo Nacional*, Ed. Porrúa, México, 2014, pp. 69-83.

En ese sentido, al analizar la conveniencia de una legislación penal única a través de la Ética Discursiva o Ética del Consenso, el autor en comentario, se refiere en primer lugar a ésta última, a los bienes jurídicos penalmente tutelados, los cuales a juicio del autor y siguiendo las ideas de Apel, de Cortina y de Habermas, deberían estar legislados y enunciados en la Constitución Federal, lo que daría a los bienes jurídicos un sustento argumentativo de carácter ético jurídico y una dimensión de legislación penal única, por tener precisamente el carácter constitucional, así ese catálogo de bienes jurídicos constitucionalizados, harían que la política criminal se integrara al sistema de Derechos Humanos, también constitucionalizados, para que pueda darse una verdadera ponderación legítima entre la ética del consenso respecto de bienes jurídicos penalmente relevantes por un lado y la ética de la dignidad humana por el otro.

De igual manera nuestro autor, refiere a la Ética del Consenso como política pública en tipos penales, definiendo ésta como un método no estructurado en función de agendar asuntos públicos, en el nuevo contexto de una sociedad democrática, plural, abierta, informada y participativa, en la que el gobierno queda sujeto al control del voto de la opinión crítica y de la exigencia de rendir cuenta de sus actos, y donde sus decisiones están además restringidas, por las libertades individuales y los Derechos Humanos constitucionalmente reconocidos, por la capacidad de organización e iniciativa de los grupos sociales para promover sus intereses, por el buen conocimiento que ciudadanos y organizaciones poseen de sus problemas y de los asuntos públicos. Destacando la técnica del *policy sciences*, que se caracteriza por su identificación con el pluralismo como metateoría, el análisis contextual y de casos como metodología y la racionalidad social o de interés público, como criterio de decisión incrementalista en la integración de los intereses, lo que permite la participación ciudadana.

Con lo anterior, entendemos que el autor consultado, a través de su estudio jusfilosófico aporta una Ética del Consenso vista como democracia participativa, afirmando que, el problema del orden social que incluye las medidas

de política criminal, es que los principios que deben regular la misma, se subsumen dentro de los requerimientos de la legitimidad racional y solo son legítimos aquellos principios que pueden ser aceptados por todos los ciudadanos a los que han de vincular, ésta aceptación libre y racional está en la base de dichos principios. Entonces, los códigos éticos dependen también de una racionalidad contractual manifestada en forma de democracia participativa.

Lo expuesto nos lleva a entender, que el Derecho Penal y el Derecho Penal Militar en México tenderá a flexibilizarse, no sólo desde el punto de vista de su aplicación por los jueces, sino de la perspectiva legislativa, misma que habrá de abonar su participación a fin de proyectar un Código Único Penal, de carácter garantista y desde luego con tipos penales congruentes, afinados mediante una taxonomía impecable, que refleje lo que el legislador plasme en dicha norma, a fin de dar certeza jurídica, no sólo al imputado, sino a la víctima y en su caso al ofendido, cuya finalidad es la de cumplir con los cuatro principios rectores de los Derechos Humanos; reconocidos por nuestra Constitución desde 2011.

Finalmente, deberá de dotarse de facultades al Órgano Legislativo Federal, a fin de que pueda cumplir con la encomienda de expedir esta norma penal única y poder así, salir de esa inercia en la que estamos todos inmersos, cuyo objetivo es arribar al tan anhelado Estado Constitucional de Derecho.

Dejando atrás los planteamientos hechos en el sentido de que, sí se puede emitir una legislación única en materia penal y que además incluya los delitos contra la disciplina militar, es necesario poner en claro que se requiere reformar la Constitución Mexicana a fin de que este proceso llegue a buen puerto.

5. Reforma constitucional

Para llegar al estadio normativo de una legislación penal única, forzosamente deberá reformarse el artículo 73, fracción XXI, a fin de que el Congreso de la Unión quede facultado para tal efecto, ya que si vemos en retrospectiva como

fue el proceso de análisis y discusión de la iniciativa mediante las cuales se daba cuenta del proyecto del Código Nacional de Procedimientos Penales, los legisladores al darse cuenta de ello, suspendieron toda actividad relacionada con esta situación, a fin de reformar la Constitución en el artículo 73, fracción XXI, de la que ya dimos cuenta.

En ese orden de ideas, procedemos a plantear la reforma de la fracción XXI del artículo 73, a fin de que el Congreso de la Unión quede facultado para expedir la Codificación Penal Única incluyendo los tipos penales Militares:

«Artículo 73. El Congreso tiene facultad:

I a XX. ...

XXI. Para expedir:

a)...

...

b) La legislación única que establezca los delitos contra la Federación, de las Entidades Federativas y la Ciudad de México, las penas y sanciones que por ellos deberán imponerse, así como los delitos que tengan exacta conexión con la disciplina militar, con base en la ley general para el desarrollo de tipos penales que se deberá expedir para tal efecto;

c)...

...

...

Asimismo, para la promulgación de un Código Penal Único, en el que incluyan los tipos penales militares vinculados con la disciplina militar y los especiales cometidos por pilotos y marinos, un elemento que deberá de contribuir a especificar claramente los delitos, entre otros aspectos, es la expedición de una *Ley General para el Desarrollo de Tipos Penales*, además de contar o cuando menos identificar en la Norma Fundamental Mexicana, el catálogo constitucional de bienes jurídicos tutelados, que para el caso de las fuerzas armadas es muy claro, pues el mismo se ubica en la tercera porción normativa del artículo 13 constitucional, siendo este la *disciplina militar*.

Esta ley deberá de tener el carácter de general, en virtud de que brindaría los elementos bási-

cos para que se legisle para los tres fueros que es el federal, común y militar, por lo que una vez definidos estos elementos esta norma jurídica *per se* deberá de arrojar de forma específica y con nitidez, los tipos penales que deberá de abarcar el proyecto de Decreto que contendrá el *Código Único Penal Mexicano*, que van vinculados con la disciplina militar, tal y como lo prescribe el artículo trece en el apartado normativo específico.

Los delitos previstos en el Código de Justicia Militar, relacionados con infracción de deberes militares correspondientes a cada militar según su comisión o empleo, infracción de los deberes de prisioneros, evasión de éstos o de presos o detenidos y auxilio a unos y a otros para su fuga, los delitos cometidos en la administración de justicia o con motivo de ella, entre otros, su descripción nos deja muy claro el bien jurídico que tutela, por lo que los mismos están previstos en el Código Penal Federal, insistiendo que no deben estar previstos en Código Castrense, en virtud de que los mismos *no* tienen vínculo con la disciplina militar, tal y como lo determina la tercera porción normativa del artículo 13 Constitucional.

Además de lo anterior, los delitos contra la seguridad exterior e interior de la de la Nación, así como los específico al robo, fraude, falsificación, homicidio, lesiones, escapan a la esfera judicial castrense y más aún con la interpretación restrictiva que están haciendo los Tribunales Federales, de dicha legislación, en atención al Caso Radilla, resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por lo que aquí tenemos el motivo que genera la conveniencia garantista y progresiva de adoptar un solo código penal único en nuestros país.

Por otro lado, el Capítulo IV, del Título Décimo del Libro Segundo del Código de Justicia Militar, detalla las conductas antijurídicas como lo son el pillaje, devastación, merodeo, apropiación de botín, contrabando, saqueo y violencias contra las personas, que no se vinculan directamente con la *disciplina militar*, por lo que consideramos como un Crimen de Guerra, tutelado por el Derecho Penal Internacional,

a través del Estatuto de Roma,²⁶ de conformidad con su numeral 8°, cuya competencia es de la Corte Penal Internacional de «La Haya», en atención al artículo 5° del mismo cuerpo normativo.

Asimismo, mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación, el 16 de noviembre de 2011, se adicionó al Código de Justicia Militar, el Capítulo IV Bis, denominado *Traición a las Fuerzas Armadas Mexicanas*, que se refiere, a cuando cualquier militar o un grupo de militares, atenta contra la seguridad interior o exterior de la nación, a través de engaños, de forma oculta y solapada, con la firme intención de socavar la independencia, soberanía o integridad de nuestro país, a fin someterlo a una persona, grupo de personas o gobierno extranjero. Sin embargo, si se analizan los tipos penales descritos en los artículos 275 Bis y 275 Ter,²⁷ nos podemos dar cuenta que se refiere a la incorporación a la delincuencia organizada de los militares en activo y no precisamente a la traición; y por otro lado, prestar el auxilio, colaboración, entras actividades a la asociación delictuosa o delincuencia organizada por parte de militares en activo para comisión de estos delitos.

De lo expuesto advertimos señalar que este tipo penal está previsto en el Código Penal Federal en su artículo 164, y por otro lado el artículo 2° de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, establece los delitos vinculados con esta, cuyos bienes jurídicos a proteger por estas disposiciones normativas, por un lado es la seguridad de la sociedad en general en varios aspectos y por la seguridad encomendada a la administración pública, por lo que esta reforma no debió de haberse hecho al Código Castrense, ya que los tipos penales ahí detallados, nada tiene que ver cuando menos de forma directa con la disciplina militar.

6. Justificación de una legislación penal única

Expuesto lo que antecede y al quedar clara la posibilidad de expedir una legislación única penal, sin lesionar la forma de Estado que tenemos, hacemos un análisis del por qué es necesaria esta legislación, ya que en la actualidad tenemos las siguientes normas:

1 Código Penal Federal	1 Código de Justicia Militar	
1 Código Penal para el Distrito Federal	31 Códigos Penales de las Entidades Federativas	
	Total:	34 Códigos penales.

Lo anterior pone de manifiesto la atomización de la legislación penal en nuestro país, aunado a la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, Ley del Secuestro, Tortura y Trata de Personas, y por si fuera poco las leyes que contienen diversos delitos como son la Ley de Sanidad Vegetal, la de Salud Animal, la Ley General de Pesca y Acuicultura Sustentable, Ley de Vida Silvestre, Código Fiscal de la Federación, Ley Aduanera, Ley de Amparo, Ley de Imprenta, entre otras más, que contienen los delitos denominados especiales.

En ese orden, procedemos a hacer un análisis de los delitos contra el Estado, en específico de la *sedición* con base en la tabla 1.

Lo anterior lo explicamos a partir del *Bien Jurídico Tutelado*, que en las tres descripciones de la conducta antijurídica, es sin duda, la *Unidad Institucional del Estado Mexicano* en su conjunto, es decir, que con estas conductas se vulneran la integridad y existencia, de las autoridades legítimas, así como el libre y constitucional ejercicio y desarrollo de sus funciones.

De los tipos penales descritos en los artículos que se transcriben, no se advierte que en ninguno de ellos refiere de manera expresa, a una determinada autoridad, es decir se puede aludir a cualquier autoridad, ya sea federal o estatal o municipal, o bien civil o militar, por lo que resulta ocioso que existan tres tipos penales, que tienden a proteger un mismo bien jurídico.

Ahora bien, pueden quedar vinculados en un Código Penal Único, los delitos militares, en

26. Para mayor información consultar el siguiente link: [http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf)

27. En el último párrafo del artículo 275 Ter, encima de ser una reforma absurda, la vincula con los artículo 2o Ley Federal contra la Delincuencia Organizada y 164 del Código Penal Federal.

Tabla 1.					
No.	Entidad	Norma Jurídica	Delito	Artículo	DESCRIPCIÓN NORMATIVA
1	Federación	CPF	Sedición	130	Se aplicará la <i>PENA DE SEIS MESES A OCHO AÑOS DE PRISIÓN</i> y multa hasta de diez mil pesos, <i>A LOS QUE EN FORMA TUMULTUARIA SIN USO DE ARMAS, RESISTAN O ATAQUEN A LA AUTORIDAD PARA IMPEDIR EL LIBRE EJERCICIO DE SUS FUNCIONES CON ALGUNA DE LAS FINALIDADES A QUE SE REFIERE EL ARTÍCULO 132.</i>
2	Fuerzas armadas mexicanas	CJM	Sedición	224	Cometen el delito de sedición <i>LOS QUE, REUNIDOS TUMULTUARIAMENTE, EN NÚMERO DE DIEZ O MÁS, RESISTAN A UNA AUTORIDAD O LA ATAQUEN CON ALGUNO DE LOS OBJETOS SIGUIENTES:</i> I.- De impedir la promulgación o la ejecución de una ley o la celebración de una elección popular que no sea de las que menciona la fracción II del artículo 218; II.- de impedir el libre ejercicio de sus funciones, o el cumplimiento de una providencia judicial o administrativa.
3	Estado de Durango	CPED	Sedición	316	Se impondrá <i>DE SEIS MESES A OCHO AÑOS DE PRISIÓN</i> y multa de treinta y seis a quinientas setenta y seis veces la Unidad de Medida y Actualización <i>Y LA SUSPENSIÓN O LA PRIVACIÓN DE SUS DERECHOS POLÍTICOS HASTA POR DOS AÑOS, A LOS QUE REUNIDOS TUMULTUARIAMENTE, SIN USO DE LAS ARMAS, IMPIDAN O ATAQUEN EN FORMA VIOLENTA A LA AUTORIDAD O ATAQUEN PARA IMPEDIR EL LIBRE EJERCICIO DE SUS FUNCIONES, CON ALGUNOS DE LOS PROPÓSITOS A QUE SE REFIERE EL ARTÍCULO 311 DE ESTE CÓDIGO.</i>

atención a lo preceptuado en la tercera porción normativa del artículo 13 constitucional, creemos que sí, ya que en atención a que el bien jurídico tutelado por la legislación penal militar, es la disciplina militar.

7. La disciplina militar

El término disciplina es una cuestión de inteligencia, honradez, humanidad, valor y severidad,²⁸ es decir, va más allá de los detractores dicen de las fuerzas armadas, al comparar al militar con una autómatas que no tiene capacidad de entendimiento o razón, el militar es un ser humano que siente, que llora, que entiende, que se molesta, que se cansa, que tiene hambre, es un ser humano común y corriente como nosotros, pero con una gran responsabilidad en sus hombros, la defender a su nación y la soberanía de su país y que no está exento de cometer erro-

res que lo lleven a cometer un injusto, y como consecuencia se le procese y se le condene por el mismo.

Ahora bien, la palabra disciplina en el contenido de la Constitución de 1917 y sus reformas, se aprecia en diez ocasiones, y en específico se relaciona 6 veces en el contexto de las Fuerzas Armadas Mexicanas, en los artículos 13, 31 fracción II, 35 fracción VIII, numeral 3°, 73 fracción XVI y 129 de la Norma Fundamental.

La disciplina militar, por antonomasia es el bien jurídico tutelado, en virtud de que en la mayoría de los delitos especificados en el Código de Justicia Militar, es uno de los elementos definitorios de nuestros institutos armados de cualquier país, en virtud de que es una característica elemental dada la naturaleza de las fuerzas armadas, la cual tiende a repercutir en la forma de actuar, de ser, de sentir y pensar del individuo en su faceta privada, social y pública, lo que es la línea definitoria entre lo civil y lo militar.

En México cuando menos desde la Constitución de 1857 y la vigente, tanto la estructura, la organización, el funcionamiento, así como

28. El término severidad no debe de entenderse como crueldad o insensibilidad, sino más bien desde un punto de vista de rigidez, entendida esta como aplicar una pena, sanción o castigo de forma inmediata y proporcional al hecho cometido, tomando en consideración el aspecto humano del soldado, en el entendido de que su carácter instrumental debe ser acorde con los derechos humanos, sus garantías y principios previstos en la Carta Fundamental.

el aspecto disciplinario, de nuestros Institutos Armados, es un tema que no les fue indiferente a los constituyentes, que por consecuencia lógica, histórica, jurídica y política contribuyó a su profesionalización, así como a la despolitización de los mismos.

En ese orden de ideas y en atención al contenido normativo de la fracción VI del artículo 89, de nuestra Norma Fundamental, es importante tener en cuenta las misiones de nuestras Fuerzas Armadas, que en este caso es la seguridad nacional, en su doble aspecto interna (*se refiere a entre otros aspectos, la sofisticación de las conductas criminales que desde luego tienen impacto en la seguridad individual, social y finalmente en la nacional*) o externa (*se refiere por ejemplo a las amenazas generadas en el plano regional, internacional y mundial, que pudiesen tener un impacto negativo en nuestro país, un ejemplo de ello el terrorismo o el bioterrorismo*), es por ello que con base en esta razón, que las Fuerzas Armadas en su conjunto, con el objeto de cumplir con sus misiones fundamentales, requieren desde luego de una enérgica organización jerárquica, ya en el plano vertical como horizontal, por lo que es ahí donde encontramos el papel esencial que tiene la disciplina militar, pues finalmente entendemos que la misma se transforma como un requerimiento estructural propio de las Fuerzas Armadas *-las comparamos con una sistema autopoietico-*, no sólo mexicanas, sino alrededor del mundo.

No debemos olvidar, que la disciplina permea en todas las esferas de la sociedad, por lo que es considerada como un principio organizativo común en los tres niveles de gobierno y en específico de la Administración Pública, pero es en los Institutos Armados Mexicanos, donde se ve realmente reflejada la importancia de la misma, en virtud de que es a través de ella que se obtiene la cohesión del individuo con su unidad operativa o de servicio, y esta a su vez dentro de la estructura de una unidad mayor (*en el Ejército Mexicano, la unidad mínima de combate y de maniobra, ya de arma o de servicios es la escuadra, formada básicamente por cinco elementos, mientras que la unidad de combate y maniobra más grande es la de un Cuerpo de Ejército, compuesta aproximadamente con once mil individuos o en*

su caso en la Armada de México, se les denomina flotas), además de que esta juega un papel fundamental para el mantenimiento del orden, imprescindibles para que las Fuerzas Armadas lleven a cabo su misión constitucional.

En virtud de lo anterior, la disciplina en el espacio castrense, debe entenderse en relación a la naturaleza y función que la Constitución le encomienda a las Fuerzas Armadas, que en este caso es la defensa del Estado Mexicano. Así, la disciplina, ya sea en su vertiente institucional o como pauta de conducta interna de sus miembros, encuentra su fundamento último en la Constitución. Esto implica también, que el régimen disciplinario militar no se encuentra ajeno al resto de principios constitucionales, especialmente a las exigencias derivadas de los derechos fundamentales.

En definitiva, la disciplina militar, al ser un principio estructural de la adecuada defensa del Estado Mexicano, debe ser protegida por el ordenamiento legal, corregida y sancionada, en su caso, a través de las normas penales castrenses, pero siempre, en el entendido de que su carácter instrumental debe ser acorde con los derechos humanos, sus garantías y principios previstos en la Carta Fundamental.

Lo anterior, fue analizado por la Primera Sala de la Corte Mexicana, y lo plasmo en la tesis asilada, cuyo texto es el siguiente:

DISCIPLINA EN EL ÁMBITO MILITAR. SU FUNCIÓN Y ALCANCE CONSTITUCIONAL COMO PRINCIPIO ORGANIZATIVO DE LAS FUERZAS ARMADAS. Uno de los elementos definitorios de un ejército es la disciplina militar. Se trata del principio organizativo esencial de los ejércitos que, por su propia naturaleza, trasciende a la esfera interna del individuo y que supone, a su vez, uno de los elementos que necesariamente separa al militar del resto de la sociedad. Sin embargo, la disciplina como principio organizativo y conjunto de reglas ha variado sustancialmente en razón de las necesidades de la defensa y de los principios jurídicos y sociales de cada contexto histórico. En este sentido, la Constitución no queda de ninguna manera ajena a cuestiones relativas a la disciplina y

organización interna de las Fuerzas Armadas y conforma también el modelo de Ejército. De conformidad con el artículo 89, fracción VI, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y como lo ha establecido el Pleno de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, la misión constitucional de las Fuerzas Armadas es la seguridad nacional, ya sea en su vertiente interna o externa frente a amenazas provenientes más allá de nuestras fronteras. En esta lógica, el Ejército, a fin de cumplir con estos fines, requiere una organización jerárquica y eficaz en la que el concepto de disciplina se configura como una exigencia estructural a la misma. Si bien es cierto que la disciplina es un principio organizativo común a todos los sectores de la Administración Pública, en las Fuerzas Armadas goza de una especial importancia ya que permite la cohesión y mantenimiento del orden, indispensables para que el Ejército lleve a cabo su misión constitucional. Es por ello que la disciplina en el ámbito militar debe ser entendida en relación a la naturaleza y función que la Constitución le encomienda a las Fuerzas Armadas, es decir, la eficaz defensa del Estado mexicano. Así, la disciplina, ya sea en su vertiente institucional o como pauta de conducta interna de sus miembros, encuentra su fundamento último en la Constitución. Esto implica, asimismo, que el régimen disciplinario militar no se encuentra ajeno al resto de principios constitucionales, especialmente a las exigencias derivadas de los derechos fundamentales. En definitiva, la disciplina militar, al ser un principio estructural de la adecuada defensa del Estado mexicano, debe ser protegida por el ordenamiento legal y corregida y sancionada, en su caso, a través de las normas penales castrenses, pero siempre, en el entendido de que su carácter instrumental debe ser acorde con las garantías y principios previstos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Finalmente, tenemos que el Reglamento General de Deberes Militares,²⁹ define a la disciplina como:

«La disciplina es la norma a que lo militares deben sujetar su conducta; tiene como bases la obediencia, y un alto concepto de honor; de la justicia y de la moral, y por objeto, el fiel y exacto cumplimiento de los deberes que prescriben las Leyes y Reglamentos Militares».

8. Proyecto de Código Penal Único

Al día de hoy, existe un proyecto de Código Penal Único, elaborado por un grupo de investigadores, que forman parte de la Catedral del Derecho Penal en México, me refiero al Instituto Nacional de Ciencias Penales. Es importante señalar que este proyecto se compone de 535 artículos y de tres artículos transitorios.

El referido proyecto normativo, fue ideado por varios investigadores como lo son:

- Lic. Rubén Quintino Zepeda, quien diseñó el Libro Primero, Parte General.
- Dr. Alberto Enrique Nava Garcés, cuya aportación fue la de detallar el Libro Segundo, Parte Especial.
- Dr. Francisco Javier Dondé Matute, contribución que se vio reflejada con la elaboración del Libro Tercero, relativo a la Responsabilidad Internacional.

Finalmente, estamos en la fase de análisis de dicho cuerpo normativo, a fin de proponer las modificaciones relativas a la inclusión de los delitos militares y que tengan conexidad con la disciplina militar, entre otros aspectos, detalles de los que habremos de dar cuenta si así nos lo permiten en esta revista de divulgación jurídica.

29. Reglamento General de Deberes Militares, publicado en el D.O.F. el 26 de marzo de 1937.

9. Referencias bibliográficas

- BARTHOLOMEW, PAUL, *American Constitutional Law, Governmental Organization. Power and Procedure*, A Littlefield Adams Quality Paperback.
- CALDERÓN MARTÍNEZ, ALFREDO, *Código Penal Único en México*, localizable en el siguiente link: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3104/10.pdf>
- CARBAJAL, JUAN ALBERTO, *Tratado de Derecho Constitucional*, Ed. Porrúa, México, 2002.
- CARBONELL, MIGUEL, Un Código Penal para todo México, artículo publicado en el periódico El Universal, el 13 de diciembre de 2012. Para mayor información visitar el siguiente link: http://www.miguelcarbonell.com/articulos_periodicos/Un_codigo_penal_para_todo_Mexico_printer.shtml
- Caso 350 US 497 (1956), consultable en el link: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/350/497/case.html>
- CRUZ BARNEY, OSCAR, *Historia del Derecho en México*, Ed. Oxford, México, 2011.
- Diario Oficial de la Federación del Diario Oficial de la Federación.
- GARCÍA RAMÍREZ, SERGIO, *La Unidad de la Legislación Penal en México*, consultable en el link: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3826/15.pdf>
- HERRERO, LIBORIO, *El Realismo Jurídico Escandinavo*, Ed. Torres, Valencia, 1981.
- MÉNDEZ RIVERA, JOSÉ ÁNGEL, *La Ética del Consenso como Presupuesto Político Criminal de una Legislación Penal Única*, en Vidaurri Aréchiga, Manuel, *Hacia un Código Penal Único Sustantivo Nacional*, Ed. Porrúa, México, 2014.
- POUND, ROSCOE, *Jurisprudence*, West Publishin Co., Minnesota, 1959, Vol. 1.
- POUND, ROSCOE, *Law in Books and Law in Action*, Ed. Oxford University Press, N.Y., 1993.
- Reglamento General de Deberes Militares, publicado en el D.O.F. el 26 de marzo de 1937.

La migración humana al límite de los Derechos Humanos

**Dra. Velia Patricia Barragán Cisneros - Universidad Nacional Autónoma de México*

RESUMEN

La migración de personas indocumentadas para ingresar a un país de destino diferente al propio es un fenómeno universal en el que se reconocen diversas causas. En los años recientes y hasta la fecha Europa ha estado recibiendo a miles de estas personas pero otras, que también se cuentan por miles, tan sólo han encontrado la muerte en el Mar Mediterráneo. Pareciera que los derechos humanos se ponen al límite del colapso frente a una realidad que espanta: niñas y niños viajando sin sus padres a través de rutas muy peligrosas en donde ningún derecho les será respetado. Cuando pensábamos que la situación no podía empeorar, aparece en Estados Unidos de Norteamérica la Orden Ejecutiva de Donald Trump por la que los menores de edad son arrebatados de los brazos de sus padres migrantes indocumentados, separándolos en forma bárbara. Las leyes migratorias de este país han sido muy numerosas y cuentan una historia de discriminación que fue suavizándose a través de los años, sin embargo, la realidad nos muestra el poder que tiene el Ejecutivo para violentar en forma irracional cualquier derecho humano de la población migrante.

PALABRAS CLAVE: Migración, derechos humanos, determinismo, desigualdad.

ABSTRACT

The migration of undocumented persons to enter a country of destination different from their own is a universal phenomenon in which various causes are recognized. In recent years and to date Europe has been receiving thousands of these people but others, who also number in the thousands, have only met death in the Mediterranean Sea. It seems that human rights are at the limit of collapse in the face of a reality that frightens: children traveling without their parents through very dangerous routes where no rights will be respected. When we thought that the situation could not get worse, it appears in the United States of America the Executive Order of Donald Trump by which minors are snatched from the arms of their undocumented migrant parents, separating them in a barbaric way. The immigration laws of this country have been very numerous and tell a story of discrimination that was softening over the years, however, reality shows us the power that the Executive has to violate in an irrational way any human right of the migrant population.

KEY WORDS: Migration, human rights, determinism, inequality.

*Doctora en Derecho por la UNAM. Asesora Académica de la Universidad Judicial del Poder Judicial del Estado de Durango.

1. Ideas introductorias

Como sabemos, la migración es un fenómeno que se remonta a los orígenes mismos del hombre. La historia del mundo da cuenta de las enormes movilizaciones que se produjeron desde la prehistoria en la época de las glaciaciones y que fueron determinantes para la ocupación de todos los continentes que hoy habitamos. Sin fronteras se llegaba a tierras de nadie, los inmensos campos, llanuras y bosques estaban desiertos, de manera que podemos imaginar la libertad con que transitaban aquellos continentes que buscaban tierras fértiles y climas amigables para la vida.

A muchos siglos de distancia el deseo de migrar a mejores destinos no ha desaparecido y lo estamos viviendo ahora igual que puede haberse vivido en el siglo pasado y en el anterior o en la Edad Media y en cualquier etapa histórica a la que queramos referirnos. Sería extremadamente pesado y farragoso dar cuenta más o menos puntual de cada una de las causas de estos acontecimientos, pero sí podemos señalar al menos tres características propias de dicho fenómeno, a saber:

- a). La migración es universal. En todos los lugares y en todos los tiempos las personas se han desplazado en la búsqueda del hogar. La migración ha existido siempre, desde el origen del hombre, a través de toda la historia.
- b). Es permanente. Es un fenómeno que se produce día con día, no es intermitente o propio de cierta época, aunque los flujos migratorios en ocasiones bajan de intensidad, pero siempre están presentes.
- c). Es consustancial al hombre. El hombre nace libre y para la libertad; esta cualidad es la que nos lleva, en tiempos que podemos considerar como normales, a querer viajar, conocer lugares, buscar oportunidades en otras tierras. De aquí surge la migración voluntaria; es la búsqueda de mejores tierras e incluso de mejores personas para la diaria convivencia.

Esta perspectiva optimista de la migración humana, contrasta definitivamente con la que percibimos hoy en día como «problema». Todavía hasta hace relativamente muy poco tiempo, digamos que hasta la primera mitad del siglo xx, había muchas puertas abiertas para los migrantes, especialmente en tierras de América. Basta ejemplificar con las leyes de migración mexicanas,¹ que incentivaban a los europeos a viajar y ocupar los extensos y solitarios territorios del norte del país, merced a las cuales llegaron numerosos grupos de diferentes nacionalidades y se establecieron en forma definitiva en nuestro país.

El estado de cosas actual dista mucho desde entonces. Hay migrantes que viajan con todos los derechos inherentes a la persona humana, pero para muchos de ellos, tales derechos parecen esfumarse, en forma tal que las prerrogativas o derechos humanos se desmiembran de la nuda persona. Tal es la distinción entre migración legal y migración ilegal; entre el derecho natural a buscar condiciones de vida adecuadas al desarrollo de las potencialidades del hombre y el derecho positivo de los Estados para poner estrictos límites a ese derecho.

La situación actual de guerras, hambrunas, desastres naturales, dictaduras y delincuencia incontenible, confluyen, a nuestro juicio, en un concepto muy general que se ha denominado «el legado de la desigualdad», el cual materializa el determinismo en muchas de sus formas y reduce, o aniquila definitivamente cualquier posibilidad de existencia de algún derecho humano.

El determinismo, es la doctrina filosófica que sostiene que todo acontecimiento físico, incluyendo el pensamiento y acciones humanas, está casualmente determinado por la irrompible cadena causa-consecuencia, y por tanto, el estado actual «determina» en algún sentido el futuro.

1. Vid. Martínez Rodríguez, Marcela, «El proyecto colonizador de México a finales del siglo xix. Algunas perspectivas comparativas en Latinoamérica», *Secuencia. Revista de historia y ciencias sociales*, núm. 76, enero-abril, 2010, pp. 101-132 Instituto de Investigaciones Dr. José María Luis Mora Distrito Federal, México.

2. Enfrentar la muerte en el mar mediterráneo

Las constantes guerras en Medio Oriente, las hambrunas en África, y otras violencias que son noticia ya cotidiana en los medios masivos de comunicación, evidencian la endeble sustancia de los derechos humanos frente a esas realidades. Las personas abandonan sus lugares de origen atosigados por el miedo y la inseguridad en todos los órdenes, es decir, la ausencia de derechos humanos.

Sin derechos humanos en su país de origen y sin derechos que hacer valer durante toda su travesía por tierra y por mar hasta llegar a tierras europeas, el riesgo es mayúsculo y los siniestros son numerosos; miles de migrantes han encontrado la muerte en aguas del Mar Mediterráneo. La lista de sucesos que involucran naufragios, decesos y desaparecidos es larga;² se le considera la ruta de migración más mortífera del mundo.³ El denominador común de los migrantes es la tragedia determinista y/o el legado de la desigualdad.

Por otra parte, resulta obvio que Europa ha ido perdiendo su capacidad de refugio por lo que se ha visto obligada a celebrar acuerdos con países no europeos para frenar la llegada de migrantes y refugiados a través de dicho mar; no obstante, muchas personas insisten en cruzar en balsas inflables o en barcos no aptos para navegar.»⁴ Esto nos habla de la externalización de las fronteras de los países de destino hacia las rutas migratorias de los países de tránsito y de salida así como de los acuerdos formales o informales para impedir la llegada de más migrantes a la Unión Europea.

En virtud de su soberanía, ningún país estaría estrictamente obligado a recibir migrantes pero la comunidad internacional entiende que no se puede actuar de esa manera frente al enorme problema humanitario que implican las necesidades de esas personas y que los llevan a emprender peligrosas travesías afrontan-

do la nuda vida, esperanzados en llegar a salvo a alguna frontera amiga y volver literalmente a la vida del derecho, para recuperar sus derechos humanos.

Ejemplo de acuerdos humanitarios lo tenemos en el Convenio de Dublín y sus reformas, por el cual los Estados miembros de la Unión Europea se obligan a examinar las solicitudes de asilo de los migrantes. El Reglamento, aprobado el 26 de junio de 2013, además de confirmar los principios en los que se basaba el anterior (la determinación rápida del Estado miembro responsable con el fin de garantizar un acceso efectivo a los procedimientos de determinación de la condición de persona refugiada y no comprometer el objetivo de celeridad en la tramitación de las solicitudes de asilo) tiene como objetivo mejorar la eficacia del sistema y la protección concedida a las personas solicitantes de asilo. Este sistema requiere presentar su solicitud en el primer país de la Unión al que accedan, aunque no conozcan el idioma ni tengan afinidades culturales. Esto, que a muchos migrantes no les gusta, en realidad es *peccata minuta*, considerando que salvan sus vidas, se alejan de los problemas extremos de sus países, tienen oportunidad de trabajar en el país de recepción y, en general, recuperan los derechos perdidos o inexistentes en sus países de origen.

A la fecha es Alemania el país que ha concedido más solicitudes de asilo, aunque esto ya comienza a ser reclamado por el pueblo alemán; es obvio que la nueva población demanda servicios y apoyos públicos y privados como acceso al sistema de salud, a la vivienda, a la educación, al trabajo, lo cual presiona estos sistemas y crea conflictos con la población nacional por la distribución y apropiación de esos bienes. Si esto ya es de por sí dramático, el problema se pone al límite cuando se trata de niñas y niños que se aventuran en medio de grandes peligros para llegar a este país. Al efecto transcribimos la siguiente nota periodística:

De norte a sur, de este a oeste. En los últimos dos años, Alemania está viviendo la inédita llegada de miles de migrantes menores que viajan solos. Sólo en 2016, el país ha

2. Se afirma que son más de diez mil migrantes muertos en el Mar Mediterráneo, del año 2014 a la fecha, Vid., <http://www.elmundo.es/internacional/2016/06/07/5756bbd-546163f587f8b4679.html>

3. Vid., https://www.bbc.com/mundo/noticias/2015/04/150421_migrantes_ruta_europa_testimonios_ac

4. Martínez Rodríguez, *Ob. Cit.*

recibido más de 52,000 solicitudes de asilo de chicos y chicas que han atravesado sin sus familias la ruta de los Balcanes unos, y la inmensidad del Mediterráneo, otros, según el Programa Europeo de Integración y Migración (EPIM, por sus siglas en inglés). Ante este desafío, la sociedad alemana encuentra caminos para tratar de integrar a estos jóvenes. En cada ciudad, en cada barrio, en cada comunidad brotan las iniciativas de acogida y apoyo. Pese a esta red ciudadana, la oleada migratoria —entre 2015 y 2016, más de un millón de migrantes pidieron asilo en Alemania— también ha dado pábulo al crecimiento de grupos xenófobos como Alternativa para Alemania (AfD), que centra su discurso en la expulsión de los extranjeros. Mientras tanto, la preocupación para los más jóvenes, tras un año de residencia en un país completamente ajeno, es solo una: asegurarse un futuro.⁵

3. América al límite de los derechos humanos

Cuando consideramos que el problema de los migrantes ilegales no puede ponerse peor, tomamos con la Orden Ejecutiva del presidente de los Estados Unidos de Norteamérica, Donald Trump, para separar a los niños migrantes de sus padres migrantes ilegales, poniendo el problema en la mira del mundo como la mayor inhumanidad cometida por un Presidente de los Estados Unidos de Norteamérica.

Pero esto solo ha sido el mayor detonante de un drama insospechado: los derechos humanos de los menores ya estaban al límite cuando sus padres los enviaron solos a través de miles de kilómetros para tratar de adentrarse ilegalmente al territorio de aquella nación.

El problema de la migración ilegal es muy sensible para México, tanto por ser un país de continua expulsión como de tránsito de personas cuyo objetivo es encontrar un hogar en los Estados Unidos de Norteamérica. A pesar de la severa política migratoria de dicho país

muchos indocumentados lograban ingresar diariamente pero las medidas se han recrudecido; cada vez es más difícil lograrlo.

Las leyes que regulan el tema están constantemente bajo la lupa de propios y extraños; los indocumentados asentados en años anteriores viven a la espera de algún beneficio legal que les conceda el derecho a vivir tranquilamente sin la diaria zozobra de la deportación.

Es asunto federal y por tanto la fuente principal que aplica es la legislación aprobada por la Cámara de Representantes y el Senado mediante un proceso similar al que rige en México. Los estados cuentan con algunas facultades en la materia, pero es de destacar la facultad del Presidente para dictar Órdenes Ejecutivas que pueden alterar el estado real de cosas, tal como recién vimos con la ya citada orden de Donald Trump de separar a los niños y niñas de sus padres migrantes ilegales.

La Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica constituye también una fuente de derecho a tomar en cuenta.

América del Norte, que fue el ícono de la migración inglesa a América fue también receptora de gente de diversas nacionalidades durante muchos años, a expensas de la población indígena que fue siendo replegada o aniquilada en la invasión y robo de sus tierras. La primera carta constitutiva corresponde al Estado de Virginia (1606) creado con la autorización de la Corona Británica;⁶ Connecticut, Massachusetts, Maryland, todos los territorios que hoy integran la Unión Americana fueron receptores de inmensas caravanas de gente europea, que buscaba un mejor hogar, la mayoría sin patrimonio, ni tierra ni bienes que pelear en sus lugares de origen.

Conforme se fue poblando, su organización mejoró, llegando al punto de que los dueños originarios de aquellas tierras, la población indígena, ya eran muy pocos; los colonizadores se habían adueñado de casi todo. A partir de su independencia de la corona inglesa, crearon la Ley de Naturalización de 1790 de los Estados Unidos que estableció las restricciones racia-

5. Domínguez Cebrián, Belem, *El camino a la integración*, El País, disponible en: <https://elpais.com/especiales/2016/refugiados/alemania/>, consultado el 08/08/2018.

6. Vid., *La Declaración de los Derechos de Virginia de 1776*, disponible en: <https://es.scribd.com/doc/63943394/Declaracion-de-Derechos-de-Virginia>, consultado el 08/08/2018.

les.⁷ Eran racistas y esclavistas muchos de los colonizadores de aquel país.

El listado de leyes federales que tratan temas migratorios es inmensa. Es por ello que aquí sólo se destacan las que son importantes desde el punto de vista legal y/o histórico.

- Ley de Naturalización de 1870. Tras la Guerra de Secesión (Guerra Civil) se reconoce la ciudadanía estadounidense a los afroamericanos. Sin embargo, otras personas no blancas y no afroamericanas no obtienen ese reconocimiento.
- Ley de Exclusión de Chinos de 1885, que prohibió la entrada de trabajadores chinos por 10 años así como la naturalización de personas de origen chino. Se considera el origen de la inmigración ilegal o indocumentada. Esta legislación fue reforzada en 1892 con la Ley Geary, que amplió la Ley de Exclusión de China de 1882 al agregar requisitos nuevos y onerosos. Fue escrito por el Representante de California Thomas J. Geary y aprobado por el Congreso el 5 de mayo de 1892. La ley exigía que todos los residentes chinos de los Estados Unidos llevaran un permiso de residencia, una especie de pasaporte interno. El no llevar el permiso en todo momento se castigaba con la deportación o un año de trabajos forzados. Además, a los chinos no se les permitió testificar ante el tribunal y no pudieron recibir la fianza en procedimientos de hábeas corpus. La Ley Geary fue impugnada en los tribunales, pero fue confirmada por la Corte Suprema de los Estados Unidos.⁸
- Leyes migratorias de 1903 y 1907. Se excluyó como migrantes a personas que padecían ciertas enfermedades, como por ejemplo los epilépticos y a aquellos considerados indeseables, como anarquistas, pobres o importadores de prostitutas. En 1918 se extendió la exclusión de anarquistas.

- Ley de Inmigración de 1917, que excluyó la inmigración asiática.
- Ley de 1922 que pone fin a la pérdida de la ciudadanía estadounidense que acontecía a las mujeres que se casaban con extranjeros y que se suponía adquirirían la ciudadanía de sus esposos.
- La Ley de Inmigración de 1924. Pone por primera vez un límite al número de inmigrantes que pueden ingresar en un año a los Estados Unidos. En un principio eran 150 mil. Además estableció una división entre países sujetos a cuota y aquellos que no lo estaban. Por otro lado se mantuvo la exclusión para los asiáticos, excepto para casos de visas de estudiantes y profesionales.
- Ley de 1943 que revocó la exclusión a los chinos y permite a los ya presentes en Estados Unidos solicitar la ciudadanía vía naturalización.

A despecho de muchos ciudadanos de hoy, los Estados Unidos de Norteamérica es por antonomasia un país de migrantes.

Fue a mediados del siglo xx que se emitió la Ley de Inmigración y Ciudadanía, que se atribuye al senador Pat Mc Carran y al congresista Francis Walter, cuyo objetivo fue el de poner nuevas barreras a la migración, cosa a la que se opuso tajantemente el presidente Harry Truman quien consideró el proyecto como antiamericano y discriminatorio.⁹ Sin embargo, el veto de Truman fue anulado por 278 votos a 113, en la Cámara de Representantes y de 57 a 26 en el Senado.

Para conocer los motivos de esta Ley reproducimos fragmentos del discurso de McCarran en el Senado en la sesión del 2 de marzo de 1953:

9. Su mensaje de veto decía: Hoy nos «protegemos» como estábamos en 1924, en contra de ser inundados por inmigrantes de Europa del Este. Esto es fantástico. ... No necesitamos estar protegidos contra los inmigrantes de estos países; por el contrario, queremos extender una mano de ayuda, para salvar a aquellos que han logrado huir a Europa occidental, para socorrer a los que son lo suficientemente valientes como para escapar de barbarie, para acogerlos y restaurarlos contra el día en que sus países, como esperamos, vuelvan a ser libres ... Estos son solo algunos ejemplos del absurdo, la crueldad de llevar a este año de 1952 las limitaciones aislacionistas de nuestra ley de 1924. En ningún otro ámbito de nuestra vida nacional estamos tan obstaculizados y embrutecidos por la mano muerta del pasado, como lo estamos en este campo de la inmigración.

7. Vid. Morris, Richard B, Documentos fundamentales de la historia de los Estados Unidos de América, Libreros mexicanos Unidos, México, 1962.

8. Geary Act, disponible en: https://en.wikipedia.org/wiki/Geary_Act, consultado el 07/08/2018.

Creo que esta nación es la última esperanza de la civilización occidental y si este oasis del mundo se desborda, pervierte, contamina o destruye, entonces la última luz parpadeante de la humanidad se extinguirá. No me preocupo por aquellos que elogian las contribuciones que han sido hechas a nuestra sociedad por personas de muchas razas, de credos y colores variados. ... Sin embargo, hoy tenemos en los Estados Unidos bloques duros e indigeribles que no se han integrado al estilo de vida estadounidense, sino que, por el contrario, son sus enemigos mortales.

Hoy, como nunca antes, millones incalculables asaltan nuestras puertas de ingreso y esas puertas se resquebrajan bajo la presión. La solución de los problemas de Europa y Asia no llegará trasplantando esos problemas en masa a los Estados Unidos. ... No tengo la intención de convertirme en profético, pero si los enemigos de esta legislación logran acribillarla en pedazos, o enmendarla más allá de su reconocimiento, habrán contribuido más para promover la caída de esta nación que cualquier otro grupo desde que logramos nuestra independencia.

Respecto del contenido de dicha ley, tenemos que se abolieron las restricciones raciales que se encontraban en los estatutos de inmigración y naturalización desde la Ley de Naturalización de 1790, conservó un sistema de cuotas para las nacionalidades y las regiones, estableció un sistema de preferencia que determinaba qué grupos étnicos eran inmigrantes deseables y daba gran importancia a las calificaciones laborales. La Ley definió tres tipos de inmigrantes:

- a). Inmigrantes con habilidades especiales o familiares de ciudadanos estadounidenses que estaban exentos de cuotas y que debían ser admitidos sin restricciones;
- b). Inmigrantes promedio cuyas cifras no deberían superar los 270,000 por año; y
- c). Refugiados.

Dicha Ley abolió la categoría de «extranjero no elegible para la ciudadanía» que en reali-

dad solo se aplicaba a personas de ascendencia asiática. Se establecieron cuotas pequeñas y simbólicas de unas 100 personas por país para los países de Asia. Sin embargo, las personas de ascendencia asiática pero que eran ciudadanos de un país no asiático contaban con la cuota de su país ancestral asiático. La inmigración anual general de la zona prohibida asiática también fue limitada en 2000.

Se permitió a las personas de ascendencia asiática inmigrar y convertirse en ciudadanos, lo que había sido prohibido por las leyes que ya hemos citado. La inmigración china en particular había sido permitida por una década, antes de la McCarran -Walter por la Ley Magnuson de 1943, que fue aprobada debido a la alianza de los Estados Unidos con China derivada de las alianzas que se produjeron durante la Segunda Guerra Mundial.

Los japoneses-americanos y los coreano-americanos fueron autorizados a naturalizarse. Los cambios generales en las percepciones de los asiáticos fueron posibles gracias a la política de la Guerra Fría; la Ley de Personas Desplazadas de 1948 permitió a los estudiantes anticomunistas chino-estadounidenses que temían regresar a la Guerra Civil China quedarse en los Estados Unidos; y estas disposiciones se ampliarían con la Ley de Alivio a los Refugiados de 1953. Se puede observar en estos puntos, una muy buena acogida por parte de los EEUU, de esas grandes migraciones de individuos de todos los continentes que deseaban establecerse en ese país.

En realidad, en esta etapa de los Estados Unidos de Norteamérica, hubo pocas restricciones que se emitieron en mérito a cuestiones políticas; así, tenemos que se autorizaba al gobierno a deportar a inmigrantes o ciudadanos naturalizados que participaran en actividades subversivas y también prohibía el ingreso de sospechosos de subversivos al país. Fue utilizado para prohibir la entrada de miembros o exmiembros del Partido Comunista. Así mismo, no se permitió la entrada de ciertas personas por cuestiones de índole moral. Al efecto se puede leer en el Título II, capítulo 2 denominado «CLASES GENERALES DE ALIENS INELEGIBLES PARA RECIBIR VISADOS Y EXCLUIDOS DE LA

ADMISIÓN», en su Sección 212, como estas clases, a «Extranjeros» que son polígamos o que practican la poligamia o abogan por la práctica de la poligamia. Si uno fuera un polígamo, un defensor de la poligamia o su creencia religiosa o ideología abogara por la práctica de la poligamia, no se le permitiría el ingreso en los Estados Unidos bajo esta ley.

En una guía de 1962 se explicaba que los extranjeros que desearan naturalizarse debían de ser de buen carácter moral y apegados a los principios de la Constitución: La ley estableció que un extranjero no es de buen carácter moral si es un borracho, ha cometido adulterio, tiene más de una esposa, se gana la vida apostando, ha mentido al Servicio de Inmigración y Naturalización, ha estado en la cárcel más de 180 días por cualquier motivo durante cinco años en los Estados Unidos, o es un asesino convicto.

- Ley Hart-Celler de 1965

Llegamos a la Ley Hart-Celler que es una enmienda a la INA. Su punto principal es que pone fin al sistema de emigración por cuotas según el país de origen que aplicaba desde los años 20.

Hart-Celler establece un sistema de preferencias para emigrar, dándose prioridad a la familia y a poseer ciertas habilidades o conocimientos. Al mismo tiempo se mantiene una cuota máxima por país para emigrar dentro de cada categoría y se establece que las personas que son familiares inmediatos de ciudadanos o los trabajadores comprendidos en la categoría de especiales no están sujetos a tal cuota por país.

Las consecuencias fueron importantes. Antes de la aprobación de la ley prácticamente 3 de cada 4 emigrantes a los Estados Unidos provenían de Europa Occidental y Canadá. A partir de entonces se produjo un incremento radical en el número de emigrantes provenientes de Asia, Europa Occidental y África. Y aunque la ley puso cuota a los emigrantes procedentes de los países latinoamericanos, también hubo un notable incremento en la inmigración procedente de esta región. Esta situación no ha cambiado hasta la fecha por lo cual se estima que en 2050

Los blancos no hispanos dejarán de ser mayoría en los Estados Unidos. Otra cosa a destacar es que la ley Hart-Celler impedía expresamente la emigración de personas homosexuales ya que se las consideraba, en distintos reglamentos migratorios, como desviados e incluso como inferiores psicológicamente. En 1990 una ley puso fin a esta discriminación.

Aquí en realidad, lo que promovió cambios fue el movimiento de derechos civiles en igualdad de trato independientemente de raza o nacionalidad, que llevó a muchos a ver el sistema de cuotas atrasado y discriminatorio. En particular, griegos, polacos, portugueses e italianos, de los cuales un número creciente estaban tratando de entrar en Estados Unidos, se inconformó dado que el sistema de cuotas les discriminaban a favor de los europeos del norte. El propio Presidente Kennedy tomó la causa de la reforma de inmigración, dando un discurso en junio de 1963 en donde calificó al sistema de cuotas como «intolerable».

Ya en años más recientes nos encontramos con que algunas disposiciones que excluyeron a inmigrantes basadas en sus creencias políticas fueron revocadas por la Ley de Inmigración de 1990, sin embargo, los miembros de los Partidos Comunistas todavía tienen prohibido convertirse en ciudadanos de los Estados Unidos.

Después de los ataques del 11 de septiembre de 2001, el presidente George W. Bush implementó el Sistema de registro de entrada y salida de seguridad nacional y otros controles fronterizos y de inmigración.

También debemos decir que actualmente el adulterio ya no es una causa para rechazar una solicitud de asilo o de naturalización.

Después del asesinato de Kennedy en noviembre, el Congreso comenzó a debatir la reforma de la Ley de Inmigración y Naturalización de 1965. Durante los debates algunos expertos declararon que poco se cambiaría la legislación reformada, y fue visto más como una cuestión de principio para tener una política más abierta. De hecho, al firmar el Acta como ley en octubre de 1965, el Presidente Lyndon dijo que la ley «no es un revolucionario proyecto de ley. No afecta la vida de millones... no remodela la estructura de nuestra vida cotidiana o lo que es

importante añadir a nuestra riqueza o nuestra energía».

- Ley de Reforma Migratoria de 1986

A lo largo de la década de 1980 y 1990, la inmigración ilegal fue una fuente constante de debate político; los inmigrantes continuaron entrando en los Estados Unidos, sobre todo por rutas terrestres a través de Canadá y México. IRCA o Ley de Control y Reforma Migratoria de fecha 06 de noviembre de 1986, que también se conoce como Simpson-Mazzoli Act, o Ley Pública 99-603, también denominada como la Amnistía de Ronald Reagan fue un alivio para los indocumentados pues bajo su vigencia tres millones de ellos pudieron regularizar su situación migratoria. De este conglomerado, aproximadamente 1.3 trabajaban en la agricultura. Para legalizarse se pedía el cumplimiento de ciertos requisitos: ausencia de récord penal, el pago de impuestos y una multa. Pero IRCA también estableció un mayor control en la frontera e hizo ilegal el hecho de contratar, a sabiendas, a un trabajador sin papeles, cosa que no frenó la inmigración ilegal ni ha sido un impedimento real para la contratación laboral.

- Ley de Inmigración de 1990

Esta Ley modificó y amplió la de 1965. Aumentó el nivel total de la inmigración a 700.000; también contempló la admisión de inmigrantes de países «insuficientemente» representados, para aumentar la diversidad de los flujos de inmigrantes. Pero un acontecimiento imprevisto vino a modificar los avances de estos beneficios para los inmigrantes. La recesión económica que azotó al país en la década de 1990 tuvo como una de sus consecuencias un resurgimiento del sentimiento contra los inmigrantes, entre los estadounidenses de bajos ingresos que tuvieron que competir por empleos con inmigrantes dispuestos a trabajar por salarios más bajos.

Sin embargo, creó la Visa de Diversidad. La categoría de emigrante por visa de diversidad, es decir, la lotería de green cards, incrementa el número de trabajadores temporales. Los so-

licitantes de las visas de diversidad son seleccionados al azar por sorteo computarizado. La Ley dispone anualmente de 50,000 visas de residencia permanente para aquellas personas de países cuya tasa de inmigración a los Estados Unidos es baja. Lo interesante es averiguar si esto realmente se cumple en la actualidad o solo está en el papel.

- Ley de Responsabilidad Personal y Reconciliación de Oportunidad de Trabajo (PRWORA)

Esta ley, del 22 de agosto de 1996, no es en sí, una legislación migratoria, pero tuvo un gran impacto sobre los inmigrantes con respecto de programas sociales a los que anteriormente tenían acceso. Y es que más de 900 mil perdieron el derecho a servicios sociales como TANF, cupones de alimentos o Medicaid. PRWORA ha sido posteriormente enmendada y la normativa que aplica hoy a grandes rasgos es:

- Inmigrantes de la tercera edad e incapacitados podrían tener acceso a Medicaid, cupones de alimentos y TANF.
- Los niños residentes permanentes legales podrían tener acceso a cupones de alimentos.

Se afirma que la mayoría de los estados de la Unión han creado acceso a estos servicios sociales o se han apoyado en leyes federales para incluir a los residentes permanentes legales que están excluidos por ley federal de recibir acceso a servicios sociales antes de cumplir los 5 años desde que obtuvieron la *green card*.

- Ley de Reforma de la Inmigración Ilegal y Responsabilidad Migratoria

Esta otra ley de 1996, firmada por el presidente Bill Clinton, se conoce como IIRIRA y también como IIRAIRA o Ley Pública 104-208 y contempla tres puntos que han tenido grandes consecuencias para la comunidad inmigrante: Se permite la detención de inmigrantes por meses e incluso por dos años, antes de que vean a un juez migratorio, posibilita los acuer-

dos entre las agencias federales y las estatales y locales para la aplicación de las leyes migratorias, como por ejemplo, en materia de arrestos y crea lo que se conoce como el castigo de los tres y de los 10 años para los inmigrantes que están ilegalmente en Estados Unidos.

En la práctica, esta medida hace muy difícil la regularización de los indocumentados. Hay que saber cómo funciona el castigo, quiénes están excluidos, quiénes pueden evitar los efectos mediante un ajuste de estatus y quiénes pueden atenuar sus efectos con un *waiver* temporal por dureza extrema o quienes pueden arreglar y evitar sus consecuencias con un *Parole in Place* para familiares de militares.

4. Inmigración en el siglo XXI

A raíz de los ataques terroristas del 9/11, la Ley de Seguridad de 2002 creó el Departamento de Seguridad (DHS), que asumió el control de inmigración y aplicación de las funciones anteriormente realizadas por el Servicio de Inmigración y Naturalización (INS). En la actualidad, los caminos para la legalización de indocumentados existen. Pero exigen requisitos estrictos lo que en la práctica hace imposible para muchos migrantes poder resolver la situación. Y de ahí que en la actualidad se estima en 11 millones el número de indocumentados en el país.

5. Leyes estatales

Las leyes estatales no pueden crear legislación migratoria, pero sí pueden complementar la ya existente. Esto quiere decir que, por ejemplo, las categorías por las que se puede inmigrar son las mismas en todo Estados Unidos o que las visas para contratar a un trabajador extranjero son igualmente todas igual a lo largo y ancho del país, pero dentro de sus competencias los estados tienen facultades para regular actividades, derechos, prohibiciones, etc., que pueden beneficiar a los migrantes. Por ejemplo, quiénes pueden obtener licencias de manejar o quiénes pueden estudiar en sus universidades públicas y a qué costo. Otro ejemplo claro es qué estados

han ampliado el acceso de servicios sociales a la comunidad migrante. Pero en el otro extremo están los estados que han endurecido su posición frente a la inmigración aprobando leyes más restrictivas, entre ellos se señala a Arizona, Carolina del Sur, Alabama y Georgia.

6. Órdenes ejecutivas

Las órdenes ejecutivas son una facultad del presidente de los Estados Unidos. Entre las más importantes porque están siendo aplicadas y afectan a cientos de miles de migrantes se encuentran DACA, también conocida como la Acción Diferida que fue concedida por el ex-presidente Barak Obama, para jóvenes que llegaron a su país siendo niños y *Parole in Place* para familiares de militares.

Este poder fue el que usó Donald Trump para ordenar la separación de los niños de sus padres, migrantes ilegales, causando una profunda violación a los derechos humanos de todos los involucrados y un desagradable malestar a la sociedad ante el espectáculo de los menores llorando ante la separación y encerrados tras alambradas, como si se tratara de animales bajo resguardo; una escena dantesca más propia de la Segunda Guerra Mundial que de un Estado civilizado, sin que nadie pudiera ejercer alguna acción legal para impedir semejante atropello a los derechos humanos más elementales. La medida fue calificada como «brutal». Tras las múltiples críticas de la comunidad internacional Trump tuvo que dar marcha atrás, sin embargo, nos quedó claro que el derecho concedido al Presidente de los Estados Unidos de Norteamérica para emitir Órdenes Ejecutivas, debe ser contenido por el Poder Legislativo de su país; el mundo ya vio los alcances de tal permisión que puso al límite todas nuestras construcciones intelectuales y legales en torno a la idea de los derechos humanos.

7. La persistencia del legado de la desigualdad

El legado de la desigualdad es, como su nombre lo indica, una herencia de males que los

sucesores reciben generación tras generación. Los países pobres lo son desde hace cientos de años, igual las regiones en conflicto van heredando resabios y violencia a sus descendientes, por eso se habla de legados que ocasionalmente pueden eliminarse pero la regla general para esos pueblos ha sido un determinismo trágico que podemos encuadrar en los siguientes tipos:

- a). Determinismo geográfico.- Conforme a esta postura, el medio físico determina a las sociedades humanas como colectivo y al hombre como individuo y a su nivel de desarrollo socioeconómico y cultural, por lo que los seres humanos deben adaptarse a las condiciones impuestas por el medio. Una variante de este tipo de determinismo es el climático, que establece que la cultura y la historia resultan muy condicionadas por las características climáticas de la zona donde se vive. Si el clima no es favorable, no se producirá un elevado nivel de desarrollo humano (civilización). Es cierto que los lugares áridos, en donde hay poca agua son condicionantes de la pobreza y lo vemos en muchos pueblos del mundo en los cuales no existe el desarrollo y sus habitantes parecen condenados a vivir en muy malas condiciones, morir en ellos y heredar esa pobreza a sus descendientes. Por eso hablamos del legado de la desigualdad. El caso es que nuestra comodidad y oportunidades de lograr una vida más o menos plena depende de las condiciones geográficas del lugar en el que nacemos, que es donde nos corresponde vivir y morir. El «aquí nos tocó vivir», en condiciones que van de lo bueno a lo malo o de lo óptimo a lo pésimo.
- b). Determinismo de clase.- Señala que el nivel social en el que moriremos está ligado, o correlacionado probabilísticamente al nivel social en el que nacimos, de manera que en términos sociales existe inamovilidad. Se considera un antónimo del sueño americano porque la sociedad no mide el valor de las personas en función de sus ideas, pensamientos o logros personales sino por su nivel social, siendo entonces

imposible escalar en la sociedad a menos que se esté destinado para eso.^{10,11} La movilidad social no funciona para la mayoría y lo vemos a diario. Es claro que los migrantes indocumentados pertenecen a pueblos y a estratos donde estas condiciones se cumplen al parecer inexorablemente y es la causa del éxodo de todos aquéllos que no se resignan a un destino semejante.

- c). Determinismo político. A los anteriores, estaríamos agregando de nuestra parte una especie de determinismo político que condena a que las fronteras significan diferencias de diversa índole y la soberanía es un atributo de los Estados que los faculta para levantar muros a cierta clase de inmigrantes, obviamente, a los pobres. Los migrantes de otra clase, como los deportistas de alto rendimiento, inversionistas y científicos, entre otros, ingresan a cualquier país legalmente.

8. Conclusión

Queda demostrado que la migración de personas provenientes de países pobres, mal administrados y en un estado más o menos permanente de conflictos bélicos, hacia lugares en donde puedan encontrar al menos una paz cotidiana, pone en la más floja de las cuerdas a los derechos humanos; el inconcebible hecho de la Orden Ejecutiva de Donald Trump a que hicimos referencia en este breve ensayo, es una clara señal de que siempre se puede empeorar cualquier situación ya de por sí adversa. La soberanía como atributo de los Estados no puede ser violentada pero no debe ser la excusa para cerrarle las puertas a gente que sufre constantes violaciones a sus derechos de toda índole, especialmente a los humanos de los que se proclama que son universales. Estados Unidos de Norteamérica y otros países que le son afines

10. Vid. Determinismo, disponible en: <https://determinismo.wikispaces.com/>

11. El determinismo, disponible en: <https://fundacionintelecto.wordpress.com/2012/04/08/el-determinismo-y-sus-sentidos-mas-corrientes/>

deben revisar sus políticas que aplican a otros pueblos sin consideración alguna. El problema aquí se ha planteado de manera muy general y, sin embargo, se perciben las enormes dificultades que se necesitan zanjar para llegar a soluciones viables. Estas líneas pretenden tan solo llamar la atención sobre el punto de los derechos humanos de los migrantes para contribuir a concientizar a los lectores y pueda crecer la empatía y decrecer la xenofobia en mérito a tales derechos.

9. Fuentes documentales

Cinco leyes migratorias fundamentales de Estados Unidos, disponible en: <https://www.thoughtco.com/leyes-migratorias-fundamentales-de-estados-unidos-1965289>, consultado el 01/06/2018.

Determinismo, disponible en: <https://determinismo.wikispaces.com/>, consultado el 01/06/2018.

DOMÍNGUEZ CEBRIÁN, BELEM, *El camino a la integración*, El País, disponible en: <https://elpais.com/especiales/2016/refugiados/alemania/>, consultado el 01/06/2018.

El determinismo, disponible en: <https://fundacionintellecto.wordpress.com/2012/04/08/el-determinismo-y-sus-sentidos-mas-corrientes/>, consultado el 01/06/2018.

Geary Act, disponible en: https://en.wikipedia.org/wiki/Geary_Act, consultado el 07/08/2018.

<http://www.elmundo.es/internacional/2016/06/07/5756bbd546163f587f8b4679.html>, consultado el 05/03/2018.

https://www.bbc.com/mundo/noticias/2015/04/150421_migrantes_ruta_europa_testimonios_ac. consultado el 05/03/2018.

La Declaración de los Derechos de Virginia de 1776, disponible en: <https://es.scribd.com/doc/63943394/Declaracion-de-Derechos-de-Virginia>, consultado el 08/06/2018.

MALDONADO, V.A., «México y la Ley Simpson-Mazoli», en: *Revista del CEPES*, No. 5, pp. 143-145, Abril-agosto, 1984, Guadalajara, México.

Martínez Rodríguez, Marcela, «El proyecto colonizador de México a finales del siglo XIX. Algunas perspectivas comparativas en Latinoamérica», *Secuencia. Revista de historia y ciencias sociales*, núm. 76, enero-abril, 2010, pp. 101-132 Instituto de Investigaciones Dr. José María Luis Mora Distrito Federal, México.

MORRIS, RICHARD B., *Documentos fundamentales de la historia de los Estados Unidos de América*, Libreros Mexicanos Unidos, México, 1962.

