



REVISTA DE GARANTISMO Y DERECHOS HUMANOS

Año 5, Número 9

Enero - Junio 2021

ISSN 2448-833 X

REVISTA DE GARANTISMO Y DERECHOS HUMANOS

NÚMERO 9, ENERO-JUNIO 2021

ISSN 2448-833x

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE TLAXCALA

CENTRO DE INVESTIGACIONES JURÍDICO POLÍTICAS

Académicos fundadores

Dr. Serafín Ortiz Ortiz

Dr. José Luis Soberanes Fernández

Dra. Miluska Orbegoso Silva

Dirección de la revista

Dr. Serafín Ortiz Ortiz. Director

Mtra. Gabriela Georgina Mateos Gómez. Editor responsable

Editores invitados

Dr. Fernando Tenorio Tagle

Lic. Sebastián Daniel Ojeda Bravo

Mtro. Alejandro Morales Quintana

Equipo técnico

Martín Méndez Rodríguez

Ing. Elian Ramírez Palma

Lic. Valfré Domínguez

Revista de Garantismo y Derechos Humanos, año 5, número 9, enero-junio 2021, es una publicación semestral editada por la Universidad Autónoma de Tlaxcala, a través del Centro de Investigaciones Jurídico-Políticas. Carretera Tlaxcala-Puebla, núm. 1, Col. La Loma Xicoténcatl, C.P. 90062, Tlaxcala, México, Tel. (01) 246 46 2 97 21, <https://revistagarantismoyddhbh.uatx.mx>, garantismo.derechoshumanos@uatx.mx. Editor responsable: Dr. Emmanuel Rodríguez Baca. Reserva de Derechos al Uso Exclusivo No.04-2016102413052200-203, ISSN: 2448-833X, ambos otorgados por el Instituto Nacional del Derecho de Autor. Responsable de la última actualización de este número, Universidad Autónoma de Tlaxcala en coordinación con el Centro de Investigaciones Jurídico-Políticas. Carretera Tlaxcala-Puebla, núm. 1, Col. La Loma Xicoténcatl, C.P. 90062, Tlaxcala, México, Tel. (01) 246 46 2 97 21, Dr. Emmanuel Rodríguez Baca, fecha de última modificación, 17 de junio de 2021.

Las opiniones expresadas por los autores no necesariamente reflejan la postura del editor de la publicación.

Queda prohibida la reproducción total o parcial de los contenidos de la publicación sin previa autorización de la Universidad

Consejo Editorial

Dr. Serafín Ortiz Ortiz
Universidad Autónoma de Tlaxcala, Centro de Investigaciones Jurídico-Políticas, México

Dra. Elisabeth Almeda Samaranch
Universidad de Barcelona, Departamento de Sociología, España

Dr. Luigi Ferrajoli
Universidad de Roma, Italia

Dra. Encarna Bodelón González
Universidad Autónoma de Barcelona, Facultad de Derecho, España

Dr. José Luis Soberanes Fernández
Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México

Dra. Tamar Pitch
Università degli Studi di Camerino, Departamento de Derecho, Italia

Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni
Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho, Argentina

Dr. Fernando Tenorio Tagle
Universidad Autónoma de Tlaxcala, Centro de Investigaciones Jurídico-Políticas, México

Dr. Raffaele De Giorgi
Universidad de Salento, Facultad de Derecho, Italia

Dr. Paolo Comanducci
Universidad de Génova, Departamento de Jurisprudencia, Italia

Dr. José María Soberanes Díez
Universidad Panamericana, México

Dr. Carlos Conover Blancas
Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Filológicas, México

Dra. Laura Yolanda Vázquez Vega
Escuela Nacional de Antropología e Historia, México

Dr. Adrián Rentería Díaz
Universidad de Insubria, Italia.

Consultores internos

Carlos González Blanco / José Zamora Grant / Luis Armando González Placencia / Raúl Ávila Ortiz /
Susana Thalía Pedroza de la Llave / Omar Sánchez Vázquez / Gustavo Garduño Domínguez

REVISTA DE GARANTISMO Y DERECHOS HUMANOS

NÚMERO 9, ENERO-JUNIO 2021 ISSN 2448-833x

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE TLAXCALA

CENTRO DE INVESTIGACIONES JURÍDICO POLÍTICAS

SUMARIO TABLE OF CONTENTS

DERECHOS HUMANOS Y SISTEMA PENAL

HUMAN RIGHTS AND THE PENAL SYSTEM

Alfonso Torres Chávez.....1-17

LOS DESAFÍOS DE LA AUTODETERMINACIÓN INFORMATIVA Y LA PROTECCIÓN DE LOS DATOS FRENTE A LAS TECNOLOGÍAS DISRUPTIVAS DE LA CUARTA REVOLUCIÓN INDUSTRIAL

*THE CHALLENGES OF INFORMATIONAL SELF-DETERMINATION AND DATA PROTECTION
AGAINST THE DISRUPTIVE TECHNOLOGIES OF THE FOURTH INDUSTRIAL REVOLUTION*

Diana Elvira Meneses Saldaña.....18-44

NO DEJAR A NADIE ATRÁS. ¿UNA UTOPIA EN LA LEGISLACIÓN MIGRATORIA DE MÉXICO?

NO ONE WILL BE LEFT BEHIND. AN UTOPIA IN THE IMMIGRATION LAW IN MÉXICO

Elida Beatriz Calixto Toxqui, Genaro Salvador Carnero Roque.....45-81

RESEÑA DEL TEXTO VOTO EN PRISIÓN PREVENTIVA

TEXT OVERVIEW VOTE IN PREVENTIVE PRISON

María Cristina de Guadalupe Campos Zavala82-93

DERECHOS HUMANOS Y SISTEMA PENAL

HUMAN RIGHTS AND THE PENAL SYSTEM

Alfonso Torres Chávez *

Fecha de recepción: 13 de noviembre de 2020.

Fecha de aceptación y versión final: 19 de diciembre de 2020.

Resumen

Los derechos humanos en el nuevo sistema de justicia penal, son la puerta producto de la reforma constitucional de junio de 2011. Las normas en materia penal se fundan sobre los derechos humanos y el sistema penitenciario debe garantizar de acuerdo con el artículo 18 constitucional en el respeto a estos para el cumplimiento de los fines del sistema penitenciario.

Abstract

Human Rights are the value of the penal system. The laws of criminal law are base in human rights after the constitutional reform of june 2011. The laws in criminal law are based on human rights and the penitentiary system that are garantized in the articule 18 of the constitution.

Conceptos clave: Derechos humanos, derecho penal, sistema penitenciario, sociedad moderna.

Keywords: Human rights, criminal law, penitentiary system, modern society.

* Maestro en Derecho por la UIA Tijuana; maestro en Ciencias Penales y Doctor en Derecho Penal por el Instituto de Posgrado en Ciencias Penales y Política Criminal de Baja California, así como Profesor-Investigador por este Instituto.

Introducción

En el 2020 se emitió la Declaración de Kioto¹ este documento es la base de la justicia penal a nivel mundial.

En la sociedad moderna la protección de los derechos humanos es fundamental. Parte de la consecuencia de la reforma es la máxima protección de los derechos fundamentales y la fijación de criterios sobre ciertos riesgos sociales². En la sociedad moderna siempre es interesante saber a qué riesgos se refiere. A últimas fechas, por ejemplo, el terrorismo sería una nueva amenaza, aunque en países de Medio Oriente este es un problema más que tratado.

Los riesgos sociales van a depender del país, pero en general hay una serie de riesgos que se podrían enlistar en términos generales y que resultan similares en varios países del mundo:

- 1.- Terrorismo.
- 2.-Secuestro.
- 3.- Tráfico de drogas.
- 4.- Tráfico de armas.
- 5.- Tráfico de personas.

1. ¿Derechos humanos para los delincuentes?

Desde la reforma constitucional se ha discutido mucho si el sistema protege más a los delincuentes que a los ciudadanos. Esto desde luego puede tener diversas visiones.

- I.-La de los ciudadanos.

II.-La de los delincuentes.

Desde la óptica del sistema este debe ser garantista para ambas partes³ y así, el principio de proporcionalidad de las penas se podría traducir en una serie de premisas básicas entre las cuales podemos mencionar:

- 1.- El grado de afectación de uno o más principios;
- 2.- La importancia de la satisfacción del mandato que juega en contra;
y,
- 3.- Si la relevancia de la satisfacción de este principio justifica la intervención del primero; en este tercer paso se llega a esa justificación teniendo en cuenta, además del grado de afectación, el peso abstracto de los mandatos y la seguridad de las apreciaciones empíricas relativas a la afectación de ellos.

En general el panorama no es halagüeño.

2. Panorama general de la institución carcelaria y derechos humanos.

De acuerdo con la doctora Elena Azaola⁴ la crisis de derechos humanos que azota al sistema penitenciario es tan grave que el problema no se resuelve construyendo segundos pisos a las prisiones. En América Latina la crisis es tan grave como la cifras que presentan algunos países del continente: las mayores tasas de reclusión están en El Salvador con 425 y Panamá con 406 presos por cada 100 mil habitantes.

México es el segundo país de América Latina después de Brasil por el número de personas en prisión. Hasta el mes de agosto de 2020 hay 210,000 personas privadas de su libertad y es el séptimo país en el mundo por el tamaño de su población penitenciaria después de Estados Unidos, China, Rusia, Brasil, Tailandia e Irán.

En México hay una tasa de 170 personas en prisión por cada 100 mil habitantes, menor a la tienen otros países centroamericanos y del Caribe, así como también es menor a la que tienen países del Cono Sur.

3. Sociología de la prisión

De acuerdo con Niklas Luhmann⁵ los sistemas sociales tienen diversos componentes.

Podríamos preguntarnos qué tipo de estructuras sociales se construyen alrededor de la cárcel como una entidad de castigo.

Socialmente la prisión margina a quienes infringen las normas y no solamente en lo referente al derecho penal, sino a las normas sociales que Luhmann estatuye como parte del estrato social.

Se distinguen tres tipos de sistemas comparables y comparados:

- 1.-El sistema vivo;
- 2.- El sistema psíquico;
- 3.- El sistema social.

De esto se distinguen una serie de subsistemas:

1.-La ciencia está especializada en los avances cognitivos y en los procesos sociales de aprendizaje. Como consecuencia, el análisis científico no tiene vocación de resolver los problemas como de multiplicarlos.

Ello está alimentado por la preferencia del sistema por la innovación, de modo que cualquier realidad puede convertirse en objeto de análisis.

La unidad formada por el binomio descomposición-recomposición se convierte en condición de la aparición de un nuevo saber. La capacidad de resolución casi sin límites así desarrollada por el sistema científico hace visible unas posibilidades infinitas para la sociedad, sabiendo que solamente se realiza una parte de lo posible.

2.-La función del sistema mediático no es ni un incremento del saber, ni la socialización, ni la educación de los individuos. Produciendo información, los medios de comunicación crean un horizonte de incertidumbre auto gestionando que debe ser compensado por información adicional.

Los medios de información masiva tienen una fuerte influencia sobre la aplicación en el desarrollo del sistema de justicia.

3.- El sistema religioso administra la inevitabilidad de la contingencia que produce nuevas determinaciones.

Esta mención vale la pena porque al hablar del sistema penitenciario es importante señalar que la Declaración de Doha de 2015 estatuye que en las instalaciones penitenciarias debe haber ministros religiosos dentro de las instalaciones carcelarias⁶.

4.-La función del sistema político es la producción de decisiones colectivamente coactivas. Las decisiones suponen elecciones. Por lo tanto, la política define el futuro como incógnita y lo indeterminado como lo está enfrentando. La capacidad de producir decisiones colectivamente coactivas está vinculada a la ocupación de un cargo político. Porque los cargos electos deben lograr la aprobación del público para acceder a dichos cargos, debe satisfacer sus intereses, proponer mejoras y poner en evidencia los problemas. La dificultad se agudiza cuando se privilegia una perspectiva a largo a largo plazo donde cada uno intenta asegurar en el presente lo que podría necesitar en el futuro. A escala de la sociedad, la reducción de la rareza es precisamente lo que aumenta la rareza. No obstante, las necesidades siguen estando en el entorno del sistema y no pueden ser programadas.

5.-El sistema económico, solo puede programar sus propias operaciones, es decir los pagos que realiza a través de los precios. Los precios están determinados por lo que las personas están dispuestas a pagar por ellos en el mercado, lo que se encuentra determinado a su vez por la cantidad de dinero disponible. Dicho de otra forma, en la economía moderna plenamente diferenciada, no existen regulaciones exteriores de los precios de tipo moral; el precio justo está regulado por los procesos económicos, es decir por la dinámica de los mercados.

6.-La función asumida por el sistema educativo es la transformación de los sistemas psíquicos singulares, de manera que estos sean capaces de participar en cualquier forma de comunicación. Deviene necesario para la sociedad cuando la socialización no consigue asegurar el comportamiento

adecuado. La peculiaridad del sistema educativo es, por lo tanto, que sus efectos se manifiestan, a diferencia de los demás subsistemas funcionales, en el exterior del sistema social.

7.-La familia debe incluir la comunicación que tiene lugar en su seno entre todos sus participantes. La persona no es para Luhmann el conjunto “sistema psíquico-sistema orgánico” que compone al ser humano.

Como se observa, la prisión tiene sentido lógico. La sociedad la ha implementado como un mecanismo de castigo eficiente para un estado punitivo *que* castiga en beneficio de la colectividad.

4. Consideraciones sobre el sistema penitenciario

De acuerdo con Miguel Poalino-Orts⁷ el sistema excluye en los “enemigos”, que de acuerdo con el derecho penal del enemigo son “aquellos sujetos que vulneran las normas de la convivencia social”.

¿A qué convivencia nos referimos?

A aquella que se da de acuerdo con las normas sociales entre los miembros sociales, es decir aquellos que no han vulnerado norma jurídica alguna.

5. Los enemigos del sistema

En México tenemos una compulsión por el exceso de normativizar todo. En materia penal sobre todo, todo se resuelve vía decreto. O se emiten normas o decretos, pero el punto es siempre estamos buscando el hilo negro.

No nos hemos dado cuenta que el hilo negro no existe.

Y menos en materia penal.

Los problemas de la cárcel y del sistema de justicia son añejos, no es algo que date de esta época⁸. Desde la reforma constitucional de 2008 comenzaron a matizarse los contactos entre la justicia penal y los derechos humanos.

El contacto de los derechos humanos con el sistema penitenciario es permanente y directo. Y no podría ser de otra forma en un sistema en el que de lo que se trata es de sobrevivir al máximo costo.

El hecho de tener que pagar por todas y cada una de las "prebendas" en prisión que no son tales, sino que son derechos que los reos tienen dentro del sistema es de suyo un problema.

La constitución es muy clara: Están prohibidas las gabelas y toda clase de contribuciones dentro del sistema penitenciario.

Dentro del sistema penitenciario tenemos problemas graves: podemos encontrar ejemplos de ello en las quejas presentadas ante la Comisión Nacional de Derechos Humanos y las comisiones estatales de derechos humanos.

Las justificaciones para que el sistema no funcione están por todos lados. Las cifras que manejan los diagnósticos estatales penitenciarios son reflejo de los vicios del sistema.

Esto desde luego aunque existen instrumentos de protección de derechos humanos⁹. Los paradigmas carcelarios son diversos.

6. Los hierros del sistema de justicia penal

Los efectos de la reforma de 2008 y de 2011 son de largo efecto. Si tomamos en consideración los 8 años de la *vacatio legis* para la entrada en vigor del sistema acusatorio adversarial tenemos la respuesta a muchas preguntas.

Lo que sucede en el sistema de justicia es síntoma de los problemas que padece el sistema¹⁰ pues el sistema tal pareciera que está diseñado en contra sentido al espíritu constitucional.

Los artículos constitucionales que regulan el sistema penitenciario son un mapa conceptual adecuado para trazar algunos tramos del sistema. No podemos negar que existen hierros y equivocaciones. La arquitectura e ingeniería constitucional es ya lo suficientemente compleja como para complicarlo más con reformas que lo único que provocan es que el sistema colapse.

La crisis de seguridad que se desató desde mediados de los años ochenta con la aparición de diversos grupos delictivos se fue agudizando con el paso del tiempo.

Las actividades como el tráfico de drogas y de armas son vigiladas además por agencias extranjeras¹¹, esto desde luego es parte del problema que se enlaza directamente con el sistema penitenciario. En las cárceles están desde los grandes capos hasta los narcomenudistas.

Pero ese es el problema: se necesita la misma estructura carcelaria para atender a un narcomenudista que a un gran tutti di capi. La palestra del sistema pareciera que está al revés.

Los problemas del sistema son entonces parte del sistema mismo. Para modificar las estructuras se debe empezar por dentro. Si la estructura carcelaria no funciona nada se puede hacer.

Por eso es que normas como el Código Nacional de Procedimientos Penales y la Ley Nacional del sistema integral de justicia para adolescentes son fundamentales dentro del nuevo sistema de justicia penal.

No todo está perdido si observamos la evolución normativa de la miscelánea penal. La evolución normativa es positiva, aunque desde luego la legislación está llena de problemas a nivel procesal y de clasificación.

En este tenor de ideas, es importante la conjunción y la yuxtaposición de los derechos humanos con el sistema penitenciario. El sistema penitenciario es corrupto por su propia naturaleza.

En prisión todo es un negocio rentable.

Dormir, comer, obtener enceres de limpieza es un negocio, que vulnera los derechos humanos de quienes están internos.

A partir de la Declaración de Kioto de 2020 y la Declaración de Doha de 2015, se trazaron las directrices en materia penitenciaria por un lapso de cinco años.

El Congreso de Japón se pospuso por la pandemia de coronavirus pero al final se emitió la Declaración de Kioto que es el programa de la ONU en materia penitenciaria para los próximos cinco años. A partir entonces de esta Declaración de Kioto es la que permite que los estados parte se comprometan a modificar su sistema de justicia y su sistema carcelario en un lapso de cinco años.

Los documentos previos al Congreso de Kioto 2020 dan un excelente panorama del pronóstico del congreso y podríamos aplicarlo al sistema penitenciario¹². Resulta evidente que estos documentos internacionales permiten una visión general de los compromisos de la ONU en materia penitenciaria a los cuales además se obligan los estados firmantes de cada instrumento.

De acuerdo con algunos autores¹³ la teoría del delito forma parte del nuevo sistema de justicia penal y es fundamental para comprender la sistemática del funcionamiento del nuevo sistema de justicia y la conjunción de los derechos humanos dentro del sistema penitenciario.

Las características generales del sistema penitenciario son los que ponen al sistema en una situación de crisis como la que se encuentra.

Desde luego no se trata de ser fatalistas.

La cárcel es una institución que tiene solución.

La ira del sistema penal se ensaña con los más débiles. A la cárcel decía un autor van los pobres, y los débiles, los locos y los tontos, pero es una realidad que la sobrepoblación carcelaria es alta y deben cambiarse los modelos carcelarios para que la institución no pierda su esencia dentro de la sociedad.

Las reglas no escritas de la cárcel también juegan un papel preponderante para la estancia de los reclusos en prisión.

La prisión en esencia sigue siendo el mismo infierno que describió César Beccaria en su Tratado de los delitos y de las penas en 1762.

La descripción de Beccaria sobre las prisiones fue monumental. Critico fuertemente la prisión con la intención de humanizarla.

Los paradigmas de los derechos humanos producto de la Revolución Francesa de 1789 y de la Declaración de los Derechos del hombre y del ciudadano del 26 de julio de 1789 materializaron los derechos de lo que hoy gozamos y que dentro del sistema penitenciario adquieren una mayor relevancia.

Esta relevancia se refiere al impacto que pueden llegar a tener estos derechos dentro del sistema que lo primero que debe garantizar de acuerdo con el artículo 18 constitucional es el respeto a los derechos humanos de los reclusos tomando como base:

- 1.-La educación;
- 2.- La salud;
- 3.- El deporte.

Los principios básicos del sistema penitenciario si existen, pero el problema de fondo es su aplicación.

El sistema necesita una reestructuración urgente de la que forman parte los nuevos principios y existen una serie de lineamientos dentro de prisión que se deben seguir.

Principios de la prevención especial negativa

-La simple aplicación de la pena reduce el número de hechos delictivos posibles.

-Análisis psicológico individual de la responsabilidad o peligrosidad.

-Cumplida la condena el riesgo de volver a delinquir lo asume la sociedad.

La prisión es desde los inicios de la humanidad uno de los castigos míticos. Desde las sagradas escrituras la idea de castigo se volvió mítica. La genealogía del castigo esta insertada en la mitología bíblica.

En la era moderna seguimos padeciendo lo mismo.

La cárcel no es lo que debía ser y seguramente no lo será nunca.

El misticismo de la prisión es lo que da pavor y provoca miedo. La cárcel no es un sitio donde se respeten los derechos humanos.

Las declaraciones como la de Doha de 2015 y la de Kioto de 2020 son conlaves de la prisión y la institución carcelaria debe ser entonces espacios de libertad en los que los seres humanos debieran encontrar la paz y el saneamiento espiritual.

Cesar Beccaria en el Tratado de los delitos y de las penas de 1764 describe los suplicios de la cárcel.

La cárcel no es un sitio donde el sistema se "reserve" el tratamiento de los derechos humanos. Y desde luego en los documentos internacionales están todos los pronunciamientos.

La figura de la prisión debe ser entonces tomada no solamente con una pena corporal, sino como una consecuencia de las conductas antisociales.

La socialización de los derechos humanos en el sistema penitenciario es una situación común que debe replicarse sobre todo después de la promulgación de la reforma constitucional de 10 de junio de 2011 y la reforma al sistema acusatorio adversarial de 2008.

El sistema penal se volvió una puerta giratoria gracias a la reforma y aquí descansan parte de las críticas que se hacen a la reforma constitucional de 2008, pero no se trata simplemente de la puerta giratoria del sistema, sino de las oportunidades gracias a puntos como los criterios de oportunidad que aparecieron con la reforma constitucional de 2008.

De acuerdo con José Luis Vicente García¹⁴ el apartado B del artículo 20 constitucional fija una serie de derechos para los imputados:

Apartado B. De los derechos de toda persona imputada:

I.-A que se presume su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa;

Aparatado A. De los principios generales:

V.- La carga de la prueba para demostrar su culpabilidad corresponde a la parte acusadora, conforme lo establezca el tipo penal.

Por su parte el párrafo séptimo del artículo 21 constitucional establece que: "El ministerio público podrá considerar criterios de oportunidad para el ejercicio de la acción penal, en los supuestos y condiciones que fije la ley".

Para complementar lo afirmado tenemos también el soporte del artículo 256 del Código Nacional de Procedimientos Penales que establece que: "Iniciada la investigación y previo análisis objetivo de los datos que consten en la misma, conforme a las disposiciones normativas de cada procuraduría, el ministerio público (hoy fiscalía) ponderará el ejercicio de la acción penal sobre la base de criterios de oportunidad, siempre que en su caso, se hayan reparado o garantizado los daños causados a la víctima u ofendido y está manifieste su falta de interés jurídico en dicha reparación".

De la lectura del 20 constitucional podemos obtener algunos principios generales sobre los criterios de oportunidad:

- a.- Es una facultad del ministerio público o fiscalía.
- b.- No es una obligación del fiscal su aplicación para todos los casos.
- c.-El fiscal podrá aplicarlos en los supuestos que fije la ley.
- d.-Permite al fiscal obviar en el ejercicio de la acción penal.
- e.- Debe de haberse satisfecho o garantizado la reparación del daño (en aquellos delitos que lo permitan).

Desde luego tenemos también el auxilio del artículo 256 del Código Nacional de Procedimientos Penales que establece una serie de supuestos en

los que se pueden aplicar los criterios de oportunidad y que vale la pena mencionar:

a.- Se trate de un delito que no tenga pena privativa de libertad, tenga pena alternativa o tenga pena privativa de libertad cuya punibilidad máxima sea de cinco años, siempre que el delito no se haya cometido con violencia.

b.- Se trate de delitos de contenido patrimonial cometidos sin violencia sobre las personas o delitos culposos, siempre que el imputado hubiere actuado en estado de ebriedad, bajo el influjo de narcóticos o de cualquier otra sustancia que produzca efectos similares.

c.- Cuando el imputado haya sufrido como consecuencia directa del hecho delictivo un daño físico, o psicoemocional grave, o cuando el imputado haya contraído una enfermedad terminal que tome notoriamente innecesaria o desproporcional la aplicación de una pena.

d.- La pena o medida de seguridad que pudiera imponerse por el hecho delictivo carezca de importancia en consideración a la pena o medida de seguridad ya impuesta al inculcado por otro delito, o a la que podría aplicarse al mismo por otros delitos, o bien, por la pena que previamente se le haya impuesto o podría llegar a imponérsele en virtud de diverso tramitado en otro fuero.

e.- Cuando el imputado aporte información esencial para la persuasión de un delito más grave del que se le imputa, la información que proporcione derive en la detención de un imputado diverso y se comprometa a comparecer en juicio. En estos supuestos, los efectos del criterio de oportunidad se suspenderán hasta en tanto el imputado beneficiado comparezca a rendir su declaración en la audiencia de juicio.

f.- Cuando la afectación al bien jurídico tutelado resulte poco significativa, y

g.- Cuando la continuidad del proceso o la aplicación de la pena sea irrelevante para los fines preventivos de la política criminal.

Como podemos ver este es un tema que se enlaza y relaciona directamente con conceptos y criterios de una política criminal que debe ser perfectamente definida por el estado.

Esto desde luego conlleva la aplicación de esta política criminal al ámbito de las prisiones.

Si consideramos que la Ley Nacional del sistema integral de justicia para adolescentes y otras normas de la miscelánea penal son netamente garantistas de los derechos humanos estamos frente a un sistema de justicia que brinda nuevas oportunidades para quienes compurgan una pena de prisión.

Es así que podemos llegar a la construcción de un nuevo y renovado sistema de justicia penal no solamente para los adolescentes en conflicto con la ley penal sino para los adultos que enfrenta un procedimiento.

7. Los criterios de oportunidad y los derechos humanos

Los criterios de oportunidad que aplican a la materia penal desde la expedición del Código Nacional de Procedimientos Penales son la nueva puerta que se abre para las personas que están sujetas a proceso penal.

No se puede pensar en un sistema que no respete los derechos humanos.

Desde luego los derechos humanos parecen una mera ilusión óptica si pensamos que en los escenarios carcelarios se alejan de criterios de derechos humanos.

8. Consideraciones finales

1.-El sistema penitenciario tiene solución si se siguen criterios de derechos humanos.

2.-Las declaraciones internacionales en la materia sientan precedentes muy importantes para la aplicación del sistema penal desde la reforma de 2008.

3.-La reforma constitucional de 2011 abrió nuevos derroteros al sistema de justicia al convertirlo en un sistema garantista de derechos humanos.

4.-Los derechos humanos son el pináculo de un sistema penitenciario que garantice y tutele los derechos de las personas en prisión.

5.-Se puede sostener un sistema de justicia más abierto si se consideran criterios de derechos humanos.

Fuentes de Información

Azaola, Elena. *Panorama general del sistema penitenciario en México*. Centro de Investigaciones y estudios superiores en antropología social. México. 2021.

Beck, Ulrich. *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*. Editorial Paidós. México. 1986.

Carbonell Sánchez, Miguel. *Los derechos fundamentales en México*. 6ª edición. Editorial Porrúa. México. 2020.

Champo Sánchez, Nimrod. *En la vinculación a proceso ¿se analiza la teoría del delito?* Revista Criminalia. Año LXXXVII. Diciembre de 2020.

Cossío Díaz, José Ramón. *Voto en contra*. Editorial Debate. México. 2019.

Declaración de Doha sobre prevención del delito y justicia penal. Doha, Catar marzo de 2015.

Frattoni, Eric. *CLA. Historia de la compañía. Los servicios secretos*. Editorial EDAF. México. 2005.

García, José Luis Vicente. *Los criterios de oportunidad. Facultad discrecional del ministerio público*. Centro de investigaciones jurídicas de la Universidad Autónoma de Chiapas. México. 2021

Informe del 14º congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y justicia penal. 14º Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Justicia Penal. Informe del 14º congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y justicia penal.

Moratto, Simón. *El principio de proporcionalidad en las restricciones al descubrimiento probatorio ante la CPI. Estado del arte, críticas y alternativas*. Derecho penal y criminología. 41, 111 (junio 2021).

Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito de la Organización de las Naciones Unidas. *Declaración de Kioto sobre prevención del delito y justicia penal*. 14º Congreso sobre justicia penal y prevención del delito. Kioto Japón. 7 al 12 de marzo de 2021.

Polaino-Orts, Miguel. *El derecho penal del enemigo ante el estado de derecho*. Flores editor y distribuidor. Flores editores. México. 2013.

Urteaga, Eguzki. *La teoría de sistemas de Niklas Luhmann*. Contrastes. Revista internacional de filosofía, vol. XV (2010). Departamento de filosofía. Universidad de Málaga. Facultad de filosofía y letras. Málaga, España.

Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Morir de cárcel. Paradigmas jushumanistas desde el virus de nuestro tiempo*. Editorial Ediar. Buenos Aires, Argentina. 2020.

¹ Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito de la Organización de las Naciones Unidas. *Declaración de Kioto sobre prevención del delito y justicia penal*. 14º Congreso sobre justicia penal y prevención del delito. Kioto Japón. 7 al 12 de marzo de 2021.

² Beck, Ulrich. *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*. Editorial Paidós. México. 1986.

³ Moratto, Simón. *El principio de proporcionalidad en las restricciones al descubrimiento probatorio ante la CPI. Estado del arte, críticas y alternativas*. Derecho penal y criminología. 41, 111. (junio 2021).

⁴ Azaola, Elena. *Panorama general del sistema penitenciario en México*. Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social. México. 2021.

⁵ Urteaga, Eguzki. *La teoría de sistemas de Niklas Luhmann*. Contrastes. Revista internacional de filosofía, vol. XV (2010). Departamento de filosofía. Universidad de Málaga. Facultad de filosofía y letras. Málaga, España.

⁶ *Declaración de Doha sobre prevención del delito y justicia penal*. Marzo de 2015.

⁷ Polaino-Orts, Miguel. *El derecho penal del enemigo ante el estado de derecho*. Flores editor y distribuidor. Flores editores. México. 2013.

⁸ Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Morir de cárcel. Paradigmas jushumanistas desde el virus de nuestro tiempo*. Editorial Ediar. Buenos Aires, Argentina. 2020.

⁹ Carbonell Sánchez, Miguel. *Los derechos fundamentales en México*. 6ª edición. Editorial Porrúa. México. 2020.

¹⁰ Cossío Díaz, José Ramón. Voto en contra. Editorial Debate. México. 2019.

¹¹ Frattini, Eric. CIA. Historia de la compañía. Los servicios secretos. Editorial EDAF. México. 2005.

¹² 14º Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y justicia penal. *Informe del 14º congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y justicia penal. Viena Austria 2020.*

¹³ Champo Sánchez, Nimrod. *En la vinculación a proceso ¿se analiza la teoría del delito?* Revista Criminalia. Año LXXXVII. Diciembre de 2020.

¹⁴ García, José Luis Vicente. *Los criterios de oportunidad. Facultad discrecional del ministerio público.* Centro de investigaciones jurídicas de la Universidad Autónoma de Chiapas. México. 2021.

LOS DESAFÍOS DE LA AUTODETERMINACIÓN INFORMATIVA Y LA PROTECCIÓN DE LOS DATOS FRENTE A LAS TECNOLOGÍAS DISRUPTIVAS DE LA CUARTA REVOLUCIÓN INDUSTRIAL

THE CHALLENGES OF INFORMATIONAL SELF-DETERMINA- TION AND DATA PROTECTION AGAINST THE DISRUPTIVE TECHNOLOGIES OF THE FOURTH INDUSTRIAL REVOLUTION

Diana Elvira Meneses Saldaña *

Fecha de recepción: 15 de noviembre de 2020.

Fecha de aceptación y versión final: 09 de diciembre de 2020.

Resumen

En la última década se ha gestado una revolución tecnológica, que ha hecho posible transferir productos de investigación y desarrollos tecnosociales a diferentes campos de aplicación. En particular, la digitalización de las comunicaciones y el acceso masivo a internet, han puesto estos avances literalmente en la palma de nuestras manos, y aunque esto supondría buenas noticias para “la sociedad de la información”, la prontitud con que se hacen las innovaciones, conjugado con el alcance multitudinario que tienen estas tecnologías, apuntan a la necesidad de crear mecanismos formales basados en preceptos éticos y jurídicos que regulen y programen el impacto que los sistemas infotecnológicos tendrán en nuestra sociedad, especialmente en el mundo del Derecho como regulador de la conducta humana, que por primera vez, se enfrenta al dilema de regular la inteligencia artificial.

Abstract

In the last decade, a technological revolution has taken place, which has made it possible to transfer research products and technosocial developments to different fields of application. In particular, the digitization of communications and massive access to the internet, have put these advances literally in the palm of our hands, and although this would be good news for “the information society”, the speed with which innovations are made, combined with the massive reach that these technologies have, point to the need to create formal mechanisms based on ethical and legal precepts that regulate and program the impact that information technology systems will have on our society, especially in the world of Law as a regulator of the human behavior, which for the first time, faces the dilemma of the control of artificial intelligence.

Conceptos clave: Disrupción tecnológica, protección de datos, habeas data, macrodatos, transformación tecnosocial.

Keywords: Technological disruption, data protection, habeas data, big data, technosocial transformation.

* Estudiante del Doctorado en Derecho y Argumentación Jurídica del Centro de Investigaciones Jurídico–Políticas, División de Estudios de Posgrado de la Universidad Autónoma de Tlaxcala.

Introducción

Este artículo ofrece una invitación a reflexionar sobre el proceso mediante el cual, las nuevas tecnologías digitales asociadas a la Cuarta Revolución Industrial, retan a las principales instituciones sociales de nuestros tiempos, y especialmente al Derecho, como un sistema que típicamente entendemos cómo dado y estable.

Recordemos que, las instituciones son estructuras sociales compuestas por elementos culturales-cognitivos, normativos y regulatorios que, en conjunto con actividades y recursos vinculados, proveen estabilidad y significado a la acción social¹ y es precisamente su permanencia en el tiempo,

la circunstancia que aporta continuidad y permanencia a los procesos sociales.

Atendiendo a una lógica disciplinar, como de niveles de análisis, el presente documento se ha dividido en tres apartados. Una primera parte, establece el panorama de la Cuarta Revolución Industrial y el desarrollo disruptivo de la última década, incluyendo el punto de inflexión provocado por la pandemia del virus SARS-COV-2.

El siguiente apartado, se enfoca en la gobernanza de los sistemas tecnológicos, las políticas regulativas y el trabajo de las instituciones socio-económicas, que, en su conjunto, representan miradas analíticas y propositivas para responder a los avances de la tecnología.

Por último, se establecen los retos de la autodeterminación informativa en la adopción de las nuevas tecnologías de recopilación y tratamiento de los datos digitales, especialmente por sistemas de inteligencia artificial; las estimaciones de riesgo y vulnerabilidad de los usuarios de bienes y servicios tecnológicos, que por una parte permiten el acceso a puentes comunicativos sin precedentes, pero por otro lado, podrían manipular la toma de sus decisiones, modificando las bases democráticas y el estado de derecho, abriendo nuevos horizontes hacia la regulación de la tecnología de macrodatos, donde el rol protagónico hasta el momento, es de los desarrolladores y corporativos tecnológicos.

1. La disrupción tecnológica como transformación tecnosocial

A lo largo de la historia de la sociedad, la ciencia y la tecnología están estrechamente interrelacionadas, y los encuentros entre estos tres conceptos circundan las inmersiones de las denominadas revoluciones industriales², el sistema productivo y tecnológico, con sus efectos positivos y negativos, ha demandado la construcción de gobernanzas que faciliten el cambio del paradigma social, el proceso de legitimación de las nuevas tecnologías y la consecución de los derechos y principios sociales.

La disrupción, esta palabra tan en boga, se produce cuando una tecnología cambia las reglas del juego de un mercado. Disruptiva fue la imprenta

que extendió el saber de forma universal o el iPhone³, un miniordenador que se ha vuelto indispensable para millones de personas.

El término, Disrupción se utilizaba normalmente en el ámbito económico para definir un hecho que cambia las reglas de juego del mercado y afecta directamente a la sociedad. Sin embargo, en la década de los noventa comenzó a relacionarse con la tecnología, frente al aceleramiento de las innovaciones⁴.

Clayton M. Christensen en su obra *The Innovator's Dilemma*, analiza los efectos económicos de las tecnologías emergentes, y como trastocan toda una industria asentada y dominante. Donde empresas emergentes, acaban convirtiéndose en líderes y expulsando del mercado a otras que ya fueron dominantes y bien asentadas al no adaptarse e innovar.

De acuerdo con el autor Pinzón-Camargo, y basándose en las obras de Xu, Li, Lu, Saniuk, Grabowska, Gajdzik, Culot, Nassimbeni, Orzes, Sartor, Morrar, Arman y Mousa; la actual revolución tecnosocial comenzó en el año 2011 y es denominada “La era de los sistemas ciberfísicos o cuarta revolución industrial”, su elemento más destacado es la introducción de la inteligencia artificial en el sector industrial⁵.

La cuarta revolución, se fundó en la unificación de información heterogénea y conocimiento, el arribo de la industria 4.0 y las invenciones más recientes son la realidad aumentada, la analítica de datos e internet de las cosas.

Sus características distintivas son: la integración de procesos mediante la inteligencia artificial, la transparencia de la información en tiempo real, la representación virtual, la predictibilidad, modularidad y capacidad de reconfiguración de los sistemas artificiales con los biológicos.

Es el resultado de una confluencia de técnicas en las que, por primera ocasión, se explota de forma brutal el procesamiento de los flujos de información que se intercomunican, incluso de manera autónoma a través de dispositivos a lo largo de un proceso productivo que involucra o no, a seres humanos, y este tema, se torna especialmente polémico en la contracción de las fronteras del espacio físico, digital y biológico.

Estas transformaciones, están afectando aspectos de la cotidianidad, donde surgen nuevos dilemas de orden moral, jurídico y social, enmarcados por el determinismo tecnológico⁶, bajo el arquetipo de que la tecnología consecuentemente es sinónimo de un progreso positivo, lo cual, también ha sido señalado como una premisa que no siempre se cumple, un ejemplo muy preciso es el cambio climático por el uso indiscriminado de combustibles fósiles, y a partir de este punto, resulta pertinente analizar los beneficios y perjuicios de las innovaciones tecnosociales actuales.

Incluso, la velocidad de las transformaciones que se venían gestando en el marco de la cuarta revolución, se aceleraron sustancialmente por la contingencia sanitaria del virus SARS-COV-2⁷, y que de forma tropel, el punto de inflexión provocado por la pandemia ha derivado en la adaptación social inmediata en aspectos del día a día como la enseñanza-aprendizaje, el desempeño laboral, el consumo electrónico, la vigilancia estatal o corporativa y la infraestructura de conectividad y telecomunicaciones, develando la forma en que, especialmente internet, representa un reflejo de la sociedad, que demanda la formulación de políticas públicas en otra concepción de Estado y sus relaciones de poder en el ciberespacio, así como el diseño de marcos regulatorios que doten de una configuración de actuación a la disrupción de las herramientas infotecnológicas.

La pandemia por Covid-19, ha exigido a los gobiernos hacer un uso intensivo de la actividad regulatoria. A menudo, han tenido que hacerlo en contextos apremiantes que han llevado al límite la crisis de los modos tradicionales del sistema estatal, es decir, si la capacidad predictiva de la legislación era cuestionable en contextos complejos e inciertos, las circunstancias de la contingencia sanitaria han puesto a la regulación en jaque con estrépito.

La aplicación del derecho por las circunstancias de la pandemia, ha develado serias deficiencias en el impacto de las regulaciones sobre la autodeterminación informativa y el abanico de derechos circundantes, al aplicar con apremio diversas medidas para el desarrollo de las actividades prioritarias de salubridad, económicas y políticas, que consecuentemente abren una oportunidad para reconocer que la disrupción tecnológica trastoca al

Derecho y la actualización urgente de los operadores jurídicos es una condición prioritaria en la vigencia, validez y eficacia de las normas jurídicas.

2. La gobernanza global: políticas públicas y regulación de las tecnologías disruptivas

En el transcurrir de la humanidad, la regulación jurídica invariablemente marcha unos pasos atrás del desarrollo tecnológico, y hasta cierto punto, es necesario que las innovaciones mantengan un espectro de autonomía para el impulso científico-tecnológico, conllevando profundos retos jurídicos y éticos, que tendrán que atenderse en la marcha, para fortalecer nuestra cultura digital y el paradigma liberal y democrático del estado constitucional.

La irrupción de una tecnología abre un nuevo camino entre la monotonía de la tecnología dominante, que reconduce la investigación y el desarrollo hacia rutas no exploradas que desembocan en la aparición de nuevos productos y servicios.⁸

Por su propia naturaleza innovadora, las transformaciones tecnosociales no han encontrado una regulación en términos sustanciales, formales y procedimentales en el sistema jurídico, razón por la que la ética ha sido uno de los artífices para la alineación del diseño e implementación que los creadores y responsables han aprovechado para el impulso tecnológico y científico.

En el año 2017, en el seno del Foro Económico Mundial, se constituyó el Centro para la Cuarta Revolución Industrial, cuyo objetivo es reunir a gobiernos, compañías, universidades, sociedad civil y expertos, encaminados a reflexionar, diseñar estrategias y enfoques aplicados a la gobernanza del desarrollo tecnológico: ética, marco regulatorio y avances.

El punto de mira de este espacio, es trabajar sobre el impacto que la velocidad de estos cambios tiene en la vida de las personas, la economía y los gobiernos. Por tanto, los proyectos involucran a múltiples partes interesadas, incluyendo a los reguladores, para desarrollar marcos de gobernanza global armónicos y congruentes.

La labor de los legisladores es esencial para que el cambio tecnosocial se produzca de forma ordenada y dentro de los límites éticos y jurídicos que exige la implantación de los avances tecnológicos, los dirigentes políticos son los agentes que afianzarán la adaptación de la sociedad a esta realidad mutante a través de una regulación diseñada a partir de un nuevo relato. Pero, para ello, deben primero asimilar los fundamentos y el alcance de la transformación que se está produciendo y que va a cambiar profundamente nuestras vidas.

La gestión eficiente de los asuntos públicos exige que políticos, funcionarios profesionales y ciudadanos cambien su perspectiva, construyendo una nueva narrativa, haciendo suyo el objetivo de colectividad, actuando sobre bases fácticas como corresponsables del proyecto liberal⁹ que le dio vida a las instituciones gubernamentales actuales.

Hay una amplia coincidencia en demandar que los gobiernos y sus organizaciones lideren el cambio tecnosocial y se impliquen activamente en los procesos de transformación que la disrupción tecnológica hace posible.

Francisco Longo explica fielmente las razones por las que la gobernanza global de la tecnología disruptiva es una prioridad de la agenda mundial, bajo los siguientes argumentos¹⁰:

1) La necesidad de mejorar el diseño y la ejecución de las políticas públicas utilizando activamente la tecnología, para afrontar con éxito las cuestiones de alta complejidad de la agenda pública, como la pobreza, las migraciones o el calentamiento global. Esa naturaleza compleja remite de lleno al terreno de los poderes públicos.

2) Atender la calidad de servicio en un contexto de mayor exigencia de los usuarios, acostumbrados a relacionarse mediante mecanismos tecnológicamente avanzados y cada vez más críticos con la rigidez, lentitud e incomodidad de los procedimientos tradicionales de la Administración Pública, a través de los masivos procesos de desintermediación que la economía de plataforma ha traído consigo.

3) La posibilidad de obtener grandes beneficios en eficiencia y productividad, objetivo apremiante en un contexto de dificultades crecientes de

sostenibilidad de algunos servicios públicos. Ciñéndose a lo más básico, se ha calculado que el coste promedio de una transacción digital puede ser 20 veces inferior al de una por vía telefónica y 50 veces inferior al de una interacción cara a cara.

4) La activación del crecimiento económico mediante políticas que apliquen recursos a la innovación, ya sea invirtiendo directamente desde el sector público o mediante la creación de entornos regulatorios, ecosistemas científicos y tecnológicos, y otros mecanismos que estimulen y faciliten la inversión en tecnología de la Cuarta Revolución.

En resumen, la gobernanza para la innovación, no debe mantener los patrones tradicionales y, por el contrario, en algunos aspectos, deberá adoptar diversas particularidades de actuación entre gobernantes y gobernados, siendo un factor prioritario la transparencia y la rendición de cuentas.

Los mecanismos basados en la regulación de la conducta se minimizarán y las decisiones públicas compartidas con la agenda corporativa tecnológica se maximizarán, el diseño de los pesos y contrapesos institucionales del sistema gubernamental, es uno de los grandes desafíos que la disrupción tecnológica trae consigo.

3. Tecnologías disruptivas legales en el ámbito de la autodeterminación informativa y la protección de datos

El uso intensivo de macrodatos¹¹ presenta diversos desafíos frente a la transparencia, la responsabilidad jurídica y la intervención normativa, particularmente en relación con la privacidad, el acceso a la información y la autonomía en la toma de decisiones.

No en vano, los datos han sido calificados como la materia prima de la Cuarta Revolución Industrial, y algunos autores estiman que su valor es más alto que el del petróleo en nuestros días¹², se calcula que el volumen global de datos incrementará en un 530% para el año 2025, con respecto a 2018.

Un dato es una abstracción de una entidad del mundo real, con variables, características y atributos que denotan una contemplación que, dependiendo de su naturaleza, pueden vincular a individuos, y a partir de ello, agrupar un conjunto de información que constituya lo que se ha denominado como analítica de datos.

Ahora bien, debido a que los desarrollos se dieron sobre la base técnica, el derecho no llegó a interesarse en el tema hasta la llegada de la red global de información con sus propios desafíos técnicos como la jurisdicción y competencia, soberanía y seguridad jurídica, por tanto, la aparición de estos nuevos aspectos comenzó a suscitar preocupaciones sobre la aplicación de cuestiones regulatorias.

En ese sentido, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) ha señalado que la recolección y procesamiento de un cúmulo de datos dio lugar al surgimiento y fortalecimiento del ecosistema del análisis de macrodatos en el sector industrial, consolidando la economía digital y creando nuevos modelos sociales que impactan directamente en el comportamiento humano y consecuentemente, en la regulación jurídica.

El alcance de los datos puede tener una naturaleza personal como, aquellos asociados a una persona identificada o identificable respecto de sus hábitos, comportamientos o localización, y pueden tener una naturaleza institucional como los relativos a la salud pública, el desarrollo profesional, académico y la recaudación tributaria, de cualquier índole, los usuarios son los agentes que proporcionan los datos para su recolección y procesamiento, por ejemplo en sistemas de inteligencia artificial, donde podrían vulnerarse diversos aspectos que pongan en riesgo algunos derechos como la integridad, propiedad y seguridad de las personas.

Así, y debido al ingente volumen de información personal sometido a diversos tratamientos con diferentes herramientas tecnológicas, los usuarios de servicios digitales, son sujetos a la extracción de diferentes evaluaciones y consideraciones sobre su ser mismo como consecuencia de dicho tratamiento, que deriva en acciones y decisiones del tratamiento de la información personal que significativamente es recopilada y evaluada bajo

ciertos criterios que el usuario desconoce y que inclusive no es de su interés, empero, son examinados para un sinnúmero de actividades corporativas, económicas, políticas, financieras, etcétera.

El usuario de servicios en el mundo físico, hasta cierto punto y con cierta facilidad, puede controlar la expansión de su información personal; sin embargo, actualmente, esto se torna cada vez más difícil y, con ello, el perfil y la caracterización que en el futuro persigan a un individuo, incluso un menor de edad que no otorgó sus datos en la primera fase de su vida, se convierten en un tema de arduo control jurídico.

Logrando que la información personal se pueda tratar, comunicar, conservar y manipular de múltiples maneras, y donde la concepción cerrada y estática del derecho debe pasar a una abierta y dinámica que implique el reconocimiento no sólo del derecho de autodeterminación informativa, sino, sobre todo, a la necesidad de nuevos mecanismos de protección ante la vorágine tecnológica de los próximos años.

Y aunque la autodeterminación informativa es un tema de reciente estudio por los operadores jurídicos, la tendencia a proteger la privacidad se fortaleció a lo largo del siglo XX, y en la década de los años noventa, surgió la preocupación por la posible manipulación de los datos y su indebido procesamiento, especialmente por el uso masivo de las tecnologías de la información y la comunicación que internet trajo consigo.

En efecto, se llegó a la conclusión de que un tratamiento indebido de los datos personales podría conducir a la segmentación y discriminación de ciertos sectores de la población, teoría que fue aceptada por los países de corriente continental europea, y que los llevó a lograr avances legislativos y jurisprudenciales respecto del reconocimiento de la protección de los datos personales desde la perspectiva de la intimidad, y en particular, a establecer un régimen especial en materia de *habeas data*¹³.

Con la sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán (en alemán, *Bundesverfassungsgericht*) de 1983, sobre la licitud del tratamiento de los datos del censo de un ciudadano alemán, se abrió un nuevo e importante camino, al menos doctrinal, en la protección de datos en Europa.

En esta sentencia se asienta el conocido principio a la autodeterminación informativa que señala que el titular de los datos es el único que tiene derecho a decidir cómo, cuándo, dónde y por quién se tratarán sus datos.

Posteriormente, el Consejo de Europa reconoció su carácter de Derecho Humano, razón por la cual, la Directiva 95/46/CE de 1995, del Parlamento Europeo, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos, debió ser armonizada con los derechos constitucionalmente reconocidos en cada Estado, que recientemente, por conducto del Reglamento General de Protección de Datos de 2016 se decantó por una protección de datos personales basada en la ponderación y el equilibrio de otros derechos reconocidos.

En América Latina, la doctrina señala que la Corte Interamericana de Derechos Humanos no se ha pronunciado de manera específica en ningún caso respecto del derecho a la protección de datos personales, a pesar de que un gran número de países sujetos a su jurisdicción lo contemplan dentro de su propio derecho interno con el carácter de derecho humano.¹⁴

No obstante, la Corte Interamericana reconoció en el artículo 11 de la Convención, la importancia del derecho a la privacidad al señalar que se “prohíbe toda injerencia arbitraria o abusiva en la vida privada de las personas, enunciando diversos ámbitos de la misma, como la vida privada de sus familias, sus domicilios o sus correspondencias”.

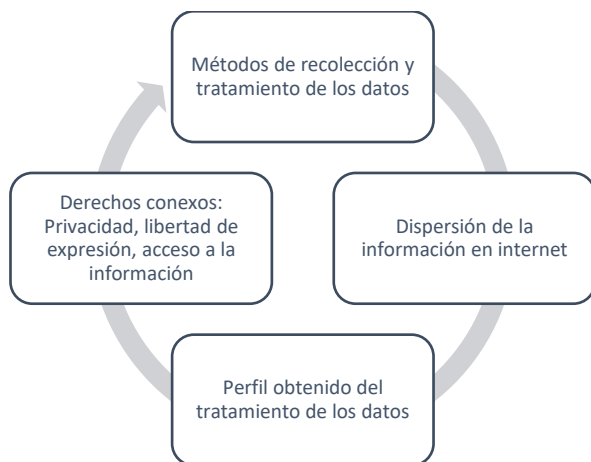
La declaración de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1/20 de fecha 09 de abril de 2020, titulada Covid-19 y Derechos Humanos: los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de derechos humanos y respetando las obligaciones internacionales, establece que “el acceso a la información debe ser veraz y fiable, deben disponerse las medidas adecuadas para que el uso de tecnología de vigilancia y que no implique una injerencia desmedida y lesiva para la privacidad, la protección de datos personales, y a la observancia del principio general de no discriminación”.

En México, el derecho a la protección de los datos personales fue reconocido constitucionalmente hasta 2009, con la reforma a los artículos

6° y 16 de la Constitución, en los cuales, se incorpora al catálogo de derechos fundamentales, que la información que se refiere a la vida privada y los datos personales será protegida en los términos y las excepciones que fijen las leyes.

A nivel federal, para el sector privado, tratándose de corporativos tecnológicos, la protección de datos personales está garantizada mediante la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares (LFGPPP) y su normatividad accesoria, en las cuales se contemplan los principios, procedimientos y tutela bajo los derechos denominados ARCO¹⁵.

Es importante distinguir que el derecho a la protección de datos personales, es un derecho independiente y autónomo, de tercera generación, vinculado con otros aspectos interrelacionados:



Fuente: Elaboración propia

Esta categoría de derechos se distingue, porque surgen como respuesta a la evolución tecnosocial. Asimismo, otro atributo que presentan es que, para que puedan ser ejercidos y respetados, es necesario el esfuerzo conjunto de todos los actores de la sociedad; esto es, el Estado, el individuo, y las entidades públicas y privadas. Por esto, su realización depende de un

cierto consenso social que lleve a la aceptación de nuevos marcos regulatorios.

Es importante precisar que los datos digitales son objetos, porque existen en la naturaleza, y a pesar de ser incorpóreos e imperceptibles, por sus características de acceso técnico, en su diseño pueden llegar a ser apropiables.

Son susceptibles de integrar el patrimonio de una persona, en razón a que se puede ligar su titularidad a través de metadatos o autenticaciones electrónicas. Incluso si el titular no es identificable, se entiende comprendido dentro del patrimonio de una persona y puede ejercer su derecho de dominio sobre el bien digital en cualquier momento.

Son, además, derechos colectivos o comunitarios porque son vinculantes con otros derechos como son la autonomía, la paz, el desarrollo social y la democracia, que se encuentran, internacionalmente, en distintas etapas de desarrollo.

En definitiva, son prerrogativas que por un lado implican una defensa frente al estado y, por otro, se pueden demandar ante el mismo, y encajan en el concepto moderno de “calidad de vida”¹⁶.

La implementación de mecanismos para la predicción del comportamiento humano a partir de la ciencia de datos resulta todo un reto para el Derecho, en cuanto que de cierta forma desnaturaliza el carácter garantista del Estado de Derecho y deja en extrema vulnerabilidad a los usuarios de servicios digitales, frente al inmenso poder corporativo-tecnológico¹⁷, hasta el punto de verse amenazado el sistema democrático.

Hay una dicotomía en la naturaleza jurídica de la protección de datos, ya que el derecho europeo lo ha enmarcado como un derecho fundamental, mientras que el derecho estadounidense ha preferido abordar una postura comercial desde el derecho de protección al consumidor.

La responsabilidad algorítmica cuando se da el tratamiento de datos personales, forma parte de la regulación estatal en los mecanismos de protección de datos personales, en aquellos casos que afectan la autonomía

personal en la toma de decisiones o bajo la impugnación de las decisiones automatizadas con consecuencias legales significativas.

Cabe precisar que la regulación algorítmica no es un producto de la Cuarta Revolución, su origen se remonta a 1940 con la aparición de máquinas informáticas utilizadas en la solución de ecuaciones diferenciales, y como consecuencia de la automatización de procesos de la Segunda Guerra Mundial, que permitió que los desarrolladores lograran crear máquinas capaces de almacenar datos, procesar información, tomar decisiones lógicas sin requerir de la intervención humana¹⁸.

El rol que ocupaba en esta etapa del desarrollo algorítmico el Derecho, consistía en ser una guía de parámetros de justicia, mediante los cuales las autoridades y su poder de intervención social tenderían al ideal de relacionamiento entre la tecnología y la sociedad.

Actualmente, la agenda del Derecho se ha vuelto mínima, más bien, se compone de obligaciones especiales para los desarrolladores a través de códigos de actuación corporativos internos; aceptar la responsabilidad por las fallas en los programas, respetar la privacidad, prevenir las amenazas en ciberseguridad, reducir la brecha frente aquellos que no han podido acceder a esta tecnología y desarrollar una legislación interna mediante protocolos, directrices y buenas prácticas, especialmente en términos de propiedad intelectual, se han convertido en una atribución directa de los corporativos tecnológicos, desplazando la función legislativa estatal.

Bajo estas condiciones, la ética digital se ha enmarcado como la estrategia reguladora de la computación y la información, uno de cuyos principales exponentes ha sido Luciano Floridi.

Para Floridi la sociedad de la información es una aceleración extraordinaria del poder tecnológico con cambios sociales importantes, en donde la omnipresencia total y el alto poder de las tecnologías de la información merecen un análisis en torno a la infosfera, definida como:

Entorno informativo constituido por todos los procesos, servicios y entidades de información, incluyendo por tanto los agentes

de información así como sus propiedades, interacciones y relaciones mutuas [...] En muchos aspectos, no somos entidades autónomas, sino más bien organismos de información o informantes interconectados, que comparten con los agentes biológicos y los artefactos de ingeniería un medio ambiente global hecho en última instancia de información¹⁹.

Una interesante discusión jurídica entre el juez Frank Easterbrook y el profesor Lawrence Lessig en torno a la naturaleza de las leyes que gobiernan el ciberespacio, sugiere que el ciberespacio no requería leyes especiales en la medida en que le era aplicable un conjunto de reglas y principios jurídicos generales para resolver las diferentes problemáticas que se suscitaban; Lessig refutó a Easterbrook argumentando que el ciberespacio tiene una naturaleza especial que requiere leyes igualmente especiales y nuevos instrumentos regulatorios diseñados para gobernarlo. Con ello apareció, entonces, la distinción entre “espacio real” y “ciberespacio”, lo que devino en un nuevo régimen de recopilación de datos que desafiaba la privacidad.²⁰

4. Los retos para la regulación jurídica de la tecnología: fundamentos de la autodeterminación informativa y la protección de los datos

Es menester repensar en el diseño de mecanismos de protección jurídica en los que el titular otorga su consentimiento para que sus datos sean procesados automáticamente por sistemas de recolección y tratamiento, especialmente bajo esquemas de inteligencia artificial.

Una alternativa por parte de los desarrolladores es implementar la privacidad por diseño, de acuerdo con la cual, no basta con determinar medidas técnicas y organizacionales para proteger la privacidad, sino que un sistema coherente en tecnología, debe protegerla eliminando o reduciendo al mínimo el uso de datos personales e, incluso, evitando un procesamiento innecesario o no deseado de los mismos.

En aras de mantener un orden en la disrupción, no se debe confundir el cumplimiento de las obligaciones legales que imponen los ordenamientos jurídicos a los responsables y encargados del tratamiento automatizado de datos personales, con otras bases de control social (ética, moral), ya que, si bien es cierto, la legislación en materia de acceso a la información, protección de datos personales, rendición de cuentas y fiscalización determina especialmente la forma en que se deberán recopilar, tratar, cancelar u oponerse a su tratamiento; la realidad es que al hacer uso de servicios de telecomunicaciones, bancarios, financieros, educativos y de entretenimiento, el usuario pierde el control de su información y es cuando la norma pierde su eficacia frente al sistema tecnosocial arrollador, donde el usuario pierde toda probabilidad de mantener un seguimiento de su información personal, familiar, financiera, política, etcétera.

Resulta muy interesante que los gobiernos y los corporativos tecnológicos hayan revivido el debate entre la ética y el derecho a efectos de crear estándares de conducta para el desarrollo, diseño y operación de sistemas computacionales complejos que operan más allá de cualquier orden jurídico, y aunque no se trata de una discusión nueva, pues desde tiempos inmemoriales la doctrina y la jurisprudencia se han ocupado de diferenciar el derecho de la moral. Actualmente, este debate ha tomado un matiz distinto por el aceleramiento de la innovación tecnológica, cabe destacar, la observancia de normas éticas y jurídicas como mecanismos de coerción para los innovadores tecnológicos.

Aunado a lo anterior, los operadores jurídicos en el ámbito jurisdiccional, han resuelto casos difíciles a partir de la consideración ponderativa de principios jurídicos, y aquí bien podríamos evocar los planteamientos de Ronald Dworkin sobre la estructura de la ética y la moral, a través de la moralidad personal, de donde surge la moralidad pública y, de ella, el derecho²¹, así también la teoría de la Argumentación Jurídica bajo la fórmula del peso de Robert Alexy, que se concreta en tres variables: 1) el grado de afectación de los principios en el caso concreto; 2) el peso abstracto de los principios relevantes; y 3) la seguridad de las apreciaciones empíricas. Alexy, además, le atribuye a la afectación de los principios un determinado

valor numérico, una medida de peso. La divide de acuerdo a cómo se percibe la carga: leve, media o intensa²².

Ambos teóricos del Derecho aciertan en presentar un cambio del paradigma legalista, en el que la norma jurídica únicamente se subsume ante las premisas vinculadas con el supuesto; ante las transformaciones tecnológicas de la Cuarta Revolución, el Derecho debe realizar un ejercicio de ponderación de principios, basado en la realidad social y contextual del desarrollo infotecnológico.

Ahora bien, para Lon Fuller las disposiciones jurídicas de naturaleza legislativa, administrativa o judicial cumplen tres funciones esenciales: probatoria, cautelar y canalizadora.

Cuando la función cautelar de las formas jurídicas es extrapolada a la regulación normativa, sirve para prevenir que el legislador expida una ley sin el debido cumplimiento de los requisitos contenidos en una obligación legal de acuerdo con los requerimientos formales, procedimentales y sustanciales previstos en un ordenamiento jurídico específico²³.

De esa manera, cuando un gobierno decide, en ejercicio de su jurisdicción y competencia, expedir o adoptar un protocolo ético de acuerdo con los requisitos sustanciales y procedimentales establecidos en una Constitución, se trata simplemente de una norma jurídica con la etiqueta de “ética digital”.

Otra cuestión muy distinta, es el lugar que ocupará dicha disposición dentro del espectro normativo *soft law-hard law*²⁴, y bajo estas condiciones, la legalización tiende hacia la compensación de su eficacia coercitiva, pues los estados se encuentran con el dilema de la aplicación de la legalización dúctil, por ejemplo, al atenuar los términos de operación de las empresas tecnológicas en su territorio, con los costos que en su soberanía conlleva.

Por otra parte, los actores corporativos generalmente buscan acuerdos legales estrictos que reflejen sus intereses y valores particulares en la interacción usuario-desarrollador, y de forma contraria, entre estados y corpo-

raciones opera un entorno de soft-law, para navegar en la regulación jurídica estatal, siendo las empresas tecnológicas las que manejan el timón de la fuerza coercitiva de la legislación.

En lo tocante al criterio de fuerza vinculante, el incumplimiento de un estándar de conducta ético por un sujeto que diseñe, desarrolle u opere un sistema de recolección y tratamiento de datos personales únicamente podrá devenir en consecuencias reputacionales, que ocasionalmente también puede derivar en consecuencias económicas para los corporativos tecnológicos, y las sanciones jurídicas son el último eslabón de incidencia coercitiva.

Por tanto, las autoridades estatales han cedido suficiente terreno en la gobernabilidad tecnosocial y son los corporativos, los líderes en la implementación y observancia de los estándares o protocolos de ética digital, y es así que posteriormente los gobiernos adoptan los recursos normativos para adecuarlos al derecho positivo, en ausencia de normas jurídicas que establezcan los parámetros de actuación.

De esa manera, la ética digital se erige en un importante instrumento para fortalecer los cimientos de una comunidad que respeta profundamente la privacidad y la autonomía de las personas, y el compromiso de las organizaciones públicas y privadas de desarrollar e implementar modelos de decisión que incorporen el procesamiento automatizado de datos que sean consistentes con ello²⁵.

La implementación de un marco jurídico de autodeterminación informativa requiere articular un enfoque sistemático que involucre la privacidad por diseño, el derecho de los usuarios y las buenas prácticas en el manejo de la información personal desde la arquitectura tecnológica.

Sin embargo, a pesar de los avances en términos de protección de datos personales amparados en las diversas legislaciones nacionales e internacionales, no se ha logrado la adopción generalizada de protección del habeas data, puesto que, desde el análisis económico, este tipo de prácticas no ofrece una ventaja competitiva para las compañías tecnológicas que hacen uso de nuestros datos para ofrecer productos y servicios personalizados y atractivos de acuerdo con nuestros perfiles de consumo.

De allí que la doctrina se refiera a dos clases de privacidad por diseño: una que respeta la privacidad y otra que preserva la privacidad: la primera indica que se recopilan datos personales, pero con notificaciones, opciones y accesos mejorados en el control individual; mientras que la segunda presenta acciones limitadas de control, pero implementa protocolos criptográficos y otras medidas de seguridad²⁶

La adopción de un enfoque de privacidad es diferente según se trate de la perspectiva del sector privado o del gubernamental. Las empresas privadas se concentran en construir medidas tecnológicas y organizativas, en las que el software es sometido a monitoreo y auditorías técnicas y de diseño; sin embargo, desde el componente gubernamental las acciones de privacidad conllevan una protección de carácter específico, en el que las salvaguardas deben cumplir con las evaluaciones del impacto social en la privacidad.

Las empresas privadas acogen estándares éticos por la sanción reputacional de la que pueden ser objeto, de forma que es la autorregulación la que mantiene las buenas prácticas. Sin embargo, cuando el Estado interviene y convierte estas iniciativas en texto normativo, se convierten en prescripciones normativas, y la realidad es que así ha funcionado el abanico de creaciones jurídicas de las tecnologías disruptivas.

De acuerdo con lo expuesto, la autodeterminación informativa es un derecho ubicado en una intersección en la que confluyen principios éticos y normas jurídicas que persiguen proteger un doble propósito: privacidad y autonomía personal en la manera en que tomamos nuestras decisiones de manera libre e informada, sin injerencias externas.

5. Conclusiones

El hecho de fortalecer la recolección y el tratamiento de datos digitales mediante mecanismos de control operativo corporativo es un paso importante en la protección de los datos personales, basado en principios éticos, como son la transparencia del tratamiento de datos, la responsabilidad del desarrollador, el control y la explicabilidad del tratamiento, sin embargo,

es prioritario que los gobiernos establezcan al unísono, garantías jurídicas constitucionales ajustadas a la realidad tecnosocial.

La legalidad, privacidad y ética digital dentro de las operaciones y arquitectura de los bienes y servicios digitales deberá ajustarse en todo momento a los principios democráticos y del estado de Derecho, ya que estos factores son esenciales para la funcionalidad del mercado global y de la propia convivencia humana moderna.

De esa manera, la autodeterminación informativa debe compenetrarse en la innovación tecnológica, con el fin de garantizar que los parámetros éticos y jurídicos de las herramientas infotecnológicas respeten la privacidad y la autonomía de las personas para la toma de sus decisiones, sin ningún tipo de injerencia externa ante la recolección y tratamiento de nuestros datos.

En esencia, los métodos, las prácticas y los protocolos que los responsables y encargados decidan diseñar e implementar de manera voluntaria y espontánea a efectos de fortalecer los cimientos de la disrupción tecnológica deberán garantizar profundamente la autodeterminación de las personas.

Sin embargo, esto no es suficiente, las instituciones estatales deberán efectuar por una parte medidas tendientes al seguimiento del tratamiento de datos, el grado de intervención humana y la responsabilidad a los desarrolladores por uso indebido o excesivo de la información de las personas, de acuerdo con los niveles de riesgo en su manipulación y por otra parte, empoderar al titular de los datos respecto del control de la forma, la naturaleza y la extensión en que autoriza su uso.

En tal sentido, la investigación reflexiona respecto de la importancia de adecuar el desarrollo conceptual de las tecnologías emergentes al marco de la Cuarta Revolución industrial, para que el ordenamiento jurídico se encamine a la adecuación normativa de estas nuevas categorías sui géneris, por no coincidir con ninguna de las figuras jurídicas existentes mediante una adecuación normativa, con el objetivo firme de enfocarnos en soluciones contextuales mediante métodos de integración jurídica.

Fuentes de Información

- ABBOTT, Kenneth W. y DUNCAN Snidal, *Hard and Soft Law in International Governance*, International Organization, Massachusetts Institute of Technology, vol. 54, 3, USA, 2000.
- BBC News Mundo, Qué es la "economía de la atención" y por qué tu smartphone te hace parte de ella, Disponible en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-45509092> Fecha de consulta: 13 septiembre 2018.
- CABALLERO, Martínez Jhon Caballero, *Conceptualización y aproximación a las nuevas categorías jurídicas del panorama digital, Disrupción tecnológica, transformación digital y sociedad*, colección “Así habla el Externado”, Derecho, innovación y Tecnología: Fundamentos para el mundo digital Tomo III, Colombia, 2021.
- CASTAÑO, Daniel, *La gobernanza ética de los sistemas de Inteligencia Artificial, Disrupción tecnológica, transformación digital y sociedad*, colección “Así habla el Externado” Derecho, innovación y Tecnología: Fundamentos para el mundo digital, Tomo III, Colombia, 2021.
- CHRISTENSEN, Clayton M., *The Innovator’s Dilemma*, Harper, USA, 2011.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos vigente, Disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf_mov/Constitucion_Politica.pdf, fecha de consulta: 15 de mayo de 2021.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina*, 2011.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Declaración de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1/20*, 09 de abril de 2020.
- CUERVO-ARANGO, María Amerigo, *La calidad de vida, Juicios de satisfacción y felicidad como indicadores actitudinales de bienestar*, *Revista de Psicología Social* 8(1), Universidad Complutense de Madrid, España, 1993, pp. 101-110. Disponible en: http://sgpwe.izt.uam.mx/files/users/uami/love/Gestion_12P/111782_calidad_de_vida_conceptos_sociologiaa_o_psicologia.pdf Fecha de consulta: 10 de abril de 2021.
- DÍAZ, Rodríguez Brenner Fabián, *Análisis de la ponderación desde la perspectiva de un caso*, *Revista San Gregorio*, 2018, p. 71.
- DWORKIN, Ronald, *Law’s empire*, Cambridge, Harvard University Press, USA, 1986.

- EASTERBROOK, F. H., Cyberspace and the Law of the Horse, University of Chicago Legal Forum, vol. 207, 1996, Disponible en: http://chicagounbound.uchicago.edu/journal_articles Fecha de consulta: 02 de marzo de 2021.
- FALCÓN, G., Ponderación y constitución viviente como expresión del mismo fenómeno constitucional: la experiencia norteamericana, Revista Española de Derecho Constitucional, 107, España, 2016, 41-74, disponible en: www.worldcat.org Fecha de consulta: 15 de mayo de 2021.
- HARARI, Yuval Noah, 21 lecciones para el siglo XXI, Debate, 2019.
- HENAO, Juan Carlos y PINZÓN CAMARGO Mario A., Disrupción tecnológica, transformación digital y sociedad, colección “Así habla el Externado” ¿Cuarta revolución industrial? Contribuciones tecnosociales para la transformación social, Tomo I, Colombia, 2021.
- JOYANES Aguilar, L., Industria 4.0: la cuarta revolución industrial, Marcombo, España, 2017.
- LONGO, Francisco, Gobernanza pública para la innovación, Revista del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo, Reforma y Democracia, No. 76, Venezuela, marzo 2020, pp. 39-56, ISSN 1315-2378.
- MOORE, J., Which sectors are most vulnerable to cyber-attacks?, Ifsec Global, USA, 2020, Disponible en: <https://www.ifsecglobal.com/cyber-security/which-sectors-are-most-vulnerableto-cyber-attacks/> Fecha de consulta: 15 de mayo de 2021.
- PARLAMENTO EUROPEO, Directiva 95/46/CE, Diario Oficial número L del de noviembre de 1995, pp. 0031-0050. 281 23.
- PARLAMENTO EUROPEO, Macrodatos: definición, beneficios, retos (infografía), actualización: 26 de marzo de 2021. Disponible en: <https://www.europarl.europa.eu/news/es/headlines/society/20210211STO97614/macrodatos-definicion-beneficios-retos-infografia> Fecha de consulta: 20 de junio de 2021.
- PARLAMENTO EUROPEO, Reglamento 2016/679, eur-lex.europa.eu, 2016. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/txt/?uri=celex:32016R0679> Fecha de consulta: 19 de mayo de 2021.
- RONCALLO LEÓN, Sergio, Marshall McLuhan: la posibilidad de re-leer su noción de medio. Revista Signo y Pensamiento vol. 54, pp. 362-368, Colombia, enero - junio 2009.

RUBINSTEIN, I., *Regulating Privacy by Design*, Berkeley Technology Law Journal, volumen 26, USA, 2012. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1837862 Fecha de consulta: 02 de abril de 2020.

SCOTT, W. R., *Institutions and organizations*, SAGE, Segunda edición, 2001.

SCHWAB, Klaus, *La cuarta revolución industrial*, Editorial Debate, España, 2017, p. 24.

UPEGUI, Mejía, J. C., *Habeas data: fundamentos, naturaleza, régimen*, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2008.

VELASCO, Caballero, F., *Derecho público “más” derecho privado*, Marcial Pons, España, 2014.

¹ SCOTT, W. R., *Institutions and organizations*, SAGE, Segunda edición, 2001, p. 48.

² Una revolución industrial trata de explicarse como un fenómeno asociado con la transformación de los sistemas productivos a partir de la implementación de la más reciente ola de innovaciones tecnocientíficas, que consecuentemente traen aparejado un cambio social.

³ De acuerdo con una nota del periódico digital BBC News Mundo. Consultamos el móvil unas 150 veces al día. Apple determina que desbloqueamos el iPhone unas 80 veces. Y si es un Android, el número aumenta hasta 110. Consultado en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-45509092> fecha de consulta: 13 de noviembre de 2018.

⁴ Cfr. CHRISTENSEN Clayton M., *The Innovator's Dilemma*, Harper, USA, 2011.

⁵ HENAO Juan Carlos y PINZÓN CAMARGO Mario A., *Disrupción tecnológica, transformación digital y sociedad*, colección “Así habla el Externado” ¿Cuarta revolución industrial? Contribuciones tecnosociales para la transformación social, Tomo I, Colombia, 2021, p. 48.

⁶ La teoría del determinismo tecnológico sostiene que la tecnología, específicamente los medios, forman el pensamiento de los individuos, cómo sienten, actúan, y cómo las sociedades se organizan y operan. McLuhan afirma que los medios son la esencia de la vida civilizada. Que las formas dominantes de los medios dados en cualquier tiempo en la sociedad forman y determinan los sentidos de los humanos y dan la base para la organización social y la vida colectiva.

RONCALLO LEÓN, Sergio, Marshall McLuhan: la posibilidad de re-leer su noción de medio. Revista Signo y Pensamiento vol. 54, pp. 362-368, Colombia, enero - junio 2009.

⁷ El Covid-19 hasta cierto punto se ha convertido en un instrumento de medición para determinar nuestra preparación a nivel privado y público en la ruta de la transformación digital. Las diferentes organizaciones han tenido que responder de manera inmediata desarrollando e implementando soluciones digitales, automatizando procesos y soluciones en la nube; así como dándole facilidades a sus colaboradores para realizar trabajo remoto y de ese modo resguardar su integridad y aquellas que no lo han hecho, se han visto forzadas a suspender su operación.

⁸ Como ejemplo de la evolución de la inteligencia artificial, puede destacarse que desde 1948 se presentaron los primeros proyectos sobre redes neuronales, que terminaron fundando las bases de la inteligencia artificial en 1960. Fue entonces cuando apareció el *machine learning* que, con el avance en materia técnica, ha permitido alcanzar nuevos adelantos como el *Deep learning neural networks*, la *machine vision* y el procesamiento del lenguaje natural.

⁹ El relato liberal celebra el valor y el poder de la libertad. Afirma que durante miles de años la humanidad vivió bajo regímenes opresores que otorgaban al pueblo pocos derechos políticos, pocas oportunidades económicas o pocas libertades personales, y que restringían sobremanera los movimientos de los individuos, ideas y bienes. Pero el pueblo luchó por su libertad, y paso a paso esta fue ganando terreno, logrando la consolidación de regímenes democráticos. Cfr. HARARI, Yuval Noah, 21 lecciones para el siglo XXI, Debate, 2019.

¹⁰ LONGO Francisco, Gobernanza pública para la innovación, Revista del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo, Reforma y Democracia, No. 76, Venezuela, marzo 2020, pp. 39-56, ISSN 1315-2378.

¹¹ Los macrodatos, también conocidos por su nombre en inglés “big data” o por la expresión “inteligencia de datos”, hacen referencia a conjuntos de datos de tamaño tan grande y complejo y de tal variabilidad que precisan de herramientas tecnológicas, como la inteligencia artificial, para procesarlos.

PARLAMENTO EUROPEO, Macrodatos: definición, beneficios, retos (infografía), actualización: 26 de marzo de 2021. Fecha de consulta: 20 de junio de 2021. Disponible en:

<https://www.europarl.europa.eu/news/es/headlines/society/20210211STO97614/macrodatos-definicion-beneficios-retos-infografia>

¹² SCHWAB Klaus, La cuarta revolución industrial, Editorial Debate, España, 2017, p. 24.

¹³ El habeas data es un derecho disponible y, por ende, las personas pueden dar su autorización explícita para que terceros responsables o encargados recopilen y traten sus datos personales.

¹⁴ CASTAÑO Daniel, La gobernanza ética de los sistemas de Inteligencia Artificial, Disrupción tecnológica, transformación digital y sociedad, colección “Así habla el Externado” Derecho, innovación y Tecnología: Fundamentos para el mundo digital, Tomo III, Colombia, 2021, p. 83.

¹⁵ La Ley (LFGPPP) proporciona a toda persona una serie de poderes jurídicos frente al responsable (derechos ARCO), los cuales, por una parte, garantizan al titular el poder de decisión y control que tiene sobre la información que le concierne y, en consecuencia, su derecho a la protección de sus datos personales. En segundo término, actúan como complemento del deber del responsable de cumplir con las obligaciones que le son impuestas en la Ley, permitiéndole identificar aquellos casos en los que el tratamiento pudiera no resultar ajustado a los mismos. Así, la Ley reconoce y desarrolla los siguientes derechos:

- Derecho de acceso.
- Derecho de rectificación.
- Derecho de cancelación.
- Derecho de oposición.

¹⁶ El concepto de Calidad de vida, es complejo y de difícil definición operativa. La calidad de vida, como decía Campbell es una entidad vaga y etérea, algunas cosas sobre las que muchas personas hablan, pero de las que nadie sabe muy claramente qué hacer con ellas”. En cualquier caso, se ha definido como un constructo que expresa una valoración subjetiva del grado en que se ha alcanzado la satisfacción vital; o como el nivel de bienestar personal percibido. Ciertamente, la mayoría de los autores consideran que esta valoración subjetiva está estrechamente relacionada con indicadores “objetivos” biológicos, psicológicos, y sociales. Y que forman parte del constructo social. *Cfr.* CUERVO-ARANGO María Amerigo, La calidad de vida, Juicios de satisfacción y felicidad como indicadores actitudinales de bienestar, Revista de Psicología Social 8(1), Universidad Complutense de Madrid, España, 1993, pp. 101-110. Disponible en:

http://sgpwe.izt.uam.mx/files/users/uami/love/Gestion_12P/111782_calidad_de_vida_conceptos_sociologiaa_o_psicologia.pdf Fecha de consulta: 10 de abril de 2021.

¹⁷ CABALLERO Martínez Jhon Caballero, Conceptualización y aproximación a las nuevas categorías jurídicas del panorama digital, Disrupción tecnológica, transformación digital y sociedad, colección “Así habla el Externado”, Derecho, innovación y Tecnología: Fundamentos para el mundo digital Tomo III, Colombia, 2021, p. 143.

¹⁸ CASTAÑO Daniel, op. cit., p. 84.

¹⁹ Ibidem, p. 100.

²⁰ EASTERBROOK, F. H., Cyberspace and the Law of the Horse, University of Chicago Legal Forum, vol. 207, 1996, Disponible en: http://chicagounbound.uchicago.edu/journal_articles Fecha de consulta: 02 de marzo de 2021.

²¹ DWORKIN, Ronald, *Law's empire*, Cambridge, Harvard University Press, USA, 1986.

²² DÍAZ, Rodríguez Brenner Fabián, Análisis de la ponderación desde la perspectiva de un caso, *Revista San Gregorio* 2018, p. 71.

²³ CASTAÑO Daniel, *op. cit.*, p 104.

²⁴ ABBOTT, Kenneth W. y DUNCAN Snidal, *Hard and Soft Law in International Governance*, International Organization, Massachusetts Institute of Technology, vol. 54, 3, USA, 2000, p. 455.

²⁵ CASTAÑO Daniel, *op. cit.*, p 104.

²⁶ RUBINSTEIN, I., *Regulating Privacy by Design*, *Berkeley Technology Law Journal*, volumen 26, USA, 2012. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1837862

NO DEJAR A NADIE ATRÁS. ¿UNA UTOPIA EN LA LEGISLACIÓN MIGRATORIA DE MÉXICO?

NO ONE WILL BE LEFT BEHIND. AN UTOPIA IN THE IMMI- GRATION LAW IN MEXICO?

Elida Beatriz Calixto Toxqui*
Genaro Salvador Carnero Roque**

Fecha de recepción: 11 de noviembre de 2020.

Fecha de aceptación y versión final: 10 de diciembre de 2020.

Resumen

Ante la coyuntura migratoria que se ha presentado a nivel internacional, los Estados miembros de la Organización de las Naciones Unidas han buscado dar respuesta al fenómeno de la movilidad humana, por lo que la adopción de la Agenda 2030 —en donde se establece la promesa de *No dejar a nadie atrás* y la adhesión del Pacto Mundial para una Migración Segura, Ordenada y Regular por parte de la comunidad internacional—, lleva consigo el buscar una cooperación intergubernamental que dé respuesta de una manera holística al problema de la migración.

La adopción del Estado mexicano de ambos documentos, ha dado pie a crear reformas en la Ley de Migración, en especial al rubro referente a los niños, niñas y adolescentes migrantes, mismas que buscan ser acordes a lo establecido por dichos documentos internacionales, a fin de dar cumplimiento a los compromisos adquiridos ante la comunidad internacional de dar una respuesta humanitaria a la crisis migrante.

Abstract

Faced with the migratory situation that has arisen at the international level, the member states of the United Nations Organization have sought to respond to the phenomenon of human mobility, therefore, the adoption of the 2030 Agenda—in which the promise is established of *Leaving no one behind* and the adherence to the Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration by the international community—, search for intergovernmental cooperation that responds in a holistic way to the migration problem.

The adoption of the Mexican State of both documents has given rise to reforms in the Migration Law, especially in the area referring to migrant children and adolescents, which seek to be in accordance with the provisions international documents, in order to comply with the commitments acquired before the international community to provide a humanitarian response to the migrant crisis.

Conceptos clave: Migración, Agenda 2030, Pacto Mundial para una Migración Ordenada, Segura y Regular, Ley de Migración, Niñez Migrante.

Keywords: Migration, 2030 Agenda, Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration, Inmigration, Immigration law, Child Migration.

* Doctoranda en el Centro de Investigaciones Jurídico Políticas de la Universidad Autónoma de Tlaxcala, miembro del Comité de Incidencia de la Red Franciscana para Migrantes de Centroamérica-México-Estados Unidos, Coordinadora del comedor para migrantes Hogar Franciscano, de Cholula, Puebla.

** Profesor Titular de tiempo completo e Investigador del Centro de Investigaciones Jurídico Políticas de la Universidad Autónoma de Tlaxcala. Miembro del núcleo académico del Posgrado Interinstitucional en Derechos Humanos de la Universidad Autónoma de Tlaxcala.

1. Introducción

El incremento de los desplazamientos de refugiados y migrantes a nivel mundial a lo largo del siglo XX y todo lo que llevamos del siglo XXI, llevó

a la comunidad internacional a buscar medidas para dar respuesta al fenómeno de la movilidad humana, de una manera integral, colectiva y atendiendo ante todo, la protección de aquellos en todas las etapas de su migración, por lo que el compromiso adquirido para dar una respuesta humanitaria a los grandes desplazamientos masivos tenía que ser tanto a corto como a largo plazo.

Así, en continuidad a la *Declaración del Desarrollo del Milenio*, se llevó a cabo la adopción —el 25 de septiembre de 2015— por parte de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), de la *Agenda 2030*, documento en el que la comunidad internacional realizó la promesa de “No dejar a nadie atrás”, planteándose como principal objetivo no sólo erradicar la pobreza, sino también reducir las desigualdades y vulnerabilidades, aspectos que han propiciado la movilidad de las personas a nivel internacional.

La respuesta de la comunidad internacional hacia el fenómeno de la migración, tendría que ser coherente e integral, para que garantice tanto la seguridad como el respeto a los derechos humanos de las personas en tránsito, asegurándoles en todo momento un trato humanitario, por lo que efectivamente, el conglomerado de países involucrados con este fin, se comprometió a realizar alianzas y trabajar de manera conjunta para dar cumplimiento a la promesa planteada en la Agenda 2030.

Dentro de las acciones de la cooperación internacional para responder a las condiciones humanitarias que la movilidad de las personas implica, se firma en 2016 la *Declaración de Nueva York*, en la que se plantean las negociaciones intergubernamentales para crear un *Pacto Mundial para una Migración Segura, Ordenada y Regular* (también conocido como *Pacto Mundial para las Migraciones*), que promoviera la creación de políticas integrales que tomaran en cuenta tanto las causas como las consecuencias de la movilidad humana, siendo la pobreza, la degradación ambiental, la falta de seguridad y paz, las causas que más impulsan a las personas a migrar de sus espacios originarios.

En ese sentido, el Pacto Mundial supone un documento de avanzada, en donde además de abordar la migración en todas sus modalidades, busca fomentar la cooperación y la acción a nivel internacional por parte de los

Estados, estableciendo una responsabilidad equitativa que pueda abordar de manera integral el fenómeno de la migración, y asegurar a sus ciudadanos el derecho a no migrar.

Al respecto, la postura del Estado mexicano ha sido la de apostar por el multilateralismo, por lo que para cumplir con los compromisos establecidos por la Agenda 2030 y el Pacto Mundial, se llevaron a cabo —en noviembre de 2020— diferentes reformas y adiciones a la Ley de Migración, basadas esas modificaciones en 14 principios rectores que buscan promover, respetar, proteger y garantizar los derechos de los migrantes, principalmente de los niños, niñas y adolescentes, aspectos que serán analizados en el contexto de nuestro artículo.

No obstante, los avances, el marco legal comprometido con las personas en movilidad no está en armonía con la política migratoria actual, toda vez que desde el periodo de 2018 a 2020, las detenciones y deportaciones masivas de migrantes irregulares se ha mantenido, siendo el año 2019 el pico más alto que la Secretaría de Gobernación (SEGOB), a través de la Unidad de Política Migratoria, Registro e Identidad de Personas, ha reportado en cuanto a las expulsiones. De igual manera, la pandemia del Covid-19 ha evidenciado cómo el Instituto Nacional de Migración (INM) ha tergiversado la redacción del *Pacto Mundial para una Migración Ordenada, Segura y Regular*, con el fin de mantener una política migratoria hostil, y en concordancia con la política migratoria de Estados Unidos.

2. Negociaciones intergubernamentales para la adopción del *Pacto Mundial para una Migración Segura, Ordenada y Regular*

En el informe 2020 de la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), este organismo reconoció que desde 2015 a 2019, la movilidad humana internacional había tenido un incremento de un 3.5% a nivel mundial; en ese sentido, es importante destacar el informe “Dinámica poblacional” del Departamento de Asuntos Económicos y Sociales (DAES) de la Organización de las Naciones Unidas, donde se estimó que entre 2010 y 2020, las migraciones internacionales en el mundo tendrían un incre-

mento de más de un millón de personas en 14 países,¹ lo que implica considerar a la movilidad humana como un hecho multifactorial, que estaría impulsado por demanda de mano de obra barata migrante, violencia, inseguridad, conflictos armados, cambio climático, desastres naturales, así como por epidemias y pandemias.

Las proyecciones arrojadas por los diferentes organismos internacionales como la Organización Internacional para las Migraciones,² la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL)³ y el Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de las Naciones Unidas,⁴ visualizan un incremento tanto en las migraciones internacionales como en las transcontinentales, reconociendo que a nivel mundial el fenómeno de las migraciones debería ser abordado por los Estados miembros de la Organización de las Naciones Unidas de manera conjunta, dando solución de modo cooperativa a las problemáticas estructurales que dan origen a los desplazamientos masivos entre los diferentes continentes, buscando con ello, como se refiere la *Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes*, “gestionar de manera humana, respetuosa, compasiva y centrada en las personas”⁵ el desplazamiento masivo.

De las iniciativas para la colaboración a nivel multilateral por parte de los Estados en materia de migración, se tiene la adopción de la *Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*, donde los Estados firmantes se comprometieron a plantear y facilitar una migración ordenada, segura, regular y responsable de las personas, mediante la instauración de políticas migratorias planificadas y bien gestionadas.⁶

De igual manera, en la reunión plenaria del 19 de septiembre de 2016 de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas que tuvo lugar en Nueva York, se acordó dar respuesta a los grandes desplazamientos que habían —y que siguen habiendo— a nivel internacional, alcanzando en 2019 un máximo histórico de 79.5 millones de desplazados en comparación con el 2010, que se tuvo un registro de 41 millones,⁷ destacándose la necesidad de que la cooperación de la comunidad internacional se manifieste de manera holística alrededor del fenómeno de la migración internacional.

2.1. Agenda 2030, un primer acercamiento para una migración ordenada, segura y regular

El 25 de septiembre de 2015 fue aprobada por los 193 países de la Asamblea General de las Naciones Unidas la Agenda 2030, mediante la resolución A/Res/70/1, misma que lleva como título “Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible”,⁸ y que tiene como principales desafíos la erradicación de la pobreza y las desigualdades, así como la protección del planeta a través de la sostenibilidad y la resiliencia.⁹

Además, se realiza la promesa por parte de la comunidad internacional de *no dejar a nadie atrás*, lo que implica el compromiso por parte de los Estados de identificar quién se queda atrás y por qué,¹⁰ así como abordar y monitorear los avances que se tengan en cuanto a los objetivos planteados dentro de la Agenda.

Cabe señalar que la problemática de la migración también fue abordada dentro de la agenda universal, reconociéndose la valiosa “contribución de los migrantes al crecimiento inclusivo y al desarrollo sostenible,”¹¹ por lo que los objetivos planteados erigen los cimientos para asegurar que las personas no se vean obligadas a abandonar su país en búsqueda de la supervivencia, la educación o la seguridad.

En ese sentido, dentro de esta declaración se plantearon 17 objetivos y 169 metas específicas para lograr su cumplimiento por parte de todos los Estados miembros, dentro de los cuales se incluyeron aquellos que se habían comprometido en la *Declaración de Desarrollo del Milenio*,¹² aprobada en el año 2000.¹³

Dentro de los principales retos de la Agenda 2030 están estimular —a través de las alianzas y la cooperación entre los países— el desarrollo sostenible en tres dimensiones: 1) social; 2) económico, y 3) ambiental, factores que al manifestar una marcada desigualdad entre los países, han contribuido para que la movilidad humana internacional haya ido en ascenso en años recientes, lo que significa un desafío para todos los países que en

la actualidad, de manera simultánea, juegan el papel de ser países de origen, tránsito y destino de los flujos migratorios.

En ese sentido, en la declaración A/Res/70/1, se establecieron los siguientes objetivos que están centrados tanto en el desarrollo integral de la persona como en el cuidado del planeta:

Objetivos de la Agenda 2030	
Objetivo 1.	Erradicar la pobreza en todas sus formas;
Objetivo 2.	Erradicar el hambre y promover la agricultura sostenible;
Objetivo 3.	Garantizar la salud y el bienestar;
Objetivo 4.	Garantizar una educación de calidad;
Objetivo 5.	Lograr la igualdad de género;
Objetivo 6.	Garantizar el agua limpia y el saneamiento;
Objetivo 7.	Garantizar el acceso a energía asequible y limpia;
Objetivo 8.	Promover el crecimiento económico y el trabajo decente;
Objetivo 9.	Promover la industria sostenible, inclusiva e innovadora;
Objetivo 10.	Reducir las desigualdades entre los países;
Objetivo 11.	Lograr ciudades y asentamientos humanos sostenibles;
Objetivo 12.	Garantizar un consumo responsable y sostenible;
Objetivo 13.	Combatir el cambio climático y sus efectos;
Objetivo 14.	Utilizar de manera sostenible los océanos y recursos marinos;
Objetivo 15.	Proteger, restablecer y promover los ecosistemas terrestres;

Objetivo 16.	Promover la paz, facilitar el acceso a la justicia y fortalecimiento de las instituciones, y
Objetivo 17.	Fortalecer y revitalizar la Alianza Mundial para el Desarrollo Sostenible.

Cabe señalar que en dicha Agenda, se reconoció la importancia de la migración para el crecimiento y desarrollo sostenible de los países de origen, tránsito y destino, por lo que, al ser los flujos migratorios una fuerza indispensable para ese desarrollo, se aceptó la importancia de que los Estados brinden respuestas coherentes e integrales que garanticen no sólo la seguridad de las personas en tránsito, sino también el respeto a sus derechos humanos y sociales, asegurándoles en todo momento un trato humanitario, sin importar su estatus migratorio.¹⁴

Sin embargo, es la meta planteada número 7 del objetivo 10, en la que los Estados refieren la importancia de “Facilitar la migración y la movilidad ordenadas, seguras, regulares y responsables de las personas, incluso mediante la aplicación de políticas migratorias planificadas y bien gestionadas”.¹⁵

El interés por parte de los países para cumplir los objetivos establecidos, tiene como finalidad el disminuir las desigualdades sociales y económicas, toda vez que uno de los principales motivos para que se den los flujos migratorios, definitivamente sigue siendo la desigualdad económica que tiene como *summum* a la pobreza; además, no podemos olvidar que en la actualidad también se ha ido dando la migración a causa de las epidemias como la Covid-19, o a partir de los desastres naturales como los huracanes Eta e Iota que azotaron a Guatemala y Honduras en el año 2020, ocasionando la migración del triángulo norte (Guatemala, Honduras y El Salvador) hacia México.¹⁶

2.2. Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes

Esta Declaración de 2016, fue aprobada por los 193 países de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas mediante la Resolución A/Res/71/1; a partir de esa resolución, los Estados reconocieron en primera instancia que las figuras jurídicas tanto de los refugiados como de los migrantes eran diferentes, pero iguales en cuanto a la vulnerabilidad de los derechos humanos y el compromiso compartido que se debía adquirir para su protección; así, esta Declaración dispuso que ambas figuras son titulares de los derechos humanos universales reconocidos tanto por el derecho internacional como por los diferentes tratados internacionales relacionados.¹⁷

Bajo esa tesis, en la Declaración A/Res/71/1, los Estados parte adquirieron diferentes compromisos que se aplican tanto a los refugiados como a los migrantes, dentro de los cuales podemos señalar aquellos que se relacionan con los menores migrantes, al ser éstos la preocupación que ha estimulado desde el 2020 reformas significativas dentro de la Ley de Migración por parte del Estado mexicano; los compromisos aludidos son los siguientes:

- a) El adoptar un enfoque integral del fenómeno de la movilidad humana, garantizando a las personas una acogida rápida, respetuosa, humana y digna tanto en los países de tránsito como de destino, así como el respeto y protección de sus derechos humanos en todo momento, y de sus libertades fundamentales;
- b) Adoptar medidas y atender las necesidades especiales de las personas que se encuentren en situación vulnerable, tales como las mujeres, los niños, los menores no acompañados o separados de sus familias, etc.
- c) Hacer frente a los desplazamientos de refugiados y migrantes irregulares, garantizando en todo momento el derecho a solicitar asilo;
- d) Protección de los derechos humanos y libertades fundamentales de todos los niños refugiados y migrantes, independientemente de su condición, ponderando en todo momento el interés superior del menor; y

e) Garantizar el debido proceso a fin de evaluar las condiciones jurídicas de las personas migrantes y refugiadas, y en casos que relacionen a menores migrantes, se buscará en todo momento proteger el interés superior del menor, por lo que en caso de detenciones de niñas o niños, los Estados buscarán que estén en el entorno menos restrictivo y por un breve periodo.

Es importante destacar que dentro del documento señalado, los Estados no sólo abordaron el tema de la migración desde una perspectiva humanitaria y de cooperación para la protección de los derechos humanos de los migrantes y refugiados: también se preocuparon por preservar en todo momento su soberanía, plasmando el derecho que les acoge a todos los Estados de gestionar y controlar sus fronteras, reservando en todo momento el derecho a decidir a quién admiten dentro de su territorio, asunto de suma importancia para garantizar la seguridad de los Estados.¹⁸

Y es que debemos destacar que el derecho a la soberanía ha sido el argumento de muchos países para crear políticas xenófobas y discriminatorias, las cuales al día de hoy, han provocado que las migraciones sigan siendo inseguras, desordenadas e irregulares a nivel mundial, por lo que el armonizar la soberanía de los Estados con el derecho internacional de los derechos humanos a través de un Pacto que no es vinculante para los Estados, implicaría una limitación a la soberanía a través del *soft law*.

De igual modo, en el Anexo II de la Declaración de Nueva York, se plantean las negociaciones intergubernamentales para alcanzar la creación de un Pacto Mundial, señalándose la importancia de la creación de políticas integrales que tomen en cuenta tanto las causas como las consecuencias de la movilidad humana, identificándose a la pobreza, la degradación ambiental, la falta de seguridad y paz, como las causas que más impulsan a las personas a tener que migrar, a fin de buscar mejores condiciones de vida, problemáticas que de manera conjunta los 193 países se comprometieron abordar y buscar soluciones pluridimensionales.

Empero, esta pretensión fue rechazada por parte de los Estados, y no sólo al proyecto de Pacto que se planteó, sino también a la idea de una

gobernanza mundial, misma que ha tomado mayor fuerza conforme se ha ido transformando y reconfigurando la noción de poder e interés público internacional en un mundo sumamente globalizado.

2.3. El camino hacia la Conferencia Intergubernamental de Marrakech

El momento en que se proyectó dentro de la *Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes* en el anexo II, la idea de crear un *Pacto Mundial para una Migración Ordenada, Segura y Regular* que fuera de avanzada y por ello sin precedentes —con tintes de alta cooperación multilateral y con miras a reducir la migración internacional al cumplir tanto la promesa de no dejar a nadie atrás, así como los objetivos y metas planteadas dentro de la Agenda 2030—, se comenzó a trazar el camino a seguir para las negociaciones intergubernamentales para la adopción de dicho Pacto.¹⁹

Las negociaciones iniciaron en abril de 2017, a través de la Resolución A/RES/71/280, que destaca la creación de un Representante Especial del Secretario General para la Migración Internacional, mismo que tendría como principal función el dar seguimiento a las negociaciones intergubernamentales, las cuales, se desarrollaron en tres fases:

- a) Fase de consultas,
- b) Fase de balance y,
- c) Fase de negociaciones intergubernamentales.²⁰

El desarrollo de la primera fase se llevaría a cabo a través de sesiones temáticas y debates entre los Estados miembro y partes interesadas, a fin de tener una visión pormenorizada e integral de la realidad de la migración internacional que impacta a cada Estado miembro, instándose a las partes a desarrollar recomendaciones y probables soluciones que servirían de base para la elaboración del Pacto.

En la segunda fase, los Estados miembros se comprometían a realizar el balance de las recomendaciones realizadas en la fase de consultas, con

la finalidad de desarrollar posibles acciones concretas a través del diálogo multilateral, es decir, se buscaría iniciar las negociaciones y encontrar los mecanismos pertinentes para el seguimiento en cada Estado, lo cual sería la antesala para lograr la elaboración del examen de un pacto mundial.

Es importante señalar que en esta fase, algunos Estados miembros empezaron a cuestionarse sobre los alcances que el Pacto tendría desde el nivel internacional hasta el local, por lo que en un inicio, Estados Unidos y Hungría fueron los primeros países en oponerse a adoptar el Pacto; la delegación norteamericana fue la primera en abandonar su participación durante esta fase, alegando el Representante permanente ante las Naciones Unidas, Nikki Haley, que “el impacto de la Declaración de Nueva York era incompatible con la soberanía de dicho país”.²¹

Ese argumento fue apoyado después por países tanto de la Unión Europea, Medio Oriente y Oceanía, como de América Latina y el Caribe —destacando el caso de República Dominicana, Chile y Brasil, cuyos gobiernos son de derecha y por ende, conservadores—; en general, los países mostraron su reticencia por considerar que el Pacto era peligroso al atacar contra la soberanía de los países y promover la migración irregular.

El desarrollo de la fase de negociaciones tendría como finalidad elaborar el borrador del Pacto Mundial,²² cuya base eran los resúmenes, aportaciones, opiniones y recomendaciones que se habían realizado en las fases anteriores, documentos que se discutirían en diferentes sesiones, a fin de llegar el 10 y 11 de diciembre de 2018 a Marruecos, para llevar a cabo la “Conferencia Intergubernamental encargada de aprobar el Pacto Mundial para una Migración Segura, Ordenada y Regular”.²³

Durante el desarrollo de esta última fase, Hungría decidió abandonar el proceso de aprobación del Pacto Mundial sobre las Migraciones de la ONU, al considerar que dicho documento está a favor de las migraciones irregulares y, a pesar de que el Pacto no es vinculante para los Estados miembros, tiene una fuerza política que obliga a los gobiernos a crear medidas para gestionar la entrada de este tipo de movilidad humana, convirtiéndose así en un documento sumamente peligroso a nivel mundial.²⁴

Después de la salida de Hungría y concluida la fase tres de las negociaciones intergubernamentales, diferentes países de la Unión Europea como Austria, Polonia, República Checa, Croacia, Italia, Bulgaria, Eslovaquia y Bélgica, así como Israel (Medio Oriente), Australia (Oceanía) y República Dominicana y Chile (Latinoamérica), rechazaron asistir a Marruecos para aprobar el Pacto Mundial; luego, Brasil, con la llegada a la presidencia del derechista Jair Bolsonaro, anunció su rechazo al Pacto.

En esa pauta, las negociaciones del *Pacto Mundial para las Migraciones* de la ONU, no tuvo la recepción positiva por parte del bloque anti-migratorio, constituido por aquellos países cuyos gobiernos son considerados — como ya se dijo— de ultraderecha y conservadores, mismos que además de argumentar el ataque a la soberanía de los Estados, también han negado el reconocimiento a los derechos humanos de los migrantes considerados como irregulares y, como el caso de Bélgica, los grupos de ultraderecha llegaron a presionar sobremanera al gobierno, que éste optó por retirarse de la firma del Pacto Mundial.

En la Tabla No. 1, identificamos a los países, la fecha de salida de las negociaciones, así como los argumentos que manifestaron para no adoptar el *Pacto Mundial para una Migración Ordenada, Segura y Regular*.

Tabla 1. Países que abandonaron el Pacto

País	Fecha de salida	Presi
1. Estados Unidos	Diciembre 2017	Do
2. Hungría	Julio 2018	V
3. Australia	Agosto 2018	Mal
4. Austria	Octubre 2018	Alexand
5. Polonia	Noviembre 2018	A
6. Israel	Noviembre 2018	R
7. República Checa	Noviembre 2018	A

8. Italia	Noviembre 2018	M
9. Bulgaria	Noviembre 2018	R
10. Eslovaquia	Noviembre 2018	A
11. Bélgica	Diciembre 2018	CH
12. República Dominicana	Diciembre 2018	Da
13. Chile	Diciembre 2018	Sel
14. Brasil	Enero 2019	Ja

Fuente: Elaboración propia con base en los datos de: “Szijjártó: Supporters of Migration Want to Enforce ‘World’s Most Dangerous Migration Compact””, nota informativa publicada en el portal digital *Hungary Today*, el 22 de junio de 2019 [en línea], disponible en URL <https://hungarytoday.hu/szijarto-supporters-of-migration-want-to-enforce-worlds-most-dangerous-migration-compact/> [consultado el 5 de mayo de 2021]. “Österreich zieht sich aus dem Uno-Migrationspakt zurück” en *Neue Zürcher Zeitung*, Austria, 2018 [en línea], disponible en URL <https://www.nzz.ch/international/oesterreich-zieht-sich-aus-uno-migrationspakt-zurueck-ld.1432565?reduced=true> [consultado el 5 de mayo de 2021]. “Israel y Polonia se suman a la lista de bajas del Pacto sobre Migraciones de la ONU”, en *EuropaPress*, Madrid, 2018 [en línea], disponible en URL <https://www.europa-press.es/internacional/noticia-israel-polonia-suman-lista-bajas-pacto-migracion-onu-20181120151703.html> [consultado el 5 de mayo de 2021]. “Australia no firmará el Pacto Mundial para la Migración de la ONU”, en *El Economista*. Madrid, 2018 [en línea], disponible en <https://www.economista.es/internacional/noticias/9311335/08/18/Australia-no-firmara-el-Pacto-Mundial-para-la-migracion-de-la-ONU.html> [consultado el 5 de mayo de 2021]. “República Checa también rechaza el Pacto Mundial de la ONU para la Migración”, en *Deutsche Welle*, Alemania, 2018 [en línea], disponible en URL <https://bit.ly/3xEry2r> [consultado el 5 de mayo de 2021]. “El primer ministro eslovaco no firmará el pacto migratorio de la ONU”, en *La Vanguardia*. España, 2018 [en línea], disponible en URL <https://www.lavanguardia.com/politica/20181125/453148402610/el-primer-ministro-eslovaco-no-firmara-el-pacto-migratorio-de-la-onu.html> [consultado el 5 de mayo de 2021]. “La polémica retirada de Chile del Pacto Mundial para la Migración de la ONU”, en *France24*, España, 2018 [en línea], disponible en URL <https://www.france24.com/es/20181211-retirada-chile-pacto-migracion-onu> [consultado el 8 de mayo de 2021]. “Brasil se retira del Pacto Migratorio de la ONU”, en *Deutsche Welle*, Alemania, 2019 [en línea], disponible en URL <https://www.dw.com/es/brasil-se-retira-del-pacto-migratorio-de-la-onu/a-47007528> [consultado el 9 de mayo de 2021].

2.3.1. Pacto Mundial para una Migración Ordenada, Segura y Regular

A pesar de las opiniones en contra del *Pacto Mundial para la Migración Ordenada, Segura y Regular*, las negociaciones intergubernamentales dieron como resultado la aprobación y adopción de este Pacto en Marruecos, que se vio reflejada mediante la Resolución A/RES/73/195 ante la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Debemos apuntar que el Pacto, a diferencia de la Declaración de Nueva York, reconoce que tanto las figuras de los refugiados y los migrantes necesitan un marco normativo de amplio espectro que pueda brindar apoyo especializado, a fin de garantizar las necesidades especiales de cada grupo; en ese sentido, en el documento se establece que el derecho de los refugiados se encuentra protegido en los diferentes estándares internacionales de derechos humanos, por lo que el Pacto únicamente aborda a la migración en todas sus modalidades, al reconocerse que la mayoría de los migrantes son doblemente vulnerables:

- 1) Al ser invisibilizados por no ser ciudadanos de los países de tránsito y destino;
- 2) Al no tener acceso a la ayuda humanitaria que pueden gozar los refugiados.²⁵

De igual manera, destaca el punto 7 de la Resolución A/RES/73/195, que refiere:

Este Pacto Mundial presenta un marco de cooperación no vinculante jurídicamente que se basa en los compromisos acordados por los Estados Miembros en la Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes. Su propósito es fomentar la cooperación internacional sobre la migración entre todas las instancias pertinentes, reconociendo que ningún Estado puede abordar la migración en solitario, y respetar la soberanía de los Estados y sus obligaciones en virtud del derecho internacional.²⁶

Como podemos observar del párrafo que antecede, se hace énfasis en que el Pacto tiene como objetivo fomentar la cooperación y la acción a nivel internacional por parte de los Estados, y esta colaboración tiene como finalidad tanto garantizar la protección de los derechos humanos de las personas que se encuentran en movilidad internacional, como el que

los Estados puedan asegurar a sus ciudadanos el derecho a no migrar, atendiendo no sólo las causas y consecuencias de la migración, sino también las necesidades de las comunidades expulsoras a corto, mediano y largo plazo.

Asimismo, se establece que al tener el Pacto un carácter volitivo no vinculante por parte de los Estados, significa que dentro del *soft law*, este instrumento no establece obligaciones a los Estados;²⁷ empero, políticamente como ya se dijo, advierte fuertes compromisos, por lo que al no cumplirse, los representantes de los Estados quedan expuestos ante sus homólogos, teniendo así una presión política para dar respuesta a los acuerdos adquiridos a nivel internacional, toda vez que este tipo de instrumentos puede derivar en la creación de un tratado internacional.

En ese sentido, consideramos que los Estados partes al conocer las implicaciones que este instrumento del *soft law* podría acarrear tanto en los marcos jurídicos a nivel internacional como nacional, y al ser los protagonistas dentro de las negociaciones intergubernamentales, se aseguraron de proteger ante todo sus soberanías, dado que uno de los principios rectores del Pacto se refiere al respeto a la soberanía, asegurando que son los Estados quienes determinarán tanto sus políticas migratorias como la distinción entre la migración regular y la irregular,²⁸ mismas que deben estar en armonía con el derecho internacional de los derechos humanos.

Es así que los argumentos de los Estados miembros que abandonaron la firma del Pacto pueden considerarse infundados, pues van más allá del análisis de derecho internacional, identificándose para la toma de decisión de los países disidentes, la ideología conservadora o de ultraderecha que tienen en sus gobiernos, ya que como se ha hecho referencia, dentro de dicho instrumento, los Estados miembros protegieron ante todo la soberanía, concepto que en la actualidad ha sido un elemento justificante para la creación de políticas discriminatorias y xenófobas por parte incluso de algunos países que firmaron el Pacto, quienes han invocado además de la soberanía, aspectos relacionados con su seguridad nacional.

2.3.1.1. Principios y objetivos del *Pacto Mundial para una Migración Ordenada, Segura y Regular*

Desde el momento de las negociaciones intergubernamentales para la creación del Pacto, se visualizó promover la acción colectiva a través de una cooperación internacional por parte de los Estados miembros, y a la vez el establecimiento de una responsabilidad equitativa que pudiera abordar de manera integral el fenómeno de la migración, a fin de que se pudiera dar cumplimiento a la promesa realizada en la Agenda 2030 de *No dejar a nadie atrás*, por lo que era necesario instaurar principios cuyo enfoque fuera transversal, interdependiente²⁹ e inherente a la experiencia pluridimensional de la migración.

Al respecto, se establecieron 10 principios, mismos que enunciamos en el Diagrama 1 para su mejor comprensión.

Diagrama 1. Principios rectores del Pacto



Fuente: Elaboración propia con base en los datos de la Asamblea General de Naciones Unidas en torno al *Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular*, ONU, Marruecos, 2019.

De igual manera, se establecieron 23 objetivos que a diferencia de la *Declaración de Nueva York para los Refugiados y Migrantes*, además de referir las medidas de aplicación, disponen el alcance a corto, mediano y largo plazo de aquellas, así como el examen para dar el seguimiento al cumplimiento

de los compromisos adquiridos para lograr una migración segura, ordenada y regular en cada Estado miembro.

A continuación, describimos los objetivos plasmados dentro del Pacto:

Objetivos para la migración segura, ordenada y regular:

1. Recopilar y utilizar datos exactos y desglosados para formular políticas con base empírica;
2. Minimizar los factores adversos y estructurales que obligan a las personas a abandonar su país de origen;
3. Proporcionar información exacta y oportuna en todas las etapas de la migración;
4. Velar por que todos los migrantes tengan pruebas de su identidad jurídica y documentación adecuada;
5. Aumentar la disponibilidad y flexibilidad de las vías de migración regular;
6. Facilitar la contratación equitativa y ética y salvaguardar las condiciones que garantizan el trabajo decente;
7. Abordar y reducir las vulnerabilidades en la migración;
8. Salvar vidas y emprender iniciativas internacionales coordinadas sobre los migrantes desaparecidos;
9. Reforzar la respuesta transnacional al tráfico ilícito de migrantes;
10. Prevenir, combatir y erradicar la trata de personas en el contexto de la migración internacional;
11. Gestionar las fronteras de manera integrada, segura y coordinada;
12. Aumentar la certidumbre y previsibilidad de los procedimientos migratorios para la adecuada verificación de antecedentes, evaluación y derivación;
13. Utilizar la detención de migrantes sólo como último recurso y buscar otras alternativas;

14. Mejorar la protección, asistencia y cooperación consulares a lo largo de todo el ciclo migratorio;
15. Proporcionar a los migrantes acceso a servicios básicos;
16. Empoderar a los migrantes y las sociedades para lograr la plena inclusión y la cohesión social;
17. Eliminar todas las formas de discriminación y promover un discurso público con base empírica para modificar las percepciones de la migración;
18. Invertir en el desarrollo de aptitudes y facilitar el reconocimiento mutuo de aptitudes, cualificaciones y competencias;
19. Crear las condiciones necesarias para que los migrantes y las diásporas puedan contribuir plenamente al desarrollo sostenible en todos los países;
20. Promover transferencias de remesas más rápidas, seguras y económicas y fomentar la inclusión financiera de los migrantes;
21. Colaborar para facilitar el regreso y la readmisión en condiciones de seguridad y dignidad, así como la reintegración sostenible;
22. Establecer mecanismos para la portabilidad de la seguridad social y las prestaciones adquiridas;
23. Fortalecer la cooperación internacional y las alianzas mundiales para la migración segura, ordenada y regular.³⁰

En ese orden de ideas, la Organización Internacional para las Migraciones agrupó aquellos objetivos en tres categorías, como son:

- a) Objetivos específicos y relativamente sencillos, que se plantean lograr a corto plazo por parte de los Estados miembros;
- b) Objetivos específicos pero controvertidos, que se podrían alcanzar a un mediano plazo y;

- c) Objetivos muy amplios y ambiciosos, que se alcanzarían a un largo plazo.³¹

Esos objetivos deben ser agrupados —al menos así lo consideramos— conforme al contexto, realidad y valoración tanto empírica como estadística que realice cada comunidad.

En ese sentido, hemos plasmado en la Tabla 2 los objetivos conforme al análisis de la realidad del Estado mexicano y experiencias que se han tenido dentro de la Red Franciscana para Migrantes de Centroamérica, México y Estados Unidos, quedando de la siguiente manera:

Tabla 2. Categorías de los objetivos del Pacto

1. Objetivos específicos y relativamente sencillos	2. Objetivos específicos pero complejos
Mejorar los datos y las investigaciones sobre la migración (Objetivo 1)	Facilitar la contratación equitativa y condiciones de trabajo decente (Objetivo 2)
Proporcionar información exacta y oportuna en todas las etapas de la migración (Objetivo 3)	Gestionar las fronteras de manera segura y coordinada (Objetivo 11)
Velar por que los migrantes tengan pruebas de su identidad jurídica (Objetivo 4)	Utilizar la detención sólo como último recurso y buscar otras alternativas (Objetivo 10)

Abrir vías legales más amplias para los migrantes (Objetivo 5)	Proporcionar a los migrantes (Objetivo 15)
Facilitar el regreso y la reintegración (Objetivo 21)	Invertir en el desarrollo de reconocimiento mutuo (Objetivo 16)
Mejorar los servicios consulares para los migrantes (Objetivo 14)	Fortalecer los procedimientos (Objetivo 12)
Facilitar la transferencia de remesas (Objetivo 20)	Apoyar la portabilidad de las prestaciones adquiridas (objetivo 17)

Fuente: Elaboración propia con base en la información retomada en la OIM. *Informe sobre las migraciones en el mundo 2020*, Ginebra, 2019, así como en las experiencias recabadas en la Red Franciscana para Migrantes de Centroamérica-México-EEUU.

El agrupar los objetivos que se contemplan dentro del *Pacto Mundial para las Migraciones* por parte de la Asamblea General de la ONU, reafirma la importancia de buscar una gobernanza global que no sólo vele por los intereses políticos de la comunidad internacional, sino que también armonice el derecho internacional de los derechos humanos con el interés de los Estados miembros; empero, es importante señalar que las decisiones y

políticas creadas por aquellos Estados, tienen como base la soberanía nacional, la cual obedece a intereses tanto de orden económico como de carácter ideológicos de las esferas políticas en turno, poniendo en riesgo una adecuada gobernanza global y el incumplimiento de la promesa adquirida por la comunidad internacional de *No dejar a nadie atrás*.

3. Efectos del *Pacto Mundial para las Migraciones* en la legislación mexicana

Desde las negociaciones para la firma del *Pacto Mundial para una Migración Segura, Ordenada y Regular*, el Estado mexicano mantuvo la postura de “apostar por el multilateralismo, como la vía idónea para responder a las actitudes y narrativas excluyentes basadas en la xenofobia, el temor y los prejuicios”³², reafirmando con ello, el compromiso establecido en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos establecidos dentro de la Constitución y los Tratados Internacionales en los que México es parte.

Derivado de ello, desde las primeras etapas de las negociaciones alrededor del Pacto, el Estado mexicano tuvo un papel muy activo en la promoción del mismo, por lo que no era de extrañarse que a la luz de los objetivos establecidos en ese documento, se iniciaran las reformas a la Ley de Migración, entre ellas, las primeras realizadas en noviembre de 2020, principalmente en materia de niñez migrante.

Situamos en ese tenor las siguientes adiciones al artículo 3º: fracción XVIII, que define lo que se entenderá por migrante —omitiendo definir al migrante en situación irregular, dejando de esta manera un vacío en cuanto a la conceptualización de ese término—; asimismo, se adicionaron las fracciones XIX, XX y XXII, relativas a la niñez migrante, en los siguientes términos:

Artículo 3º. Para efectos de la presente Ley se entenderá por:

[...]

XVIII. Migrante: al individuo que sale, transita o llega al territorio de un Estado distinto al de su residencia por cualquier tipo de motivación.

XIX. Niña, niño o adolescente migrante: cualquier persona migrante, nacional o extranjera, menor de dieciocho años de edad. Son niñas y niños los menores de doce años, y adolescentes las personas entre doce años cumplidos y menos de dieciocho años de edad. Cuando exista la duda de si se trata de una persona mayor de dieciocho años de edad, se presumirá que es adolescente. Cuando exista la duda de si se trata de una persona mayor o menor a doce años, se presumirá que es niña o niño;

XX. Niña, niño o adolescente migrante no acompañado: cualquier persona migrante menor de dieciocho años de edad que no se encuentra acompañada por la persona adulta que ejerce la patria potestad, que la tenga bajo su guarda y custodia, por su tutor o persona adulta bajo cuyos cuidados se encuentre habitualmente por costumbre;

[...]

XXII. Niña, niño o adolescente migrante separado: cualquier persona migrante menor de dieciocho años de edad que se encuentra acompañada de una persona adulta bajo cuyos cuidados se encuentra habitualmente por costumbre y no en virtud de ley.³³

Asimismo, se adiciona el reconocimiento de los siguientes derechos a las niñas, niños y adolescentes migrantes:

1. Derecho a no ser privados de la libertad en estaciones migratorias.
2. Derecho a la determinación del interés superior de la niñez como elemento central del proceso de garantía integral de derecho.

3. Derecho a la regularización provisional de la condición migratoria de los niños, niñas y adolescentes migrantes, a fin de garantizar sus derechos humanos.

4. Derecho a no ser devuelto, expulsado, deportado, retornado, rechazado en frontera o no admitir a una niña, niño o adolescente sin que antes la autoridad competente valore si su vida, libertad o seguridad se encuentra en peligro.

5. Derecho a que el Instituto Nacional de Migración garantice su seguridad y cuidado, poniéndolos de inmediato a disposición del Sistema Nacional DIF o equivalentes.³⁴

En ese orden de ideas, se destaca en la norma secundaria el reconocimiento al derecho que tienen todos los migrantes a recibir dentro de las estaciones migratorias, los alimentos adecuados, principalmente aquellos grupos vulnerables como mujeres embarazadas o personas de la tercera edad; asimismo, se estableció la importancia de asegurar la integridad física de los hombres y mujeres, siendo imperativo que las estaciones migratorias cuenten con áreas separadas.³⁵

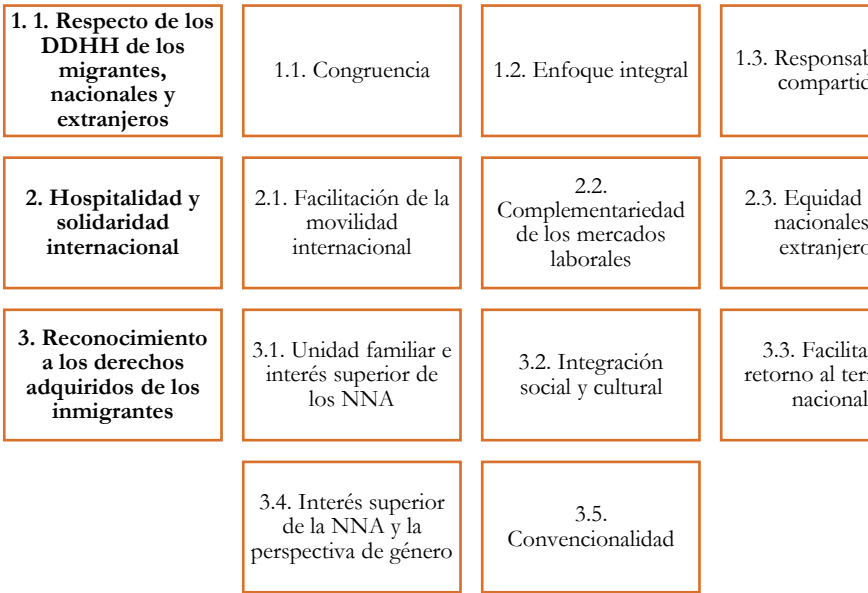
De igual manera, el 5 de mayo de 2021, se adicionaron a los principios que sustentan la política migratoria en México —enunciados en el artículo 2 de la ley en cita—, el interés superior de la niña, niño y adolescente y la perspectiva de género, así como la convencionalidad conforme a lo establecido en nuestra Carta Magna.

Por cuanto hace al interés superior de la niña, niño y adolescente y la perspectiva de género, consideramos no era necesario adicionar el primero de ellos, toda vez que ya se encontraba previsto en el principio que hace referencia a la unidad familiar e interés superior de la niña, niño y adolescente, quedando dicho artículo redundante, además de que no se especifica de qué manera se vincula la perspectiva de género con el interés superior del menor, así como tampoco se hace mención de la manera en que se aplicarán los criterios en los que se basará ese principio para prever la perspectiva de género en materia de migración.

La misma redundancia se encuentra en el principio relativo al respeto irrestricto de los derechos humanos de los migrantes, nacionales y extranjeros y el principio de reconocimiento a los derechos adquiridos de los inmigrantes, conforme a lo establecido por el artículo 1º de nuestra Carta Fundamental, en donde se garantiza que todas las personas que se encuentren dentro del territorio mexicano, gozarán de los derechos humanos establecidos tanto por la Constitución como por los tratados internacionales en lo que México sea parte, evidenciándose así que los legisladores no tienen en claro algunos conceptos en la temática migratoria y de derechos humanos.

Es así que hasta la última reforma de esa norma, quedaron 14 principios establecidos en el artículo referido, mismos que se plasman en el Diagrama 2, para su mejor identificación:

Diagrama 2. Principios rectores de la política migratoria de México



Fuente: Elaboración propia con base en la Ley de Migración, publicada en el *Diario Oficial de la Federación*, el 25 de mayo de 2011, con última reforma de fecha 20 de mayo de 2021, Secretaría de Gobernación, Ciudad de México, 2021.

Cabe señalar que si bien la Ley de Migración ha tenido avances que buscan promover, hacer respetar, proteger y garantizar los derechos de los migrantes —principalmente de las niñas, niños y adolescentes, e incluso se han creado nuevas figuras jurídicas que den respuesta a las necesidades de los tiempos actuales—, sin embargo, en la práctica aún no existen reglamentos o manuales de operación en los que se establezcan y armonicen las directrices para la aplicación de las reformas de la Ley de Migración.

En ese mismo sentido, y ante una situación de pandemia que se vive a nivel mundial, el gobierno de México ha optado por negociar de manera paralela con las autoridades de Estados Unidos a cambio de vacunas contra la enfermedad del Covid-19, con el señalado retraso en la implementación de la ley migratoria mexicana,³⁶ lo que conlleva a violaciones de los derechos humanos de los migrantes considerados como irregulares.

Ahora, las constantes reformas a esa ley, no pueden evaluarse como un resultado final, ya que es necesario evaluar la eficacia interna de la misma, para determinar los avances reales que se han tenido en el cumplimiento de los compromisos adquiridos a nivel internacional, principalmente en el *Pacto Mundial para las Migraciones* de la ONU.

4. Conclusiones

El debate en torno al derecho de soberanía durante la creación del *Pacto Mundial para una Migración Ordenada, Segura y Regular*, ha sido una justificante de muchos países para crear políticas xenófobas y discriminatorias, mismas que han provocado que las migraciones sigan siendo inseguras, desordenadas e irregulares a nivel mundial, por lo que, más allá de un análisis de derecho internacional, sería sustantivo hacer un análisis en dos aspectos:

1. Respecto de la ideología con la que enfrentan los Estados la realidad de la migración, y

2. La deconstrucción de la soberanía, teniendo no sólo en cuenta los impactos de la globalización, sino las aspiraciones a tener una gobernanza mundial eficaz.

En ese sentido, el Pacto tiene un campo de oportunidad muy fértil, basado en los espacios que desde las negociaciones intergubernamentales se abrieron hacia diferentes actores internacionales como las Organizaciones no Gubernamentales, la Sociedad Civil, los académicos e investigadores y los mismos migrantes, los cuales, durante las diferentes sesiones para la creación del Pacto fueron escuchados —y siguen siendo escuchados— en las sesiones realizadas por organismos internacionales como la Organización Internacional para las Migraciones y la CEPAL, que tienen como objetivo el dar seguimiento a las implementaciones del Pacto en los diferentes Estados miembros.

Con respecto a México, si bien hemos registrado avances legislativos que buscan la protección de los migrantes en general y de la niñez migrante en particular, aquellos no han sido suficientes, toda vez que estos deben estar en armonía con la política migratoria, a fin de poder dar cumplimiento a los compromisos adquiridos tanto en la *Agenda 2030* como en el *Pacto Mundial para una Migración Segura, Ordenada y Regular*, y garantizar no sólo las negociaciones a nivel intergubernamental con los países del triángulo norte (Guatemala, El Salvador y Centroamérica) sino también con Estados Unidos, y que las promesas adquiridas no se conviertan en una utopía tanto para nuestro país como para los migrantes irregulares.

Fuentes de Información

Leyes, informes institucionales y bibliografía

- Boletines estadísticos*, Unidad Política Migratoria, Secretaría de Gobernación, Ciudad de México, 2020 [en línea], disponible en URL <http://www.politicamigratoria.gob.mx/es/PoliticaMigratoria/CuadrosBOLETIN?Annual=2019&Secc=3> [consultado el 24 de junio de 2021]
- CANALES, Alejandro, FUENTES, Juan, y DE LEÓN, Carmen, *Desarrollo y Migración. Desafíos y oportunidades en los países del norte de Centroamérica*, CEPAL-FAO-ONU, Ciudad de México, 2019.
- Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes*, Asamblea General de las Naciones Unidas, ONU, Nueva York, 2016.
- Declaración del Milenio*, Asamblea General de las Naciones Unidas, ONU, Nueva York, 2000.
- Declaración del Relator Especial sobre los derechos humanos de los Migrantes para el 47º. Periodo de Sesiones del Consejo de Derechos Humanos de la ONU [en línea] disponible en URL <https://www.ohchr.org/SP/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session47/Pages/ListReports.aspx> [consultado el 22 de junio de 2021].
- En condiciones de seguridad y dignidad: respuestas a los grandes desplazamientos de refugiados y migrantes*, Informe del Secretario General, Asamblea General de las Naciones Unidas, ONU, Nueva York, 2016.
- Informe sobre las formas de hacer frente a los efectos en los derechos humanos de las devoluciones en caliente de migrantes en tierra y en el mar*, de A/HRC/47/30 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, Nueva York, ONU, 2021.
- Informe sobre las migraciones en el mundo 2020*, Organización Internacional para las Migraciones, Ginebra, 2019.
- Ley de Migración*, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 25 de mayo de 2011, con última reforma de fecha 20 de mayo de 2021, Secretaría de Gobernación, Ciudad de México, 2021.
- México reafirma su compromiso con el multilateralismo y con la gobernanza efectiva de la migración internacional*, Secretaría de Relaciones Exteriores, Ciudad de México, 2018 [en línea], disponible en URL <https://embamex.sre.gob.mx/vaticano/index.php/noticias/256-mexico-en-el-pacto-mundial-para-una-migracion-segura-ordenada-y-regular> [Consultado el 15 de mayo de 2021].
- Modalidades para la Conferencia Intergubernamental encargada de Aprobar el Pacto Mundial para una Migración Segura, Ordenada y Regular*, Asamblea General de las Naciones Unidas, ONU, Nueva York, 2018.

Modalidades para las negociaciones intergubernamentales del Pacto Mundial para una Migración Segura, Ordenada y Regular, Asamblea General de las Naciones Unidas, ONU, Nueva York, 2017.

New Migration Dynamics in Northern Central America. Mexico and the United States. Central American exodus caravans, COVID-19, and serious human rights violations, publicado por la organización Franciscans International, Ginebra, 2021.

No dejar a nadie atrás, Grupo de las Naciones Unidas para el Desarrollo Sostenible, Ginebra, 2021 [en línea] disponible en URL <https://unsdg.un.org/es/2030-agenda/universal-values/leave-no-one-behind> [consultado el 16 de junio de 2021].

Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular, Asamblea General de las Naciones Unidas, ONU, Marruecos, 2019.

Perspectivas de la población mundial 2019, Departament of Economic and Social Affairs [en línea], disponible en URL <https://population.un.org/wpp/Download/Standard/Migration/> [consultado: 13 de junio de 2021].

Poblaciones en riesgo: Repercusiones del COVID-19 para en el hambre, la migración y el desplazamiento, Organización Internacional para las Migraciones, Ginebra, 2020.

Política Migratoria, Unidad de Política Migratoria, Registro e Identidad de Personas, Gobierno de México, s/f, [en línea], disponible en URL <http://portales.segob.gob.mx/es/PoliticaMigratoria/UnidadDePoliticaMigratoria#:~:text=Lá%20Nueva%20Política%20Migratoria%20del,Nueva%20Política%20Migratoria%20a%20las> [consultada el 16 de mayo de 2021].

Proyecto de documento final de la Conferencia, Asamblea General de las Naciones Unidas., Nueva York, 2018.

Resolución A/RES/55/2 en la que se establecieron ocho objetivos que la Asamblea General de las Naciones Unidas se había propuesto cumplir para el año 2015: 1) Erradicar la pobreza extrema y el hambre; 2) Lograr la educación primaria universal; 3) Promover la equidad de género; 4) Reducir la mortalidad infantil; 5) Mejorar la salud materna; 6) Combatir el VIH/SIDA, paludismo y otras; 7) Garantizar un medio ambiente y; 8) Fomentar una alianza global para el desarrollo.

Resoluciones A/RES/71/280, A/RES/72/244 y A/72/L.67, en las que la Asamblea General de las Naciones Unidas, establecieron los lineamientos a seguir para lograr las negociaciones intergubernamentales entre los Estados miembro, así como con las partes interesadas, las organizaciones civiles, ins-

tuciones científicas, autoridades locales, sector privado y los propios migrantes, entre todos ellos que tendrían voz dentro de las negociaciones, mas no voto.

Tipología de Instrumentos Internacionales, Comisión Económica para América Latina y el Caribe, Lima, 2013.

Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, Asamblea General de las Naciones Unidas, ONU, Nueva York, 2015.

United State ends participation in Global Compact on Migration, United States Mission to the United Nations, EEUU, 2017 [en línea], disponible en URL <https://usun.usmission.gov/united-states-ends-participation-in-global-compact-on-migration/> [consultada el 4 de mayo de 2021].

World Population Prospects 2019: Highlights, Department of Economic and Social Affairs, ONU, Nueva York, 2019.

Notas informativas

“Acuerdo entre los gobiernos de Trump y AMLO: ‘Es una traición a la historia de México’”, 2019 [en línea], disponible en <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-48631469> [consultado el 17 de junio de 2021].

“Australia no firmará el Pacto Mundial para la Migración de la ONU”, en *El Economista*. Madrid, 2018 [en línea], disponible en <https://www.eleconomista.es/internacional/noticias/9311335/08/18/Australia-no-firmara-el-Pacto-Mundial-para-la-migracion-de-la-ONU.html> [consultado el 5 de mayo de 2021].

“Biden will send Mexico surplus vaccine, as U.S. seeks help on immigration enforcement”, nota informativa publicada en el portal digital de *The Washington Post*, el 18 de marzo de 2021 [en línea], disponible en URL https://www.washingtonpost.com/national-security/biden-mexico-immigration-coronavirus-vaccine/2021/03/18/a63a3426-8791-11eb-8a67-f314e5fcf88d_story.html [consultada el 13 de mayo de 2021].

“Brasil se retira del Pacto Migratorio de la ONU”, en *Deutsche Welle*, Alemania, 2019 [en línea], disponible en URL <https://www.dw.com/es/brasil-se-retira-del-pacto-migratorio-de-la-onu/a-47007528> [consultado el 9 de mayo de 2021].

CABALLERO, Gustavo, “Pide gobierno de Chiapas presencia de la Guardia Nacional en el estado para vigilar las rutas migratorias”, nota informativa publicada en blog digital *Alerta Chiapas*, el 3 de mayo de 2019 [en línea], disponible en <https://alertachiapas.com/2019/05/03/pide-gobierno-de-chiapas-presencia-de-la>

guardia-nacional-en-el-estado-para-vigilar-las-rutas-migratorias/ [consultada el 16 de mayo de 2021].

“El primer ministro eslovaco no firmará el pacto migratorio de la ONU”, en *La Vanguardia*, España, 2018 [en línea], disponible en URL <https://www.lavanguardia.com/politica/20181125/453148402610/el-primer-ministro-eslovaco-no-firmara-el-pacto-migratorio-de-la-onu.html> [consultado el 5 de mayo de 2021].

“Israel y Polonia se suman a la lista de bajas del Pacto sobre Migraciones de la ONU”, en *EuropaPress*, Madrid, 2018 [en línea], disponible en URL <https://www.europapress.es/internacional/noticia-israel-polonia-suman-lista-bajas-pacto-migracion-onu-20181120151703.html> [consultado el 5 de mayo de 2021].

“La polémica retirada de Chile del Pacto Mundial para la Migración de la ONU”, en *France24*, España, 2018 [en línea], disponible en URL <https://www.france24.com/es/20181211-retirada-chile-pacto-migracion-onu> [consultado el 8 de mayo de 2021].

“Österreich zieht sich aus dem Uno-Migrationspakt zurück” en *Neue Zürcher Zeitung*, Austria, 2018 [en línea], disponible en URL <https://www.nzz.ch/international/oesterreich-zieht-sich-aus-uno-migrationspakt-zurueck-ld.1432565?reduced=true> [consultado el 5 de mayo de 2021].

“República Checa también rechaza el Pacto Mundial de la ONU para la Migración”, en *Deutsche Welle*, Alemania, 2018 [en línea], disponible en URL <https://bit.ly/3xEry2r> [consultado el 5 de mayo de 2021].

“Szijjártó: Supporters of Migration Want to Enforce ‘World’s Most Dangerous Migration Compact’”, nota informativa publicada en el portal digital *Hungary Today*, el 22 de junio de 2019 [en línea], disponible en URL <https://hungarytoday.hu/szijjarto-supporters-of-migration-want-to-enforce-worlds-most-dangerous-migration-compact/> [consultado el 5 de mayo de 2021].

“Trump anuncia aranceles de un 5% para todas las importaciones desde México ‘hasta que se resuelva el problema de la inmigración ilegal’”, nota informativa publicada en portal digital *BBC News*, el 30 de mayo de 2019 [en línea], disponible en URL <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-48455073> [consultada el 17 de junio de 2021].

¹ *World Population Prospects 2019: Highlights*, Department of Economic and Social Affairs, ONU, Nueva York, 2019, p. 33.

² *Informe sobre las migraciones en el mundo 2020*, Organización Internacional para las Migraciones, Ginebra, 2019.

³ CANALES, Alejandro, FUENTES, Juan, y DE LEÓN, Carmen, *Desarrollo y Migración. Desafíos y oportunidades en los países del norte de Centroamérica*, CEPAL-FAO-ONU, Ciudad de México, 2019.

⁴ *Perspectivas de la población mundial 2019*, Department of Economic and Social Affairs [en línea], disponible en URL <https://population.un.org/wpp/Download/Standard/Migration/> [consultado: 13 de junio de 2021].

⁵ *Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes*, Asamblea General de las Naciones Unidas, ONU, Nueva York, 2016, p. 3.

⁶ Diversos Estados han tomado medidas conforme a los compromisos asumidos en la Agenda 2030 y el Pacto Mundial para una Migración Segura, Ordenada y Regular; por ejemplo, el Estado de Djibouti ha realizado una evaluación de sus políticas, a fin de crear nuevas estrategias que protejan los derechos humanos de los migrantes. Asimismo, Suiza implementó el acceso al procedimiento de asilo a toda persona que indique que necesita protección internacional. Toma relevancia las estrategias llevadas a cabo por los Estados de Finlandia y Malta, los cuales han implementado la realización de entrevistas a distancia y procedimientos digitales, garantizando con ello, el derecho a la salud y la seguridad personal durante la pandemia del Covid-19, reduciendo de esta manera los procedimientos administrativos. *Vid.* Declaración del Relator Especial sobre los derechos humanos de los Migrantes para el 47°. Período de Sesiones del Consejo de Derechos Humanos de la ONU [en línea] disponible en URL <https://www.ohchr.org/SP/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session47/Pages/ListReports.aspx> [consultado el 22 de junio de 2021].

⁷ *Poblaciones en riesgo: Repercusiones del COVID-19 para en el hambre, la migración y el desplazamiento*, Organización Internacional para las Migraciones, Ginebra, 2020, p. 3.

⁸ *Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*, Asamblea General de las Naciones Unidas, ONU, Nueva York, 2015.

⁹ *Ibidem*, p. 1.

¹⁰ *No dejar a nadie atrás*, Grupo de las Naciones Unidas para el Desarrollo Sostenible, Ginebra, 2021 [en línea] disponible en URL <https://unsdg.un.org/es/2030-agenda/universal-values/leave-no-one-behind> [consultado el 16 de junio de 2021].

¹¹ *Ibidem*, p. 9.

¹² *Declaración del Milenio*, Asamblea General de las Naciones Unidas, ONU, Nueva York, 2000.

¹³ *Vid.* Resolución A/RES/55/2 en la que se establecieron ocho objetivos que la Asamblea General de las Naciones Unidas se había propuesto cumplir para el año 2015:

1) Erradicar la pobreza extrema y el hambre; 2) Lograr la educación primaria universal; 3) Promover la equidad de género; 4) Reducir la mortalidad infantil; 5) Mejorar la salud materna; 6) Combatir el VIH/SIDA, paludismo y otras; 7) Garantizar un medio ambiente y; 8) Fomentar una alianza global para el desarrollo.

De igual manera, en dicha resolución se establecen los valores y principios que deben regir las relaciones internacionales, a fin de lograr que la globalización sea de beneficio tanto para los países consolidados como para los países en transición.

¹⁴ *Transformar nuestro mundo...*, *op. cit.*

¹⁵ *Ibíd.*

¹⁶ El Hogar-Refugio de la 72 en Tenosique, Tabasco, perteneciente a la Red Franciscana para Migrantes, reportó que durante el año 2020 tuvieron un total de 2 mil 836 migrantes, siendo los meses de enero y febrero los picos más altos de afluencia. Al decretarse la pandemia a nivel mundial y los huracanes que azotaron el triángulo norte, la migración disminuyó pero no se detuvo, registrándose entre los meses de marzo y octubre del mismo año un incremento en el paso de migrantes, y entre las principales razones manifestadas por las personas para salir de sus países de origen, se indicó a la pandemia del Covid-19 como la principal causa que había dejado sin trabajo a varios de ellos, así como las consecuencias originadas por los huracanes.

¹⁷ *Declaración de Nueva York...*, *op. cit.*

¹⁸ *Ibíd.*

¹⁹ *Vid.* Resoluciones A/RES/71/280, A/RES/72/244 y A/72/L.67, en las que la Asamblea General de las Naciones Unidas, establecieron los lineamientos a seguir para lograr las negociaciones intergubernamentales entre los Estados miembro, así como con las partes interesadas, las organizaciones civiles, instituciones científicas, autoridades locales, sector privado y los propios migrantes, antes todos ellos que tendrían voz dentro de las negociaciones, mas no voto.

²⁰ *Modalidades para las negociaciones intergubernamentales del Pacto Mundial para una Migración Segura, Ordenada y Regular*, Asamblea General de las Naciones Unidas, ONU, Nueva York, 2017, pp. 4-8.

²¹ *United State ends participation in Global Compact on Migration*, United States Mission to the United Nations, EEUU, 2017 [en línea], disponible en URL <https://usun.usmission.gov/united-states-ends-participation-in-global-compact-on-migration/> [consultada el 4 de mayo de 2021].

²² *Proyecto de documento final de la Conferencia*, Asamblea General de las Naciones Unidas., Nueva York, 2018, p. 1.

²³ *Modalidades para la Conferencia Intergubernamental encargada de Aprobar el Pacto Mundial para una Migración Segura, Ordenada y Regular*, Asamblea General de las Naciones Unidas, ONU, Nueva York, 2018. p. 2.

²⁴ “Szijjártó: Supporters of Migration Want to Enforce ‘World’s Most Dangerous Migration Compact’”, nota informativa publicada en el portal digital *Hungary Today*, el 22 de junio de 2019 [en línea], disponible en URL <https://hungarytoday.hu/szijjarto-supporters->

of-migration-want-to-enforce-worlds-most-dangerous-migration-compact/ [consultado el 5 de mayo de 2021].

²⁵ *En condiciones de seguridad y dignidad: respuestas a los grandes desplazamientos de refugiados y migrantes*, Informe del Secretario General, Asamblea General de las Naciones Unidas, ONU, Nueva York, 2016, p. 23.

²⁶ *Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular*, Asamblea General de las Naciones Unidas, ONU, Marruecos, 2019, p. 3.

²⁷ *Tipología de Instrumentos Internacionales*, Comisión Económica para América Latina y el Caribe, Lima, 2013, pp. 4-8.

²⁸ *Ibid.*

²⁹ *Pacto Mundial para...*, *op. cit.*

³⁰ *Ibid.*

³¹ *Informe sobre las migraciones en el mundo 2020*, Organización Internacional para las Migraciones, Ginebra, 2019, pp. 323-326.

³² *México reafirma su compromiso con el multilateralismo y con la gobernanza efectiva de la migración internacional*, Secretaría de Relaciones Exteriores, Ciudad de México, 2018 [en línea], disponible en URL <https://embamex.sre.gob.mx/vaticano/index.php/noticias/256-mexico-en-el-pacto-mundial-para-una-migracion-segura-ordenada-y-regular> [Consultado el 15 de mayo de 2021].

³³ *Ley de Migración*, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 25 de mayo de 2011, con última reforma de fecha 20 de mayo de 2021, Secretaría de Gobernación, Ciudad de México, 2021, pp. 2-3.

³⁴ *Ibid.*

³⁵ *Ibid.*

³⁶ “Biden will send Mexico surplus vaccine, as U.S. seeks help on immigration enforcement”, nota informativa publicada en el portal digital de *The Washington Post*, el 18 de marzo de 2021 [en línea], disponible en URL https://www.washingtonpost.com/national-security/biden-mexico-immigration-coronavirus-vaccine/2021/03/18/a63a3426-8791-11eb-8a67-f314e5fj88d_story.html [consultada el 13 de mayo de 2021].

RESEÑA DEL TEXTO *VOTO EN PRISIÓN PREVENTIVA*

TEXT OVERVIEW *VOTE IN PREVENTIVE PRISON*

María Cristina de Guadalupe Campos Zavala*

Fecha de recepción: 13 de noviembre de 2020.

Fecha de aceptación y versión final: 19 de diciembre de 2020.

Resumen

El tratamiento que el estado mexicano tiene respecto al ejercicio del voto activo de las personas en prisión preventiva, posiciona a la nación en una situación de negación e invisibilidad de la existencia de este grupo de personas, viéndose afectado a su vez, un gran número de la comunidad de posibles electores que afectan el principio del ejercicio del sufragio universal.

Así pues, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), determinó que una lectura actualizada de la Constitución, debe realizarla desde la perspectiva de hacerla coexistir con dos derechos fundamentales: el derecho a votar y el derecho a la presunción de inocencia, a fin de hacer la interpretación más favorable para las personas. Concluyó que de una interpretación conforme se advierte que, la suspensión del artículo 38, fracción II, de la Constitución no se justifica previo al dictado de una sentencia condenatoria.

Conforme a lo anterior, es criterio de la Sala Superior que se deben eliminar los obstáculos para el ejercicio del derecho a votar, porque las personas sujetas a proceso penal, sin ser condenadas, gozan del derecho de presunción de inocencia, por lo que se determinó que deben continuar en el uso y goce de todos sus derechos.

Abstract

The Mexican State's treatment regarding the exercise of the right to vote by individuals in pre-trial detention places the nation in a position of denial and invisibility of the existence of this group of persons, which sequentially affects a large number of the community of potential voters. This affects the principle of the exercise of universal suffrage.

Thus, the Nation's Supreme Court of Justice (SCJN) ruled that an updated reading of the Constitution must be carried out from the perspective of making it coexist with two fundamental rights: the right to vote and the right to the presumption of innocence, in order to make the interpretation more favorable to the individual. It concluded that a consistent interpretation shows that the suspension of article 38, section II, of the Constitution is not justified prior to the passing of a conviction.

Accordingly, it is the opinion of the Higher Chamber that obstacles to the exercise of the right to vote should be removed, since individuals subject to criminal proceedings, not yet convicted, enjoy the right to be presumed innocent, and it was determined that they should continue to exercise and enjoy all of their rights.

Conceptos clave: Voto, prisión preventiva, derechos humanos, justicia, incluyentes.

Keywords: Vote, preventive prison, human rights, justice, inclusive.

* Licenciada en Derecho y Ciencias Jurídicas, con maestría en materia electoral, y actualmente se desempeña como Consejera Electoral en el Instituto Electoral de Participación Ciudadana del Estado de Durango.

1. Introducción

El Instituto Electoral del Estado de Querétaro, pone a nuestra disposición el texto denominado *Voto en prisión preventiva*, coordinado por Carlos Rubén Eguarte Mereles y consistente en siete ensayos de reconocidos conocedores de la materia electoral, tanto en el ámbito administrativo como jurisdiccional.

Sin lugar a dudas, una de las características de las ciencias sociales, y entre ellas se encuentra la materia electoral, es el dinamismo con que se van adaptando a las exigencias de la sociedad; el reconocimiento de los derechos políticos, desde el enfoque de derechos humanos y la democracia incluyente son materia de estudio y análisis, que nos ponen sobre la mesa temas tales como violencia política en razón de género, acciones afirmativas para mujeres, jóvenes, personas con alguna discapacidad, pueblos y comunidades indígenas, personas de la diversidad sexual, así como para afrodescendientes y en consecuencia se hacen visibles a los grupos minoritario, dando como resultado que se traspasen las fronteras de la agenda político-electoral y se hable de un lenguaje incluyente en escuelas, foros de discusión, libros y revistas de cualquier índole; así pues, el concepto de paridad en todo, ha venido a colocar a la mujer en espacios de la administración pública ocupando un número de plazas igual o mayor que los varones, demostrando capacidad y aptitudes para desempeñar cualquier cargo.

De todas estas acciones encaminadas a lograr que la democracia sea entendida como un sistema de vida fundado en el constante mejoramiento económico, social y cultural del pueblo (artículo 3 constitucional), tal vez el más reciente y ambicioso proyecto, sea el de garantizar el voto a las y los ciudadanos que se encuentran privados de su libertad sin haber sido aún sujetos a una condena.

El primero de junio de 2018, dos personas reclusas en el Centro Estatal de Reinserción Social “El Amate”, del municipio de Cintalapa, Chiapas, impugnaron ante la Sala Superior del Tribunal la omisión del Instituto Nacional Electoral de emitir los lineamientos que les permitiera ejercer su derecho a votar como personas que se encuentran reclusas sin haber sido condenadas a través de una sentencia. En consecuencia, el 20 de febrero de 2019, la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la

Federación concluyó que las personas en prisión que no han sido sentenciadas tienen derecho a votar, porque se encuentran amparadas bajo el principio de presunción de inocencia, en tal sentido le ordenó al Instituto Nacional Electoral llevar a cabo una prueba piloto en 2021, con miras a su implementación en el 2024¹.

El libro Voto en prisión preventiva, consta de 167 páginas, se terminó de imprimir en mayo de 2021, en los talleres gráficos Tirant Lo Blanch y podemos acceder a él también con la descarga gratuita en código QR. El prólogo corre a cuenta de Leonardo Valdés Zurita, quien en unas cuantas líneas nos introduce en el tema y nos hace ver el sentido de la construcción democrática en la que estamos inmersos como sociedad y como país.

2. Desarrollo

Como se anticipó, el contenido del libro se divide en siete ensayos, cada uno cuenta con una introducción, planteamiento y conclusión, esquema que facilita su lectura y comprensión. El primero de estos ensayos, corresponde a la Consejera Electoral del Instituto Nacional Electoral, Dania Paola Ravel Cuevas, quien aborda el tema desde un enfoque del reconocimiento de los conceptos de ciudadanía y derechos políticos, así como una interesante numeraria de la población de los centros penitenciarios haciendo ver que para el año 2018, un total de 75,030 personas estaban en espera de una sentencia definitiva o en proceso. La lectura de este capítulo, nos hace reflexionar sobre la restricción del derecho a votar de las personas que se encuentran privadas de su libertad, sobre todo en el caso de aquellas a las que aún no se les comprueba la comisión de delito. La Consejera Ravel Cuevas nos deja en claro que los derechos políticos, al ser parte de los derechos humanos, se rigen bajo el principio de no discriminación, por lo que bajo esta luz se debe acatar la Sentencia SUP-JDC-352/2018 y su acumulada SUP-JDC-353/2018².

Le corresponde a Felipe de Mata Pizaña, Magistrado de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, desarrollar el segundo de los ensayos, en el cual nos adentra en el sistema acusatorio en nuestro país, así como en los principios que lo inspiran, haciendo hincapié

en el principio de presunción de inocencia: *A nadie se le puede tachar de culpable de un delito determinado sin antes haber recibido una condena de parte de una autoridad judicial*. Bajo esta primicia, presenta un estudio minucioso de la sentencia SUP-JDC-352 y Acumulado, abordando desde quienes son los actores y que los llevó a considerar que se violentaba uno de sus derechos ciudadanos según la interpretación del artículo constitucional 38, fracción II, así como la obligación de aplicar el principio pro persona, consagrado en el segundo párrafo del artículo primero de la Constitución Federal, para concluir que los operadores de justicia deben hacer una interpretación de la norma de una forma evolutiva, razonable e idónea, que permita reconocer, proteger y dotar de sentido a los valores y principios desde una dimensión viva y eficaz que permitan ajustarlos a los nuevos contextos y realidades³.

El tercero de los ensayos corre a cuenta de Felipe Alfredo Fuentes Barrera, Magistrado de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, quien cita oportunamente a Giovanni Sartori al señalar que la democracia, de la manera en que se entiende hoy en día, tiene gran parte de su legitimidad en la representación, por ende, no es suficiente que los ciudadanos ejerzan su derecho al voto, sino, además deben confiar en que su opinión tendrá el mismo valor que la de cualquier otro votante⁴. A través del texto nos quedan claros los conceptos tanto de voto activo como de voto pasivo y hacemos un recorrido entre tesis, contradicciones de tesis, acciones de inconstitucionalidad y jurisprudencias, hasta llegar a las razones de fondo que obligan a maximizar el derecho al voto activo de las personas sujetas a prisión preventiva, lo que conlleva de alguna manera a atender la hasta ahora imposibilidad de contar con casillas electorales en prisión así como de regular la dificultad de hacer campañas y elegir funcionarios de casilla dentro de una prisión.

En este mismo capítulo, después de un minucioso análisis a la fracción II del artículo 38 constitucional, el autor concluye que la restricción al derecho al voto señalada en el precepto antes citado, nos obliga a seguir reflexionando sobre el tema, teniendo en cuenta los modelos interpretativos

y estándares que permitan la mayor defensa de los derechos político electorales, pero siempre dentro de las posibilidades que la propia Constitución establece⁵.

Roselia Bustillo Marín⁶ aborda el tema bajo la óptica cien por ciento incluyente, reconociendo en los derechos humanos los alcances de la sentencia recaída en el multicitado SUP-JDC-352/2028 y acumulado, en el que se concluye que las aquellas personas que se encuentran en prisión preventiva, tienen el derecho a votar para los cargos de elección popular, y señala, que la intervención de las instituciones del Estado es necesaria y obligatoria para crear mecanismos per permitan acceder a dicho derecho. De ahí que se vincula al Instituto Nacional Electoral para que, en plenitud de sus atribuciones lleve a cabo una etapa de prueba que tenga como resultado que en las elecciones del año 2024 las personas en prisión preventiva voten.

Corresponde a Constancio Carrasco Daza⁷ y Roberto Zozaya Rojas⁸ la presentación del ensayo denominado El derecho al voto de las personas privadas de su libertad. Gran ausente de la ruta de la Consolidación Democrática. Si algo nos queda claro de la lectura de estas líneas es el que la historia no se construye en un día, los grandes acontecimientos se van conformando con ideas, acciones y suma de esfuerzos, es decir, para estar hoy hablando de la accesibilidad al voto de las personas en prisión preventiva, han tenido que llevarse a cabo estudios comparados, exigencias, demandas y es que el avance jurisprudencial con un sentido de progresividad encuentra sustento en tratados internacionales, de ahí que los autores de este ensayo, presentan a quienes los leemos, un análisis de las resoluciones que en materia de garantía de derechos humanos se han dado tanto en nuestro país como en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y en países tales como Canadá y Argentina.

Desmenuzar el artículo del multicitado artículo 38 constitucional en lo que corresponde a la fracción II, y vincularlo con el sentido del voto de los Magistrados que integran la Sala Superior que apoyaron el proyecto de resolución así como de aquellos tres que no lo respaldaron, es el tema que corresponde poner sobre la mesa a Pedro Salazar Ugarte⁹ y Carlos Ernesto

Alonso Beltrán¹⁰ desde su óptica, el análisis que motiva el voto de la mayoría obedece a que las personas en prisión que no han sido sentenciadas se encuentran amparadas bajo la presunción de inocencia, por lo tanto, tienen derecho a votar, aunque al estar privadas de la libertad tienen una imposibilidad física para ejercer su derecho¹¹.

El voto particular en la resolución del SUP-JDC-352/2018 y acumulado, lo emiten los Magistrados Felipe Alfredo Fuentes Barrera, Indalfer Infante Gonzáles y Reyes Rodríguez Mondragón, argumentando, entre otras cosas, que la interpretación que realizó la Sala Superior ignoraba tres cuestiones fundamentales en cuanto al multicitado artículo 38, fracción II de la Constitución Federal, sus alcances y los vínculos con los efectos de otros artículos de la misma Carta Magna. Primero, argumentan que se dejó de observar la línea jurisprudencial desarrollada por la Suprema Corte, ya que, el Tribunal se sujetó únicamente al uso de los criterios ya establecidos. Este argumento encuentra sustento en el artículo 235 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación. Segundo, la fracción II del artículo 38 no es una norma aislada, por lo que prácticamente reproduce los efectos de la fracción III del mismo artículo; y tercero, el Tribunal se encuentra impedido para realizar un control constitucional, lo cual consideran necesario para dejar sin efectos a la fracción II del artículo 38.

El último de los ensayos contenidos en el texto que nos ocupa, lleva por título Democracia, derechos humanos y presunción de inocencia: la debida articulación que garantiza los derechos políticos y corre a cuenta de Fabiola Martínez Ramírez, quien se desempeña como Profesora de posgrado en Derecho de la UNAM y además es miembro del Sistema Nacional de Investigadores de Conacyt.

Este capítulo versa sobre el principio de presunción de inocencia, el cual ya era considerado desde el Derecho Romano y hoy por hoy, constituye un eje rector en los regímenes de la democracia. Así pues, llegar a una verdadera participación política en igualdad y sin discriminación a través del reconocimiento de la importancia que tienen los derechos políticos para el ejercicio de cualquier otro derecho es a lo que debemos aspirar. En el dicho de Martínez Ramírez, es indispensable evaluar y encaminar los

esfuerzos a limitar la presión preventiva en mayor medida, ya que las restricciones a un derecho individual como puede ser el de votar, acarrea importantes implicaciones en todo el sistema de decisiones públicas y políticas¹².

3. Conclusiones

Si falta una persona de poder ejercer su derecho al voto, no está completa nuestra democracia.

La redacción de esta reseña espera cumplir con dos objetivos, el primero y el más ambicioso: dejar ver que la democracia la construimos en el día a día y que es una suma de esfuerzos y voluntades; la segunda, y no por ello menos importante: despertar el interés por consultar el texto que da origen a este trabajo.

Me permito citar al artículo 21, numerales 1 y 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, los cuales establecen que toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos; y que toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país.

Al ser uno de los principios rectores de la actuación dentro de los organismos electorales el de la legalidad, encontramos sustento para nuestra actividad en el artículo 41, párrafo segundo, Base V, Apartados A y C de la Constitución Federal, la organización de las elecciones es una función estatal que se realiza a través del Instituto Nacional Electoral y de los Organismos Públicos Locales Electorales, observando en todo momento los principios rectores de certeza, legalidad, independencia, imparcialidad, máxima publicidad, objetividad y paridad de género.

No nos es ajeno el que la no discriminación genera obligaciones para el servicio público que deben cumplirse; pero también debe modificarse la actitud ética de quienes ejercen el servicio público hacia esta problemática para hacer que éste no constituya un obstáculo para el ejercicio de derechos por parte de las personas, grupos y poblaciones que experimentan la

discriminación. En este sentido, la discriminación requiere alternativas de Estado para combatirla.

Una democracia inclusiva y plural asume y entabla un diálogo en la comunidad que toma en serio la universalidad del voto, en ese sentido, los mandatos que optimizan la protección de los derechos políticos de una sociedad dotan de elementos que garantizan a la ciudadanía el desarrollo en toda expectativa de vida a partir de un consenso entre estado y sociedad, cuya vía no es más que a través del voto activo.

En atención a la sentencia, el INE implementó una prueba piloto mediante una muestra representativa, plural y heterogénea, con la finalidad de valorar la diversidad de contextos de cada centro de reclusión, para lo cual consideró los siguientes aspectos:

- Muestra representativa de las personas en prisión que abarque todas las circunscripciones y diversos distritos electorales.
- Tomar en cuenta varios reclusorios en distintas entidades federativas, que abarquen una parte representativa en cada una de las circunscripciones electorales.
- Desarrollar la prueba piloto en centros de reclusión femeniles y varoniles, con perspectiva de género e interculturalidad.¹³

Por lo tanto, estas acciones que se denominan medidas de nivelación buscan hacer efectivo el acceso de todas las personas a la igualdad real de oportunidades eliminando las barreras que obstaculizan el ejercicio de derechos y libertades a los grupos en situación de discriminación o vulnerabilidad, y el fin último debe ser proteger la expresión electoral de la totalidad de la ciudadanía promoviendo su participación.

Fuentes de Información

CENSO NACIONAL DE SISTEMA PENITENCIARIO FEDERAL 2019, Instituto Nacional de Estadística y Geografía, Disponible en línea en <https://www.inegi.org.mx/programas/cnspef/2019/default.html#Documentación>.

TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, Jurisprudencia 39/2013, con el rubro: *SUSPENSIÓN DE LOS DERECHOS POLÍTICO-ELECTORALES DEL CIUDADANO PREVISTA EN LA FRACCIÓN II DEL ARTÍCULO 38 CONSTITUCIONAL. SÓLO PROCEDE CUANDO SE PRIVE DE LA LIBERTAD*, Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral, año 6, núm. 13, 2013, pp. 76, 77 y 78.

TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, Jurisprudencia 21/2013, con el rubro: *PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. DEBE OBSERVARSE EN LOS PROCEDIMIENTOS SANCIONADORES ELECTORALES*, Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral, año 6, núm. 13, 2013, pp. 59 y 60.

TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, SUP-JDC-352/2018 y SUP-JDC-353/2018 ACUMULADO, Sentencia del 20/02/2019.

VOTO PARTICULAR que emiten los Magistrados Felipe Alfredo Fuentes Barrera, Indalfer Gonzáles y Reyes Rodríguez Mondragón, en el asunto SUP-JDC-352/2018 y SUP-JDC-353/2018 ACUMULADO, Sentencia del 20/02/2019, p. 59.

EGUIARTE MERELES, Carlos Rubén (Coord.), Voto en prisión preventiva, Instituto Electoral del Estado de Querétaro, México.

¹ Voto en prisión preventiva, *www.ine.mx* 22 de mayo 2021.

² Para aquellos que no están familiarizados con la terminología electoral jurisdiccional, me permito hacer la siguiente acotación: la sentencia hace referencia a que fue dictada por la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (SUP) y que le dio origen un Juicio para la Protección de los Derechos Político-electorales del Ciudadano (JDC), el número consecutivo y el año en que se dictó, en este caso 2018.

³ DE LA MATA PIZAÑA, Felipe, *El derecho a votar de las personas en prisión preventiva, en El Voto en Prisión Preventiva*, IIEEQ 2021, p. 51.

⁴ DE LA MATA PIZAÑA, Felipe, *El derecho a votar de las personas en prisión preventiva, en El Voto en Prisión Preventiva*, IIEEQ 2021, p. 51.

⁵ DE LA MATA PIZAÑA, Felipe, *El derecho a votar de las personas en prisión preventiva*, en *El Voto en Prisión Preventiva*, IIEEQ 2021, p. 78.

⁶ Secretaría de Estudio y Cuenta de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación adscrita a la ponencia del Magistrado Felipe de la Mata Pizaña.

⁷ Titular de la Unidad de consolidación del nuevo sistema de justicia penal del Consejo de la Judicatura Federal.

⁸ Secretario Técnico adscrito a la Unidad de consolidación del nuevo sistema de justicia penal del Consejo de la Judicatura Federal.

⁹ Director y miembro del Sistema Nacional de Investigadores SNI III.

¹⁰ Asistente de investigación en el Instituto de Investigaciones jurídicas UNAM.

¹¹ SALAZAR UGARTE Y ALONSO BELTRÁN, *Dos tribunales, una sentencia en Voto en prisión preventiva*, p. 131.

¹² MARTÍNEZ RAMÍREZ, *Democracia, derechos humanos... en Voto en prisión preventiva*, p. 166.

¹³ Voto en prisión preventiva, www.ine.mx 22 de mayo 2021.