LXII LEGISLATURA
CÁMARA DE DIPUTADOS

CEDIP
Centro de Estudios de Derecho e Investigaciones Parlamentarias

LEGISLATIVO Quórum CIENTONUEVE

ELEMENTOS REFERENCIALES PARA EL DISEÑO DE LOS CRITERIOS DE OPORTUNIDAD EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO MEXICANO
Lic. Oscar Uribe Benítez

INSTRUMENTOS PARA LA INVESTIGACIÓN DE LOS DELITOS Y SU EFICACIA PROBATORIA
Lic. Oscar Uribe Benítez

MEDIDAS LEGALES CONTRA EL BULLYING EN ESPAÑA Y EUA
Lic. Angélica Hernández Reyes

MARCO JURÍDICO DE LOS ASENTAMIENTOS HUMANOS EN MÉXICO
Mtro. Jesús Ruíz Munilla

NUEVAS FIGURAS DE LA LEY DE MIGRACIÓN EN MÉXICO
Lic. Juan Manuel Escuadra Díaz

ANÁLISIS DE LAS COMPETENCIAS FEDERAL, ESTATAL Y MUNICIPAL DE LAS AGUAS NACIONALES
Mtra. Xochitl Garmendia Cedillo

LEGISLATIVO

Quórum

CIENTONUEVE

QUÓRUM LEGISLATIVO 109

JULIO-SEPTIEMBRE 2012

ISSN 1870727-0

DERECHOS RESERVADOS
ENERO 2007

La reproducción parcial o total de esta publicación, sin la autorización previa de la Cámara de Diputados, dará lugar a las sanciones previstas por la ley

El contenido del trabajo de Investigación que se publica, así como las impresiones y gráficas utilizadas, son responsabilidad del autor, lo cual no refleja necesariamente el criterio editorial

QUÓRUM LEGISLATIVO 109

INVESTIGACIONES

ELEMENTOS REFENRENCIALES PARA EL DISEÑO DE LOS CRITERIOS DE OPORTUNIDAD EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO MEXICANO
LIC. OSCAR URIBE BENÍTEZ

INSTRUMENTOS PARA LA INVESTIGACIÓN DE LOS DELITOS Y SU EFICACIA PROBATORIA
LIC. OSCAR URIBE BENÍTEZ

MEDIDAS LEGALES CONTRA EL BULLYING EN ESPAÑA Y EUA
LIC. ANGÉLICA HERNÁNDEZ REYES

MARCO JURÍDICO DE LOS ASENTAMIENTOS HUMANOS
MTRO. JESÚS RUÍZ MUNILLA

NUEVAS FIGURAS DE LA LEY DE MIGRACIÓN EN MÉXICO
LIC. JUAN MANUEL ESCUADRA DÍAZ

ANÁLISIS DE LAS COMPETENCIAS FEDERAL, ESTATAL Y MUNICIPAL DE LAS AGUAS NACIONALES
MTRA. XOCHITL GARMENDIA CEDILLO

LXII LEGISLATURA

CÁMARA DE DIPUTADOS

PRESIDENTE DE LA CÁMARA DE DIPUTADOS
Dip. Jesús Murillo Karam

JUNTA DE COORDINACIÓN POLÍTICA

PRESIDENTE
Dip. Luis Alberto Villarreal García

INTEGRANTES
Dip. Manlio Fabio Beltrones Rivera
Dip. Silvano Aureoles Conejo
Dip. Arturo Escobar y Vega
Dip. Alberto Anaya Gutiérrez
Dip. Ricardo Monreal Ávila
Dip. Lucila Garfias Gutiérrez

SECRETARIO GENERAL
Dr. Fernando Serrano Migallón

SECRETARIO DE SERVICIOS PARLAMENTARIOS
Lic. Juan Carlos Delgadillo Salas

SECRETARIO DE SERVICIOS ADMINISTRATIVOS Y FINANCIEROS
Ing. Ramón Zamanillo Pérez

DIRECTOR GENERAL DEL CENTRO DE ESTUDIOS DE DERECHO E INVESTIGACIONES PARLAMENTARIAS

Lic. César Becker Cuéllar

ÍNDICE

PRESENTACIÓN 1

INVESTIGACIONES 3

ELEMENTOS REFENRENCIALES PARA EL DISEÑO DE LOS CRITERIOS DE OPORTUNIDAD EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO MEXICANO
Lic. Oscar Uribe Benítez 5

INSTRUMENTOS PARA LA INVESTIGACIÓN DE LOS DELITOS Y SU EFICACIA PROBATORIA
Lic. Oscar Uribe Benítez 47

MEDIDAS LEGALES CONTRA EL BULLYING EN ESPAÑA Y EUA
Lic. Angélica Hernández Reyes 95

MARCO JURÍDICO DE LOS ASENTAMIENTOS HUMANOS
Mtro. Jesús Ruíz Munilla 159

NUEVAS FIGURAS DE LA LEY DE MIGRACIÓN EN MÉXICO
Lic. Juan Manuel Escuadra Díaz 185

ANÁLISIS DE LAS COMPETENCIAS FEDERAL, ESTATAL Y MUNICIPAL DE LAS AGUAS NACIONALES
Mtra. Xochitl Garmendia Cedillo 211

PRESENTACIÓN

Con el afán de continuar allegando a nuestros lectores información y estudios de actualidad sobre temas vinculados al quehacer de los legisladores, en esta edición de Quórum Legislativo presentamos seis artículos llevados a cabo por colaboradores del Centro de Estudios de Derecho e Investigaciones Parlamentarias.

Derivado de la reforma constitucional llevada a cabo en el año 2008, cada vez con mayor frecuencia escuchamos que el sistema de justicia penal dejará de ser inquisitivo o mixto, para caracterizarse por ser de tipo acusatorio y adversarial, lo que implicará la necesidad de familiarizarnos con nuevas figuras jurídicas, que si bien son de añeja tradición en otros sistemas jurídicos, en México resultan de novedoso conocimiento, como es el caso de los criterios de oportunidad que se analizan en la investigación titulada Elementos referenciales para el diseño de los criterios de oportunidad en el Sistema Penal Acusatorio, donde el autor efectúa un claro y pormenorizado estudio, incorporando antecedentes históricos y de derecho comparado relacionados con dicha figura para permitir al lector, comprender el contenido y alcance que le dio el Poder Reformador a los criterios de oportunidad, arribando a la conclusión de que son susceptibles de aplicación desde la averiguación previa hasta la audiencia de juicio.

Continuando con el análisis de aspectos relacionados con la justicia penal, se incorpora también la investigación denominada Instrumentos para la investigación de los delitos y su eficacia probatoria, donde el autor efectúa un análisis serio y detallado de los instrumentos jurídicos previstos a nivel constitucional para permitir tanto al ofendido como al imputado, además del ministerio público aportar hechos y pruebas al proceso a partir de la investigación que cada parte realice, para crear convicción en el juzgador en torno a la culpabilidad o inocencia del acusado. Dicho trabajo seguramente generará en el lector una mejor comprensión de los nuevos paradigmas que en la justicia penal habrán de regir durante los años venideros.

Otro tema de total actualidad es el relativo a la violencia física o moral que de manera sistemática niñas, niños y jóvenes ejercen sobre otros menores con la finalidad de intimidarlos y ejercer dominación sin que exista justificación y mucho menos provocación- Ciertamente, durante los recientes años hemos venido escuchando que la violencia escolar con las características descritas, crece día a día, sin que las autoridades escolares logren prevenirlo, por lo cual, un estudio de derecho comparado como el que se presenta, brinda información valiosa desde la visión jurídica, que es desde la perspectiva que se desarrolla el trabajo titulado: Medidas legales contra el bullying en España y Estados Unidos de América.

El cuarto trabajo de investigación que se incluye en esta edición, analiza el Marco Jurídico de los Asentamientos Humanos vigente en nuestro país, bajo la perspectiva del autor de que si bien el índice de crecimiento desmedido en zonas urbanas se ha contenido durante los últimos treinta años, es necesario analizar si el marco jurídico vigente de los asentamientos humanos resulta adecuado o requiere de modificaciones, para con ello, poner a disposición de los legisladores información que les pudiera resultar de utilidad en las funciones legislativas que corren a su cargo.

Por otra parte, se incorpora un análisis de las nuevas figuras migratorias contenidas en la ley de la materia publicada en el Diario Oficial de la Federación el 25 de mayo de 2011.

El tema de la movilidad de grupos humanos ha aumentado ante la globalización que se vive a nivel mundial, lo cual condujo a que el legislador federal tuviera que analizar y adecuar la regulación que en materia migratoria ha regido en México, por lo cual, el estudio que se presenta, es sin duda interesante al presentar en forma sencilla un análisis de las figuras migratorias que en lo subsecuente habremos de escuchar cada vez con más frecuencia, ya que las calidades y características migratorias serán tema del pasado pues conforme a la nueva ley sólo habrá condiciones de estancia, se apuntan los nuevos mecanismos previstos en el ordenamiento legal para la internación al país, las nuevas autoridades facultadas para regular, aprobar y vigilar la estancia de extranjeros en territorio nacional, así como también se analizan los derechos y obligaciones conferidos a los no nacionales, entre otros aspectos.

Finalmente en esta edición presentamos el estudio titulado Análisis de las competencias federal, estatal y municipal de las aguas nacionales. Pasado presente y futuro del agua en México. Una propuesta de reforma constitucional. Este trabajo seguramente aportará al lector importante información respecto de la problemática que se está presentando respecto del manejo del vital líquido, especialmente en nuestro país, así como la forma en que se encuentra regulado desde el enfoque de las competencias de los tres niveles de gobierno
Y la estructura funcional de la autoridad del agua, para finalmente, presentar una propuesta de reforma constitucional con la cual, en opinión de la autora, se optimizaría el uso, manejo y aprovechamiento del agua.

Estamos seguros que la selección de temas incorporados en esta edición de Quórum Legislativo, cubrirá las expectativas de los legisladores y estudiosos del derecho que trimestralmente nos favorecen con su lectura.

Mtro. César Becker Cuellar
Director General del CEDIP

INVESTIGACIONES

ELEMENTOS REFERENCIALES PARA EL DISEÑO DE LOS CRITERIOS DE OPORTUNIDAD EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO MEXICANO

LIC. ÓSCAR URIBE BENÍTEZ*

* Licenciado en Derecho, por la Universidad Nacional Autónoma de México. Investigador "A", del Centro de Estudios de Derecho e Investigaciones Parlamentarias, de la Cámara de Diputados.

I. INTRODUCCIÓN

En el Diario Oficial de la Federación de 18 de junio de 2008, se publicó el Decreto por virtud del cual se reformaron diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, entre los cuales se encuentran los artículos 16, párrafo segundo (actualmente párrafo tercero) y decimotercero (actualmente párrafo decimocuarto); 17, párrafos tercero (actualmente párrafo cuarto), cuarto (actualmente párrafo quinto) y sexto (actualmente párrafo séptimo); 19, 20 y 21, párrafo séptimo, que constituyen el sistema procesal penal acusatorio, el cual entrará en vigor cuando lo establezca la legislación secundaria correspondiente, según lo dispuso el párrafo primero del artículo segundo transitorio del mencionado Decreto[1]

Este sistema procesal penal acusatorio, en su artículo 21, párrafo séptimo, constitucional, estableció para el Ministerio Público la facultad discrecional de perseguir los delitos; es decir, del ejercicio de la acción penal, no como un principio sino bajo criterios de oportunidad, cuyos supuestos y condiciones se determinarán en la ley.

Dicha ley lo es el Código Federal de Procedimientos Penales, el cual después del 18 de junio de 2008 ha sido reformado en cinco ocasiones, cuyas publicaciones en el Diario Oficial de la Federación son del 23 de enero de 2009, 9 de junio de 2009, 20 de agosto de 2009, 18 de junio de 2010 y 19 de agosto de 2010; sin embargo, a la fecha de terminación de este trabajo, no han sido regulados los criterios de oportunidad, sin dejar de tener presente que en el párrafo primero del artículo segundo transitorio del expresado Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de 18 de junio de 2008, se estableció que el sistema procesal penal acusatorio entrará en vigor cuando la ley secundaria correspondiente lo establezca, sin exceder el plazo de ocho años, contado a partir del día siguiente de esa publicación.

La regulación pendiente de los criterios de oportunidad, le dan pertinencia y justificación al presente trabajo, cuyo objetivo es explorar la regulación de la prosecutorial discretion y del principio de oportunidad en otros países, para proporcionar a los legisladores federales una gama de criterios que les auxilie en el diseño de los criterios de oportunidad, pero acordes con los demás principios constitucionales.

En razón de lo anterior, y con la finalidad de tener una cabal comprensión acerca de los criterios de oportunidad, consideramos exponer en el capítulo II los antecedentes y fundamentos filosóficos de los principios de legalidad y de oportunidad, cuyo conocimiento nos permite abordar el estudio, en el capítulo III, del principio de legalidad y los criterios de oportunidad consagrados en nuestra

[1] Véase Diario Oficial de la Federación de 18 de junio de 2008.

Constitución en vigor. En el capítulo IV, nos abocamos a exponer brevemente la regulación de la prosecutorial discretion en los Estados Unidos; y del principio de oportunidad, en Perú, Colombia, Chile y Alemania, cuya selección de estos países obedece a su distinta regulación de la persecución penal, que podríamos clasificar como discrecionalidad amplia, mediana y acotada. En el capítulo V, plasmamos nuestras conclusiones; y en el VI, la bibliografía utilizada, así como otras fuentes.

II. ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS DE LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD Y DE OPORTUNIDAD *(PROSECUTORIAL DISCRETION)*

A) Principio de legalidad. Hay quien sostiene que este principio tiene su origen en la Inquisición, al establecer como su principal fundamento la persecución penal pública y la averiguación de la verdad histórica.[2]

De las características que destaca Carrara acerca de los sistemas de enjuiciamiento penal acusatorio, inquisitivo y mixto, se puede advertir que en el primero la acusación privada la tiene un particular cuando le afecta; y la acusación pública la tienen los ciudadanos cuando el delito ofende a la sociedad, pero considera que nada se opone a que la acusación se ejerza como función pública por un funcionario como representante de la sociedad, y hay continuidad en el contexto; mientras que en el segundo de los sistemas, el juez investiga, hay interrupción de actos y la formulación de la sentencia, a *la voluntad del juez.*[3] Es decir, en el sistema acusatorio rige el principio dispositivo y en el inquisitivo el de oficiosidad, entendido como el deber de impulsar el proceso de principio a fin por un empleado público.

Ferrajoli advierte que las diferencias entre el modelo teórico y la tradición histórica del sistema acusatorio y del sistema inquisitivo, no coinciden por no estar conectados lógicamente; por ejemplo, en el sistema acusatorio la tradición histórica pero no el modelo teórico alude a la discrecionalidad de la acción penal; y en el sistema inquisitivo, no es típico ni exclusivo del mismo la obligatoriedad y la irrevocabilidad de la acción penal. Sin embargo, al afirmarse el carácter público del derecho penal y sus funciones de prevención general de venganzas y delitos, la acusación también perdió progresivamente su originaria naturaleza privada, asumiendo carácter y modalidades públicos.[4]

---

[2] ANÍBAL MAGLIONE, Enrique, El principio de oportunidad como instrumento de política criminal del Estado para la resolución del conflicto penal, Derecho Penal Online, Revista electrónica de doctrina y jurisprudencia en línea, (26 de agosto de 2010), disponible en: http://www.derechopenalonline.com

[3] CARRARA, Francesco, Programa de Derecho Criminal, Parte General, volumen II, Argentina, Temis Depalma, 1977, pp. 297, 298, 301 y 304.

[4] FERRAJOLI, Luigi, Derecho y razón, 6ª edición, España, Editorial Trotta, 2004, pp. 563 y 568.

Puntualiza el jurista italiano que la discrecionalidad de la acción y la disponibilidad de las imputaciones y de las pruebas que se ha conservado en algunos sistemas acusatorios, son un reducto, injustificado, del carácter originariamente privado y después cívico o popular de la iniciativa penal. Entiende que la discrecionalidad y disponibilidad, que se manifiesta en los Estados Unidos en la negociación de declaración de culpabilidad, a cambio de reducir la gravedad de la acusación o de beneficios penales, son fuente inagotable de arbitrariedades. Excluido del modelo teórico acusatorio la discrecionalidad de la acusación, se entiende que comporta lógica y funcionalmente el principio de la obligatoriedad y de la irrevocabilidad de la acción penal por los acusadores públicos, como exclusiva o concurrente con otras formas amplias de acción popular y voluntaria.[5]

Agrega, que el proceso anglosajón es fruto de la unión híbrida entre el carácter público de la acusación y de los órganos a los que está asignada, de derivación inquisitiva, y la discrecionalidad de su ejercicio, que es de ascendencia acusatoria. Que es absurda la figura de un acusador público no sujeto a la ley y dotado del poder de elegir arbitrariamente qué infracciones penales sean merecedoras de persecución o también de predeterminar la medida de la pena al negociarla con el imputado. Si la publicidad de la acción conlleva la obligatoriedad de su ejercicio para los órganos públicos competentes, no implica en modo alguno una titularidad exclusiva, siendo compatibles con el modelo teórico acusatorio formas autónomas, libres y subsidiarias de acción popular para integrar la acción del ministerio público en defensa de los derechos e intereses, individuales o colectivos, ofendidos por el delito, y a solicitar y a remediar la inercia culpable de los órganos públicos; y a permitir la participación y el control popular del ejercicio de la acción penal e indirectamente de la función judicial en su conjunto.[6]

Concluye Ferrajoli afirmando que al contrario, en la tradición inquisitiva, donde la acusación era obligatoria para los ciudadanos y discrecional para los acusadores públicos, la acción penal debe ser un deber para los órganos del ministerio público y un derecho para los ciudadanos. Por obligatoriedad de la acción penal no debe entenderse un irrealizable deber de proceder por el más leve u oculto delito, sino sólo la obligación de los órganos de la acusación pública de promover el juicio sobre toda notitia criminis que llegue a su conocimiento, aunque sea para después pedir el archivo o la absolución, cuando consideren que el hecho es penalmente irrelevante o que no existen indicios de culpabilidad.[7]

Este deber u obligación de ejercer la acción penal, ha tenido su fundamento en la ley, por tal motivo se evoca con el principio de legalidad.

---

[5] Ibídem, pp. 568 y 569.
[6] Ibídem, p. 570.
[7] Ídem.

El principio de legalidad, tiene como sustento filosófico a Kant y Hegel, por medio de la teoría absoluta de la pena, en cuanto a que todo hecho en apariencia delictivo debe traducirse, necesaria y obligatoriamente, en una acusación y en un proceso penal. El fundamento de esta teoría absoluta de la pena, reside en la retribución del daño causado, compensar un mal como forma de reparar la lesión jurídica y extinguir la culpabilidad del autor, para reingresar en la sociedad.[8]

Para Kant la pena es una necesidad ética, cualquier otro fin atentaría contra la dignidad de la persona y la reduce a un objeto. Para Hegel el delito es la negación del derecho; y la pena, la negación de la negación.[9]

B) Principio de oportunidad *(Prosecutorial Discretion)*.

1. En el derecho inglés. Antiguamente su sistema de persecución era privado basado en la guerra privada, el cual evolucionó al sistema reparatorio; paralelamente surgió el delito contra la paz del rey. La invasión normanda no le restó importancia al papel de la víctima o de sus parientes, quienes podían iniciar la persecución a través del juicio de jurados o resolver la disputa mediante combate físico con el acusado. La acusación se ha explicado como una garantía individual contra la posible persecución arbitraria por el poder público.[10]

Mientras en los países de tradición jurídica romano-canónica adoptaron y desarrollaron formas inquisitivas, en el derecho inglés se desarrolló el procedimiento del jurado, el que en el siglo XIII una vez designados sus miembros tenían el deber de investigar los hechos sobre los que tenían que pronunciarse ante el tribunal, recolectar y evaluar las pruebas, así como expresar el resultado en el veredicto. Este jurado inquisitivo fue transformado al finalizar la edad media por un jurado pasivo, con lo cual se consolidó el sistema de acusación privada, de manera que la responsabilidad en la persecución del delito quedó a cargo de los particulares hasta el siglo XIX; sin embargo, **desde el siglo XVI el Fiscal General podía iniciar la persecución penal en raras ocasiones, en casos de importancia para la corona, así como controlar los excesos de la persecución privada por medio de la nolle prosequi, en la que señalaba su voluntad de no continuar con la persecución penal, lo que obligaba al tribunal a desestimar el caso**. Este es el origen histórico de la discreción del fiscal estadounidense, con la diferencia de que la discreción en Inglaterra era utilizada para impedir la persecución y no para iniciarla.[11]

---

[8] ANÍBAL MAGLIONE, Enrique, op. cit., p. 2.
[9] Ídem.
[10] BOVINO, Alberto, La persecución penal pública en el derecho anglosajón, Derecho Penal Online, Revista electrónica de doctrina y jurisprudencia en línea, (26 de agosto de 2010), disponible en: http://.derechopenalonline.com
[11] Ibídem, p. 2.

El sistema de persecución privada se cuestionó a mediados del siglo XIX y se pugnó por un sistema de persecución oficial que controlara y limitara la iniciativa privada, por lo que en 1879 se sancionó la ley Prosecution of Offenses Act que creó la oficina del Director de persecución Penal Pública; sin embargo, el Parlamento señaló que no pretendió crear un sistema de persecución pública similar al de otros países. A diferencia del Fiscal estadounidense, el Director sólo es responsable directo de la persecución penal en un grupo limitado de casos que requieran su intervención por su gravedad, importancia o complejidad. Otras de sus funciones son intervenir en cualquier procedimiento penal iniciado privadamente; debe ser informado de ciertos casos importancia, en los que puede aconsejar a favor o en contra de la persecución, si en el primer caso es rechazado, puede asumir la tarea persecutoria; si su consejo en el segundo caso es rechazado, puede informar al Procurador General, quien tiene poder para interrumpir la persecución: En más de 60 leyes se describen delitos que requieren el acuerdo del Director o de cualquier fiscal de la corona, para que se pueda iniciar la persecución penal.[12]

De 1879 a 1985 se incrementaron las funciones de control de la Oficina mencionada, con lo que se ha limitado la importancia de la acusación privada, además de que los delitos son perseguidos mayormente por la policía o por la citada Oficina y en algunos casos por el Fiscal General y agencias administrativas como el Departamento de Transportes, la Oficina de Comercio, la Oficina de Impuestos, el Ferrocarril Británico, el Correo y el Departamento de Medio Ambiente. Teóricamente la persecución privada sigue siendo la regla en el sistema de justicia penal inglés, pero la práctica evidencia que el sistema se basa en la persecución pública y depende cada vez menos de la iniciativa individual. Las víctimas no intervienen en la decisión de no persecución de los órganos estatales, aunque la jurisprudencia les ha reconocido el derecho. Esa decisión negativa es susceptible de controlarla judicialmente. El funcionario que tome la decisión discrecional de acusar, debe señalar los cargos, el esfuerzo que se dedica al caso y el tipo de acuerdo al que se puede llegar con el defensor. Si el veredicto es condenatorio, el acusador puede proponer al juez la pena que debe ser impuesta.[13]

La Ley de Persecución Penal Pública de 1985, creó el Servicio de Persecución Penal de la Corona a cargo del Director de Persecución Penal Pública, cuyo deber es ocuparse de la persecución penal en todos los casos iniciados por la policía, con lo cual se centralizó la función pero no permite que los acusadores inicien la persecución sin la intervención de la policía o que la dirijan en las investigaciones.[14]

[12] Ibídem, p. 3.
[13] Ídem.
[14] Ibídem, p. 4.

2. En el derecho de los Estados Unidos. Las colonias inglesas en América continuaron con la tradición jurídica de la persecución privada hasta finales del siglo XVII, pese a los esfuerzos de establecer un régimen de vigilancia nocturna y contratación de funcionarios denominados sheriffs, a quien la víctima contrataba para que realizara la investigación o la hacía personalmente; el ofrecimiento de recompensa por la captura proliferó en el siglo XVIII, la que si se realizaba la víctima tenía que contratar a un abogado para que interviniera en el procedimiento, así como a un guardia para que el acusado estuviese detenido hasta el juicio.[15]

El acusador contratado daba inicio formal a la persecución por medio del indictment; la víctima participaba en el juicio o por medio de un representante al que también contrataba. Si se realizaba la condena, se obligaba a la reparación del daño y adicionalmente a pagar otros tantos de la misma; en el caso de no tener recursos el acusado, se le obligaba a trabajar como sirviente de la víctima por cierto tiempo o a prestar servicios a favor de otras personas quienes le pagaban a la víctima. El incremento del fenómeno delictivo hizo caer en crisis al sistema elitista, ineficiente y vengativo, por lo que se buscó optar por uno de carácter público sustentado en las ideas de la ilustración de que el delito es una ofensa en contra de la sociedad.[16]

El procedimiento penal holandés y la figura estatal del persecutor de los delitos denominado *schout*, proveniente del sistema jurídico romano-canónico, influyeron en las colonias inglesas de América, aplicándose en *New Amsterdam (actualmente New York)*, actuando el schout como fiscal en 1653 ante los tribunales; este funcionario perduró en la toma por los ingleses de aquélla ciudad, en el restablecimiento de su dominio político y hasta que entregaron el territorio a los ingleses en 1674, aunque ya con otra denominación. *El sheriff* al parecer es la continuación del *schout*, pero no es el antecedente directo del fiscal de distrito, el cual es una figura integrada por varios elementos: del schout holandés, del fiscal general y del juez de paz inglés, del procurador del rey francés y de prácticas inglesas y europeas.[17]

El sistema anterior, el de persecución privada, le dio forma al procedimiento de partes que hizo posible la negociación en mérito a la discrecionalidad del acusador privado, quien fue sustituido por el fiscal de distrito, lo que no implicó un cambio de modelo de enjuiciamiento penal.[18]

Es posible que por la idea de que el fiscal es representante de la comunidad, se elije en 46 de los 50 Estados de la Unión Americana por el carácter político de la función persecutora y por ser el operador de las decisiones político-criminales. En la competencia federal, existen 94 fiscales de distrito designados por el

[15] Ibídem, p. 5.
[16] Ídem.
[17] Ibídem, p. 6.
[18] Ídem

Presidente y bajo las órdenes del fiscal o procurador general *(Attorney General)*, pero con independencia en su actuación, salvo ciertas decisiones que deben ser aprobadas expresamente por el procurador general o por uno de sus asistentes.[19]

El grado de discrecionalidad concedido a los fiscales de distrito y la poca dependencia con el procurador general, permite a cada fiscal desarrollar una política persecutoria que satisfaga las necesidades locales, por tal razón pueden existir diferencias en las políticas adoptadas. La ley no prevé criterios de persecución, ni la obligación de perseguir determinados delitos; sin embargo, con el objeto de evitar desproporcionadas discrepancias, el Attorney General tiene un Manual del Fiscal Federal que contempla pautas globales de persecución que deben aplicarse, pero dada su generalidad e imprecisión no funcionan para establecer políticas coherentes. El criterio rector más importante para decidir el inicio o no de la persecución penal por el fiscal federal es el contenido en la regla 9-277.220(A) que establece: "El abogado del Estado debe comenzar o recomendar la persecución penal federal si cree que el comportamiento de la persona constituye un delito federal y que es probable que la prueba admisible será suficiente para obtener y mantener una condena, a menos que…"[20]

Se ha considerado que el control de las decisiones político-criminales del fiscal, no es factible que lo realice el poder judicial por su inidoneidad.[21]

Los tribunales de los Estados Unidos carecen de facultad para obligar al fiscal a la persecución penal, pero sí tienen facultad para verificar la legalidad de las solicitudes del fiscal, a efecto de decidir si impiden el inicio o la continuación de la persecución penal. El tribunal puede rechazar la solicitud de inicio del procedimiento, si no demuestra la existencia de causa probable de que el imputado es el autor del hecho punible; o bien, puede impedir el desarrollo de la persecución, cuando constate la falta de algún requisito legal. Sin embargo, se sostiene que los tribunales sí cuentan con la facultad de controlar la decisión del fiscal y con ello limitar su discreción, en dos supuestos: selective prosecution (persecución selectiva) y *vindictive prosecution* (persecución vindicativa).[22]

El control de una persecución selectiva se fundamenta en la cláusula constitucional de la igualdad ante la ley, determinando la Corte Suprema federal, en el caso *Wayte vs United States,* lo selectivo se demuestra si el imputado ha sido tratado de manera diferente a otras personas en circunstancias similares y que la decisión de la persecución se haya fundado en circunstancias ilegítimas, como la raza, religión, ideas políticas. El control de la persecución vindicativa se funda en la cláusula constitucional del debido proceso; es vindicativa si el fiscal decide ini-

[19] Ibídem, p. 7.
[20] Ídem
[21] Ibídem, p. 9.
[22] Ibídem, p. 11.

ciar la persecución para castigar a quien ha ejercido sus legítimos derechos constitucionales y legales; en ambos casos, el tribunal ordena la clausura de la persecución penal iniciada. Pero tratándose de la decisión de no iniciar la persecución, no existe mecanismo legal para su control.[23]

La legitimación constitucional de la discreción persecutoria obedece a la consideración de que es exclusiva del poder ejecutivo y al principio de división de poderes. Adicionalmente, juristas y tribunales exponen razones a favor de la mencionada discreción, tales como: la inflación penal (ante la amplia gama de delitos, los recursos del estado son insuficientes para controlar la aplicación de todas las leyes); recursos limitados (es imposible dar recursos suficientes a los fiscales para perseguir todos los delitos); justicia personalizada (la discreción le da flexibilidad para evaluar los hechos y circunstancias particulares del caso); y la necesidad de controlar la discreción policial (es deseable que el fiscal realice la evaluación particular de cada caso, pero la hace la policía).[24]

El fiscal tiene como actividades la de investigar y la forense ante el tribunal, así como la de negociar con el imputado la admisión de su responsabilidad a cambio de algún beneficio, cuyo acuerdo es presentado al juez para su validez y efectos jurídicos; dicho proceso de negociación es conocido como plea bargaining, el cual es de dos clases: En el sentence bargain, se admite la culpabilidad ante el juez (Guilty) a cambio de que el fiscal recomiende al juez imponer una pena leve o no imponga penas a cumplir consecutivamente en concurso real; y en el otro, se admite la culpabilidad ante el juez y el fiscal acusa por un hecho distinto, más leve, o imputa menos hechos en concurso real. En ambos casos, se renuncia al derecho constitucional de ser enjuiciado públicamente por un jurado e implica pasar a la etapa de la determinación de la pena.[25]

El sustento filosófico del principio de oportunidad se encuentra en las teorías utilitaristas de James Mill, Jeremy Bentham y John Stuart Mill, que sostienen la idea que los sistemas morales y jurídicos están viciados por prejuicios irracionales, por lo que una moral y derechos naturales, racionales, disuelven las antinomias entre la convivencia y el interés, entre el placer y la moral, entre el bien de uno y el bien de todos. Bentham afirmó que la finalidad del derecho es aumentar la felicidad, por lo que hay que excluir todo mal que tienda a deteriorarla. La pena es un mal, es perniciosa, pero si se debe admitir es en la medida en que promete evitar un mal mayor. La pena previene o reduce el crimen, no retribuye la culpabilidad del agente, sino tiene un fin utilitario de integración social, lo que implica que no se puede aplicar la pena a un gran número de personas porque provocaría la desintegración social.[26]

---

[23]Ídem
[24]Ibídem, pp. 11 y 12.
[25]Ibídem, p. 13.
[26]ANÍBAL MAGLIONE, Enrique, op. cit., p.3.

El utilitarismo justifica el castigo, bajo las condiciones siguientes: la pena debe ser un medio eficaz para impedir otros males sociales; la pena debe ser un medio necesario, sin que exista otro menos perjudicial para evitar mayores males sociales; y el perjuicio para el destinatario, debe ser menor que los perjuicios que la sociedad sufriría si la pena se aplicara.[27]

III. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y LOS CRITERIOS DE OPORTUNIDAD EN LA CONSTITUCIÓN DE 1917

A) Principio de legalidad. En la historia de nuestro constitucionalismo, se estableció por primera vez la institución del Ministerio Público como persecutor de los delitos en el artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de 5 de febrero de 1917, así como a la policía judicial bajo la autoridad y mando inmediato de aquél; es decir, ya no como miembro auxiliar del poder judicial en la administración de justicia, sino como autoridad administrativa.

Tratándose de los delitos del orden federal, el artículo 102 constitucional dispuso que estará a cargo del Ministerio Público de la Federación la persecución de los delitos ante los tribunales, solicitar órdenes de aprehensión contra los reos; buscar y presentar las pruebas que acrediten la responsabilidad de éstos; hacer que los juicios se sigan con toda regularidad para que la administración de justicia sea pronta y expedita; pedir la aplicación de las penas e intervenir en todos los negocios que la ley determine, la que lo organizará, cuyos funcionarios serán nombrados y removidos libremente por el Ejecutivo, debiendo estar presididos por un Procurador General.

En términos del artículo primero transitorio de la Constitución en comento, ésta entró en vigor el 1 de mayo de 1917, por lo que en ese mismo mes empezaron las propuestas de Venustiano Carranza, en aquél entonces Presidente de la República, acerca de los miembros que integrarían la Suprema Corte de Justicia, así como las designaciones por el Congreso Constitucional, quedando integrada para el período 1917-1919 con los ministros Enrique Colunga Meade, Manuel Encarnación Cruz, Agustín del Valle, Enrique M. de los Ríos, Alberto Mariano González, Enrique Moreno Pérez, Santiago Martínez Alomía, Victoriano Pimentel, José María Truchuelo y Agustín Urdapilleta Pérez y Ocampo;[28] quienes al sesionar en Pleno e interpretar el artículo 21 constitucional, evocaron la figura de la acción penal que no se encontraba prevista en dicho precepto y le asignaron como titular de la misma al Ministerio Público, con facultades para ejercitarla, para no ejercitarla o para desistirse de ella, como podemos apreciar en las tesis aisladas que a continuación se citan.

[27] Ídem, p. 3.

[28] ,Ministros 1917-2004 Semblanzas, 2ª edición, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2005, pp. 143, 155 y 285 del Tomo I; y 427, 491, 567, 601, 713, 721 y 737 del Tomo II.

En el amparo penal promovido por Juana Vázquez, sostuvieron que la acción penal la ejercita el Ministerio Público y no se concibe que un tribunal juzgue y resuelva sobre la que ha dejado de ejercitarse por aquél.[29]

En el amparo penal en revisión promovido por Grimaldi Buenaventura, determinaron que el ejercicio de la acción penal corresponde exclusivamente al Ministerio Público, de manera que cuando éste no la ejercita o de desiste de ella, no hay base para el procedimiento penal.[30]

En el amparo penal en revisión de José Cuervo, decidieron que corresponde el ejercicio de la acción penal al Ministerio Público, pues sólo esta magistratura tiene interés en que prospere esa acción.[31]

En el amparo penal en revisión promovido por Ramón Mantilla y de Haro, sostuvieron que la acción penal no ejercitada por el Ministerio Público, a quien compete exclusivamente, el Juez respectivo no puede hacer otra cosa que archivar el proceso.[32]

En el amparo penal directo interpuesto por Daría Aguirre Ravelo, decidieron que si el Agente del Ministerio Público no ejercitó la acción penal en primera instancia, pero sí al tramitarse el recurso de alzada, no puede alegarse que se hayan violado las garantías individuales, en perjuicio del acusado, por no haberse ejercitado esa acción en la primera instancia.[33]

En el amparo civil revisión del auto de improcedencia promovido por Pedro Gómez O., sostuvieron por unanimidad de once votos que tratándose del ejercicio de la acción penal, no puede haber más agraviados que el procesado y

---

[29] ACCIÓN PENAL, (Tesis), Quinta Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo II, p. 1025, (Amparo penal directo interpuesto ante la Suprema Corte. Vázquez Juana. 26 de marzo de 1918. Unanimidad de diez votos. Ausente: Manuel E. Cruz. La publicación no menciona el nombre del ponente).

[30] ACCIÓN PENAL, (Tesis), Quinta Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo II, p. 1550, (Amparo penal en revisión. Grimaldo Buenaventura. 10 de junio de 1918. Unanimidad de diez votos. Ausente: Enrique M. de los Ríos. La publicación no menciona el nombre del ponente).

[31] ACCIÓN PENAL, (Tesis), Quinta época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo III, p. 395, (Amparo penal. Revisión del auto de sobreseimiento. Cuervo José. 6 de agosto de 1918. Mayoría de seis votos. Ausente: Enrique M de los Ríos. Disidentes: José María Truchuelo, Enrique Moreno, Manuel E. Cruz y Victoriano Pimentel. La publicación no menciona el nombre del ponente).

[32] ACCIÓN PENAL, (Tesis), Quinta Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo IV, p. 147, (Amparo penal en revisión. Mantilla y de Haro Ramón. 11 de enero de 1919. Mayoría de seis votos. Disidentes: Agustín de Valle, Alberto M. González, José M. Truchuelo, Enrique Colunga y Agustín Urdapilleta. La publicación no menciona el ponente).

[33] ACCIÓN PENAL, (Tesis), Quinta Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo IV, p. 654, (Amparo penal directo. Aguirre Ravelo Daría. 24 de marzo de 1919. Mayoría de nueve votos. Ausente: José M. Truchuelo. Disidente: Enrique M. de los Ríos. La publicación no menciona el nombre del ponente).

la sociedad, representada por el Ministerio Público; por tanto, solamente ellos tienen derecho para reclamar contra la aplicación o inejecución de las leyes del orden penal.[34]

En el mes en que concluían su período los anteriores ministros, como una constancia de arrepentimiento de sus anteriores decisiones, en el amparo penal en revisión promovido por María Gil Romero de Kobayashi, el pleno sostuvo, con nueve votos y dos ausentes, que si el Ministerio Público está encargado de representar a la sociedad ante los tribunales, de perseguir los delitos y de acusar a los autores, cómplices y encubridores de ellos, también dicha función no excluye el derecho de los querellantes o acusadores, para exigir que se practiquen todas las diligencias necesarias, en su concepto, tendientes a demostrar la existencia del hecho y de la responsabilidad que atribuyen al acusado; y el hecho de que el Ministerio Público pida que se declare que no hay delito que perseguir, no es obstáculo para que el tribunal de alzada mande practicar, a petición del querellante, las diligencias que éste juzgue necesarias para el esclarecimiento de los hechos.[35]

Las anteriores tesis aisladas del Pleno que son mayoría, contrastan con otras que son menos, en las que por ejemplo sostienen que sólo tienen derecho a interponer la acción en materia penal el Ministerio Público y la parte en cuyo perjuicio se haya violado la ley.[36]

Cuando concluyó el período de dos años de los ministros, algunos de ellos fueron ratificados y otros nuevos fueron designados para el período junio de 1919 a mayo de 1923, como es el caso de Antonio Alcocer Anda, Benito Flores Martínez, Ernesto Garza Pérez, José María Mena Isassi, Ignacio Noris y Gustavo A. Vicencio, quienes en Pleno continuaron con la misma tesis de que el artículo 21 constitucional previene que para incoar una averiguación previa criminal, se necesita del ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público.[37]

---

[34] ACCIÓN PENAL, Quinta Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo IV, p. 821, (Amparo civil. Revisión del auto de improcedencia. Gómez O. Pedro. 15 de abril de 1919. Unanimidad de once votos. La publicación no menciona el nombre del ponente).

[35] ACCIÓN PENAL, (Tesis), Quinta Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo IV, p. 1018, (Amparo penal en revisión. Gil Romero de Kobayashi María. 8 de mayo de 1919. Unanimidad de nueve votos. Ausentes: Enrique M. de los Ríos y Alberto M. González. La publicación no menciona el nombre del ponente).

[36] ACCIÓN EN MATERIA PENAL, (Tesis), Quinta Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo III, p. 984, (Amparo penal directo. Granat Jacobo. 7 de octubre de 1918. Mayoría de ocho votos. Disidentes: Alberto M. González, José M. Truchuelo y Enrique Colunga. La publicación no menciona el nombre del ponente).

[37] PROCEDIMIENTO PENAL, (Tesis), Quinta Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo V, p. 318, (Amparo civil en revisión. Hernández Arteaga Manuel. 18 de agosto de 1919. Unanimidad de nueve votos. Ausentes: Alberto M. González y Benito Flores. La publicación no menciona el nombre del ponente).

Asimismo, decidieron que las conclusiones de no acusación del Ministerio Público, equivalen a no ejercitar la acción penal, por no considerarla procedente, por lo que la continuación del proceso en tales condiciones, importa una violación de garantías.[38]

La tercera generación de ministros, integrada por los de la primera y la segunda, así como por otros de nuevo ingreso, fueron muy respetuosos de las legislaciones estatales, como es el caso de la de Chihuahua, ya que sostuvieron, con diez votos y un ausente, que la legislación de dicho Estado permite que la acción penal se ejercite por apoderado.[39]

Las demás generaciones de ministros continuaron con los primeros criterios, a los cuales incluso se les dio el carácter de jurisprudencia en la publicación del Apéndice al Semanario Judicial de la Federación de 2000.[40]

El Lic. Paulino Machorro Narváez, quien fue Diputado del Congreso Constituyente de 1916-1917 y ministro de la Suprema Corte de Justicia en el período 1928 a 1934,[41] en un estudio que realizó acerca de la institución del Ministerio Público y publicó en 1941, sostiene que en el Distrito Federal, en los territorios y en la jurisdicción federal, el Ministerio Público al recibir las denuncias o querellas, practica averiguaciones completas y dilatadas, verdaderas instrucciones, consigna a su arbitrio el asunto a un juez; en caso contrario, si no consigna, es porque opina que no hay delito, lo que hace arbitrariamente pues no interviene algún juez y el caso concluye; esta práctica inusitada en países civilizados, salvo en los regímenes totalitarios, se pretende fundar en el artículo 21 constitucional.

Asimismo, dicho jurista después de analizar la exposición de motivos del proyecto de Constitución de Venustiano Carranza, el dictamen de la Comisión de Constitución y la discusión en el Congreso, concluye que la función de perseguir los delitos se concibe como una función administrativa que debe desarrollar el órgano llamado Ministerio Público, con jerarquía administrativa preponderante pero no con función especial; que no se le atribuyó al Ministerio Público facultades omnímodas, como se ha hecho en los últimos tiempos, ni dislocar el procedi-

---

[38] ACCIÓN PENAL, (Tesis), Quinta Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo VII, p. 858, (Amparo penal directo. Andrade Estanislao. 31 de agosto de 1920. Mayoría de cinco votos. Ausentes: Patricio Sabido y Antonio Alcocer. Disidentes: Alberto M. González, José María Mena, Ernesto Garza Pérez y Enrique Moreno. La publicación no menciona el nombre del ponente).

[39] ACCIÓN PENAL, (Tesis), Quinta Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo XIII, p. 621, (Amparo penal en revisión. Nieto Leopoldo F. 3 de octubre de 1923. Unanimidad de diez votos. Ausente: V. Pimentel. La publicación no menciona el nombre del ponente).

[40] ACCIÓN PENAL. (Jurisprudencia), Quinta Época, Instancia: Pleno, Fuente: Apéndice 2000, Tomo II, Penal, tesis 10, p. 11, (Amparo directo 58/18. Revuelta Rafael 13 de julio de 1920; Amparo directo 44/20, Téllez Ricardo 27 de agosto de 1920; Amparo directo 940/19. Hernández Trinidad 23 de julio de 1921; Amparo directo 111/20. Ceja José A. 28 de octubre de 1921; y Amparo en revisión 361/20. Carrillo Daniel y coag. 2 de diciembre de 1921)

[41] Ministros 1917-2004 Semblanzas, 2ª edición, Tomo II, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2005, pp. 411-413.

miento penal con esa instrucción previa que se practica fuera de todas las normas teóricas, constitucionales, ni tampoco se le facultó para que declare inapelablemente que no hay delito, es decir, no se facultó su intromisión en la esfera del poder judicial, pues su actuación es ir a averiguar por sí o por medio de sus agentes dónde se cometió el delito, qué personas pudieron presenciarlo, a qué hora se perpetró, investigar al probable inculpado, en dónde se oculta, etc., para que inmediatamente el Ministerio Público consigne el caso.

Así también, afirmó que nada hay en una garantía individual en la que el Ministerio Público practique extensas y dilatas averiguaciones, que use de coacción para llamar a declarar a testigos y tome declaración preparatoria al inculpado, que le recibe pruebas y practique careos, ya que todo ello corresponde, según el artículo 20 constitucional, al juez del proceso. Que el Ministerio Público no está facultado, al grado de garantía individual, para detener su acción ante los tribunales frente a las denuncias y querellas y para resolver a última hora que no hay delito que perseguir.

Señaló tajantemente, que las leyes vigentes sobre la organización del Ministerio Público, tanto federal como del Distrito Federal, han interpretado en forma contraria y extraña al artículo 21 constitucional, han deformado la fisonomía natural de la institución, han confundido las funciones de la autoridad judicial con las de la administrativa, pero además con la colaboración de los avances y vicios prácticos, han producido un engendro, que en lugar de beneficiar a la administración pública, expone a graves peligros a las garantías individuales y a la tranquilidad social. El Ministerio Público, para el ejercicio de la acción penal, no debe convencerse a sí mismo, sino al juez.

De igual manera, aseveró que la interpretación que han hecho las leyes y los tribunales acerca del artículo 21 constitucional, lo han deformado ya que de la persecución de los delitos e intervención en la averiguación e instrucción del proceso como parte, se pasó al concepto teórico de la acción penal y se ha dicho que la Constitución establece como garantía individual que la acción penal pertenece al Ministerio Público, es decir, se ha hecho de la persecución de los delitos una facultad subjetiva, potestativa o hasta caprichosa del Ministerio Público y se le ha suprimido todo control sobre tal institución, en forma contraria a la garantía constitucional. Que la construcción jurídica de la acción penal, no figura en el artículo 21 constitucional, ni en los antecedentes parlamentarios, apenas el Diputado Macías usó esas palabras. En cambio, en sentido constitucional, perseguir un delito, es recolectar pruebas por la policía judicial, presentar los datos de ellas ante el juez y acusar a una persona, función esta última que se deriva del artículo 102 constitucional.

En tal virtud, concluye, el Ministerio Público no tiene facultad potestativa de recoger o no pruebas, de presentarlas o no al juez, de acusar o no, a su libre albedrío, ya que no se desprende de la Constitución ni de los antecedentes parlamentarios, sino todo lo contrario.[42]

Por nuestra parte, a manera de colofón, podemos afirmar que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su redacción primigenia, estableció en sus artículo 21 y 102 el deber del Ministerio Público de perseguir los delitos; sin embargo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al interpretar el mencionado precepto constitucional, creó la figura de la acción penal y le asignó como titular de la misma al Ministerio Público, con facultades para no ejercitarla y desistirse de ella sin control alguno, pese a las garantías individuales contenidas en dicho artículo.

En efecto, mientras la Constitución estableció el deber constitucional del Ministerio Público para perseguir los delitos, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por la vía interpretativa, lo sustituyó por una facultad discrecional, es decir, no reglamentada y por ende potestativa, que degeneró en arbitrariedad, lo que trató de evitarse con las leyes procesales penales y orgánicas del Ministerio Público, pero persistió esa discrecionalidad, la cual no podemos equipararla con el principio de oportunidad, en virtud de que los antecedentes históricos y sustento filosófico de este principio en el derecho anglosajón, no guardan ninguna similitud con la historia en México del procedimiento penal, del Ministerio Público, del deber constitucional de éste de perseguir los delitos, y menos aún con la facultad discrecional con la que fue investido en tal persecución. Esta facultad discrecional, a diferencia del principio de oportunidad, carece de una política-criminal y por ello ha sido fuente de impunidad y corrupción.

La facultad discrecional del Ministerio Público en la persecución de los delitos, fue objeto de control por medio de la reforma al artículo 21 constitucional, publicada en el Diario Oficial de la Federación de 31 de diciembre de 1994. Dicho precepto constitucional, en su párrafo cuarto, estableció que *Las resoluciones del Ministerio Público sobre el no ejercicio y desistimiento de la acción penal, podrán ser impugnadas por vía jurisdiccional en los términos que establezca la ley.*

---

[42] MACHORRO NARVÁEZ, Paulino, El Ministerio Público, la Intervención de tercero en el procedimiento penal y la obligación de consignar según la Constitución, México, Publicaciones de la Academia Mexicana de Jurisprudencia y Legislación, correspondiente de la Real de Madrid, 1941.

El anterior párrafo reformado, fue objeto de interpretaciones en cuanto a las interrogantes de si procede el amparo cuando no hay en la ley medio de impugnación para hacerlo valer ante la autoridad judicial.[43]

Asimismo, el tipo de amparo en contra del no ejercicio de la acción penal, es decir, penal o administrativo;[44] si procede el amparo contra la propuesta del no ejercicio de la acción penal;[45] si el no ejercicio o desistimiento de la acción penal es susceptible de violar garantías individuales e intereses jurídicos del denunciante o querellante;[46] si la procedencia del amparo invade el monopolio del Ministerio Pú-

---

[43] ACCIÓN PENAL. LA GARANTÍA QUE TUTELA EL DERECHO DE IMPUGNAR LAS RESOLUCIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO SOBRE EL NO EJERCICIO O DESISTIMIENTO DE AQUÉLLA, NO SE ENCUENTRA SUJETA A QUE SE ESTABLEZCA EN LEY LA VÍA JURISDICCIONAL DE IMPUGNACIÓN ORDINARIA, POR LO QUE MIENTRAS ÉSTA NO SE EXPIDA, EL JUICIO DE AMPARO ES PROCEDENTE EN FORMA INMEDIATA PARA RECLAMAR TALES RESOLUCIONES. (Tesis), Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo VI, diciembre de 1997, tesis P.CLXIV/97, p. 56, (Amparo en revisión 32/97. Jorge Luis Guillermo Bueno Ziaurriz. 21 de octubre de 1997. Once votos. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretario: Armando Cortés Galván. Amparo en revisión 961/97. Alberto Santos de Hoyos. 21 de octubre de 1997. Once votos. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretario: Armando Cortés Galván. El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el once de noviembre en curso, aprobó, con el número CLXIV/1997, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a once de noviembre de mil novecientos noventa y siete).

[44] ACCIÓN PENAL, RESOLUCIÓN DE NO EJERCICIO, EMANADA DE UNA AUTORIDAD DEPENDIENTE DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL, ES UN ACTO MATERIALMENTE PENAL Y DEL JUICIO DE AMPARO QUE SE PROMUEVA EN SU CONTRA DEBE CONOCER UN JUEZ DE DISTRITO EN MATERIA PENAL. (Jurisprudencia), Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo VI, diciembre de 1997, Tesis P./J.91/97, p. 5, (Contradicción de tesis 9/96. Entre las sustentadas por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito y el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito. 26 de agosto de 1997. Once votos. Ponente: Genaro David Góngora Pimentel. Secretaria: María Guadalupe Saucedo Zavala. El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el once de noviembre en curso, aprobó, con el número 91/1997, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a once de noviembre de mil novecientos noventa y siete).

[45] ACCIÓN PENAL. LA RESOLUCIÓN POR LA QUE UN AGENTE DEL MINISTERIO PÚBLICO PROPONE AL PROCURADOR EL NO EJERCICIO DE AQUÉLLA, NO ES DEFINITIVA Y, POR TANTO, NO AFECTA EL INTERÉS JURÍDICO DEL OFENDIDO, DENUNCIANTE O QUERELLANTE (CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL ESTADO DE NUEVO LEÓN), (Tesis), Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo VI, diciembre de 1997, tesis P.CLXIX/97, p. 110, (Amparo en revisión 961/97. Alberto Santos de Hoyos. 21 de octubre de 1997. Once votos. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretario: Armando Cortés Galván. El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el once de noviembre en curso, aprobó, con el número CLXIX/1997, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a once de noviembre de mil novecientos noventa y siete).

[46] ACCIÓN PENAL. LAS RESOLUCIONES SOBRE EL NO EJERCICIO O DESISTIMIENTO DE AQUÉLLA, SON SUSCEPTIBLES DE VIOLAR GARANTÍAS INDIVIDUALES Y, POR TANTO, EN SU CONTRA PROCEDE EL JUICIO DE AMPARO, (Tesis), Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo VI, diciembre de 1997, Tesis P.CLXVI/97, p. 111, (Amparo en revisión 32/97. Jorge Luis Guillermo Bueno Ziaurriz. 21 de octubre de 1997. Once votos. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretario: Armando Cortés Galván. Amparo en revisión 961/97. Alberto Santos de Hoyos. 21 de octubre de 1997. Once votos. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretario: Armando Cortés Galván. El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el once de noviembre en curso, aprobó, con el número CLXVI/1997, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a once de noviembre de mil novecientos noventa y siete).

blico acerca del ejercicio de la acción penal;[47] si un recurso contenido en un acuerdo que permite impugnar la determinación de no ejercicio de la acción penal, debe agotarse previamente al amparo o es opcional;[48] si el presunto responsable tiene interés jurídico en promover el juicio de amparo indirecto en contra de la omisión de pronunciarse el Ministerio Público sobre el ejercicio de la acción penal,[49] etc.

La reforma al artículo 21 constitucional, publicada en el Diario Oficial de la Federación de 18 de junio de 2010, preservó el control sobre la facultad discrecional del Ministerio Público en la persecución de los delitos, ya no con fundamento en el artículo 21, sino en el artículo 20, apartado C, fracción VII, relativo a los derechos de la víctima u ofendido, consistente en *Impugnar ante la autoridad judicial las omisiones del Ministerio Público en la investigación de los delitos, así como las resoluciones de reserva, no ejercicio, desistimiento de la acción o suspensión del procedimiento cuando no esté satisfecha la reparación del daño.*

Este derecho de impugnación en los casos mencionados, como se puede apreciar, está supeditado al hecho de que no se haya realizado la reparación del daño, pero solamente en aquellos delitos que se persiguen por denuncia, pues tratándose de los que se persiguen a petición de parte, la víctima u ofendido al ser

---

[47] ACCIÓN PENAL. LA PROCEDENCIA DEL AMPARO RESPECTO DE LAS RESOLUCIONES SOBRE EL NO EJERCICIO O DESISTIMIENTO DE AQUÉLLA, NO INVADE EL MONOPOLIO DEL MINISTERIO PÚBLICO AL RESPECTO. (Tesis), Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo VI, diciembre de 1997, Tesis: P. CLXVII/97, p. 108, (Amparo en revisión 32/97. Jorge Luis Guillermo Bueno Ziaurriz. 21 de octubre de 1997. Once votos. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretario: Armando Cortés Galván. Amparo en revisión 961/97. Alberto Santos de Hoyos. 21 de octubre de 1997. Once votos. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretario: Armando Cortés Galván. El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el once de noviembre en curso, aprobó, con el número CLXVII/1997, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a once de noviembre de mil novecientos noventa y siete).

[48] INCONFORMIDAD CONTRA LA DETERMINACIÓN DEL NO EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL. LA PREVISTA EN EL ACUERDO A/003/99 EMITIDO POR EL PROCURADOR GENERAL DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL CONSTITUYE UN RECURSO OPTATIVO POR LO QUE NO ES OBLIGATORIO AGOTARLO PREVIAMENTE AL JUICIO DE AMPARO, (Jurisprudencia), Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXXI, marzo de 2010, Tesis: 1a./J. 95/2009, p. 402, (Contradicción de tesis 223/2009. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Tercero y Cuarto, ambos en Materia Penal del Primer Circuito. 2 de septiembre de 2009. Unanimidad de cuatro votos. Ausente y Ponente: Sergio A. Valls Hernández; en su ausencia hizo suyo el asunto el Ministro Juan N. Silva Meza. Secretaria: Selina Haidé Avante Juárez. Tesis de jurisprudencia 95/2009. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de fecha nueve de septiembre de dos mil nueve).

[49] ACCIÓN PENAL. EL PRESUNTO RESPONSABLE TIENE INTERÉS JURÍDICO PARA PROMOVER JUICIO DE AMPARO INDIRECTO CONTRA LA ABSTENCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO DE PRONUNCIARSE SOBRE EL EJERCICIO O DESISTIMIENTO DE AQUÉLLA, (Jurisprudencia), Novena Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXI, mayo de 2005, Tesis 1ª./J.17/2005, p. 15, (Contradicción de tesis 105/2004-PS. Entre las sustentadas por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Sexto Circuito y el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Tercer Circuito. 19 de enero de 2005. Mayoría de tres votos. Disidentes: José de Jesús Gudiño Pelayo y José Ramón Cossío Díaz. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretario: Carlos Mena Adame. Tesis de jurisprudencia 17/2005. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de fecha dieciséis de febrero de dos mil cinco).

los titulares de la acción penal, de ellos depende si se ejercita o no, si se desisten o no de ella y si se suspende o no el procedimiento; o bien, si en la investigación del Ministerio Público el querellante observe omisiones.

B) Criterios de oportunidad. En el Diario Oficial de la Federación de 18 de junio de 2008, se publicaron las reformas a diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, relativos a los sistemas del proceso penal, penitenciario y de seguridad pública. El Decreto que contiene las anteriores reformas constitucionales, en su artículo segundo transitorio, párrafo segundo, dispone que el sistema procesal penal acusatorio está previsto en los artículos 16, párrafos segundo y decimotercero; 17, párrafos tercero, cuarto y sexto; 19, 20 y 21, párrafo séptimo, de la Constitución:[50]

Precisamente, en el citado artículo 21, párrafo séptimo (primigenio de la citada reforma constitucional), se estableció la figura denominada criterios de oportunidad en los términos siguientes: El Ministerio Público podrá considerar criterios de oportunidad para el ejercicio de la acción penal, en los supuestos y condiciones que fije la ley.

El Poder Reformador de la Constitución, al ubicar el precitado artículo 21, párrafo séptimo, como parte integrante del sistema procesal penal acusatorio, al parecer nos está indicando que el Ministerio Público debe ejercitar la acción penal y posteriormente en el proceso penal puede aplicar algún criterio de oportunidad, siempre que el caso en concreto al que lo vaya a aplicar se encuentre en alguno de los supuestos y bajo las condiciones que fije la ley.

Para comprender el contenido y alcance que le dio el Poder Reformador a los criterios de oportunidad, consultamos el dictamen aprobado de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Justicia de la Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, publicado en la Gaceta Parlamentaria de 11 de diciembre de 2007, en cuya página 36 se consideró lo siguiente:

> *El deber de racionalizar y de generar una política coherente de persecución penal es ya ineludible como directriz para la eficaz administración de recursos públicos, sortear los problemas económicos y maximizar hasta el máximo los recursos disponibles y la consecución de los objetivos político-criminales deseados.*
>
> *La aplicación irrestricta del principio de oficiosidad en la persecución penal genera una sobrecarga del sistema de justicia con delitos menores que en nada afectan el interés público pero que las autoridades de persecución penal se ven precisados a perseguir, en virtud de una mal entendida inderogabilidad de la persecución penal, que provoca costos constantes de persecución en asuntos que no lo ameritan. En esa tesitura es que se considera necesario conferir al Ministerio Público*

[50] Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, Página principal de la Cámara de Diputados, (3 de septiembre de 2010), disponible en: http://www.diputados.gob.mx

la facultad para aplicar criterios de oportunidad, que le permitan administrar los recursos disponibles de persecución y aplicarlos a los delitos que más ofenden y lesionan a los bienes jurídicos de superior entidad.

Es claro que los criterios de oportunidad no serán aplicables cuando se trate de intereses públicos de capital importancia. Asimismo, se preserva la posibilidad de impugnación del no ejercicio de la acción penal ante las autoridades judiciales.

La Colegisladora, en el dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales, de Justicia, de Gobernación, de Seguridad Pública y de Estudios Legislativos, Segunda, publicado en la Gaceta Parlamentaria de 13 de diciembre de 2007, compartió las anteriores consideraciones de la Cámara de Diputados, sin adicionar alguna otra; de manera, que el artículo 21, párrafo séptimo, constitucional, propuesto por la Cámara de Diputados, fue aprobado por el Senado de la República y por la mayoría de las Legislaturas de los Estados.

Las consideraciones del Poder Reformador para establecer los criterios de oportunidad, según se advierte de los dictámenes de la Cámara de Diputados y de Senadores, obedece a una mala administración de los recursos públicos en la persecución penal, debido a la aplicación irrestricta del principio de oficiosidad en delitos de poca importancia. En este sentido, se le está concediendo al Ministerio Público la facultad de administrar los recursos de que dispone para la persecución penal, con la regla de que solamente los utilizará para perseguir aquellos delitos que más ofenden a la sociedad y lesionan bienes jurídicos de mayor entidad. En otras palabras, podríamos decir que los criterios de oportunidad no serán aplicables a los delitos graves, solamente se utilizarán en los hechos que han sido denominados en la doctrina como delitos bagatela; por ende, el principio de oficiosidad ya no se aplicará a los delitos bagatela, solamente a los delitos graves.

Si los criterios de oportunidad se aplicarán a los delitos bagatela y el principio de oficiosidad, mejor dicho de legalidad, a los delitos graves, es necesario respecto de tales criterios hacer las reflexiones siguientes:

¿La aplicación de los criterios de oportunidad por el Ministerio Público, constituyen un deber o una facultad discrecional?

¿La aplicación por el Ministerio Público de los criterios de oportunidad, implica la constitución de un derecho fundamental del imputado?

¿Este nuevo derecho fundamental del imputado se colisiona con los del ofendido o la víctima?

¿El imputado puede impugnar por medio del juicio de amparo la negativa del Ministerio Público de aplicar los criterios de oportunidad?

¿La víctima u ofendido tiene el derecho constitucional de impugnar la aplicación por el Ministerio Público de los criterios de oportunidad?

¿Los criterios de oportunidad solamente pueden aplicarse en el proceso penal, o también en la averiguación previa?

¿Los criterios de oportunidad requieren para su validez de la aprobación judicial?

¿La aplicación de los criterios de oportunidad requieren de la aceptación del imputado y de la víctima u ofendido?

Desde el punto de vista gramatical, dada la redacción del párrafo séptimo (primigenio de la mencionada reforma constitucional) del artículo 21, en el sentido de que utiliza el vocablo podrá, cuya connotación es el de ser contingente, o sea, de que pueda suceder o no suceder que el Ministerio Público aplique los criterios de oportunidad que se prevean en la ley, se puede afirmar que no es un deber de aplicarlos sino una facultad discrecional, de la cual no puede derivar un principio o un derecho fundamental del imputado a impugnar su no aplicación, por medio de un recurso ordinario o del juicio de amparo, por lo que al no existir no colisiona con el derecho de la víctima u ofendido a la reparación del daño; la facultad discrecional del Ministerio Público en la aplicación de los criterios de oportunidad que prevea la ley, tampoco implica el derecho de la víctima u ofendido para impugnar su aplicación, salvo en el caso de que no se le haya hecho la reparación del daño; sin embargo, consideramos que es pertinente que se controle la aplicación de los criterios de oportunidad, como en Italia en donde el juez hace la calificación de dicha aplicación y la resuelve.

Los criterios de oportunidad también pueden aplicarse en la averiguación previa, lo que se desprende de los artículos 21, párrafo séptimo (primigenio de la reforma constitucional publicada en el DOF de 18 de junio de 2010) y 17, párrafo tercero, constitucional, que disponen respectivamente:

Artículo 21. …

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

Artículo 17. …

Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias. En la materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial.

En efecto, la primera disposición constitucional al disponer que se considerarán dichos criterios para el ejercicio de la acción penal, está abarcando desde la averiguación previa hasta la audiencia de juicio, lo cual se corrobora con la parte transcrita del segundo de los artículos transcritos, al disponer que la ley preverá mecanismos alternativos de solución y establecerá los casos en los que se requerirá supervisión judicial, lo que significa que esos mecanismos alternativos de solución de controversias (mediación, conciliación, arbitraje, etc.,) no se ventilarán ante el órgano jurisdiccional sino en la sede administrativa, ya sea de los poderes judiciales o de las procuradurías, los cuales en los casos previstos en la ley deberán someter la solución a la supervisión judicial; de lo contrario, es decir, si no se plantean alternativas de solución en las procuradurías, carecerían de razón de ser los motivos expuestos en los dictámenes de la Cámara de Diputados y Senadores para sustentar el establecimiento de los criterios de oportunidad, en cuanto a la administración eficiente de los recursos asignados para la persecución de los delitos bagatela; por tanto, los criterios de oportunidad son susceptibles de aplicarse también en la averiguación previa, que es el primer filtro para detectar los delitos de poca monta.

Es importante mencionar que, en la sede administrativa de los poderes judiciales y de las procuradurías, deben implementarse controles internos y externos que prevengan y eviten actos de corrupción que lesionen los derechos de las víctimas u ofendidos. Algunos criterios de oportunidad requerirán de aprobación judicial, mientras que otros no, según la pena prevista y el tipo de bien jurídico lesionado.

Los dictámenes de las Cámaras de Diputados y de Senadores, no aluden al inculpado ni a la víctima respecto a si deben dar su voluntad para la aplicación de los criterios de oportunidad, así como tampoco en la Constitución, por lo que la interpretación que se le dé es factible que sea en el sentido de que el Ministerio Público no requiere de la voluntad del inculpado ni de la víctima para aplicar los criterios de oportunidad.

Juventino Castro, en relación a los criterios de oportunidad introducidos en nuestra Constitución por reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación de 18 de junio de 2008, opina que se rompió con el principio de legalidad, toda vez que cuando el Ministerio Público llegaba a la conclusión de que los requisitos para ejercer la acción penal estaban cumplidos, tenía la obligación constitucional de ejercitarla, no se le reconocía discrecionalidad alguna para resolver sobre al conveniencia o inconveniencia de cualquier tipo para ejercer la acción, o dejar de hacerlo.[51]

---

[51] CASTRO Y CASTRO, Juventino V., El Ministerio Público en México, 15ª edición, México, Porrúa, 2008, p. XVI.

Nótese que la anterior opinión, ubica la discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal y no en la valoración que hace el Ministerio Público de si se cumplen o no los requisitos para solicitar al juez el libramiento de orden de aprehensión, que es diferente a si se reúnen o no los requisitos para ejercer la acción penal, pero de todas formas esa valoración, ya sea para solicitar orden de aprehensión o para el ejercicio de la acción penal, en ambos casos es una actividad discrecional que se ha ejercido desde la expedición de la Constitución de 1917.

IV. EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN ESTADOS UNIDOS, PERÚ, COLOMBIA, CHILE Y ALEMANIA

A) Prosecutorial Discretion en Estados Unidos. En este país el principio de oportunidad es entendido como un principio ético, según el cual, en toda competencia, debe existir una igualdad de oportunidades entre los individuos que participan. La locución idónea en este país es la de *persecutorial discretion*, fruto de la idea de que el estado tiene recursos limitados, lo cual tiene efectos en la forma en que la ley es aplicada; los recursos existentes se deben aplicar de la manera más eficiente posible, por lo que el Fiscal debe escoger los casos que va a procesar conforme a criterios que no están en la ley ni en algún Manual, aunque es importante para tomar la decisión la gravedad del hecho y el acervo probatorio, pues el costo de las penas es mayor al de Latinoamérica y Europa, dado que son de mayor duración; es decir, si se impone en su integridad todas las penas, el sistema carcelario se colapsaría.[52]

La discrecionalidad del Fiscal puede ser por omisión (no acusar) o por acción parcial contra el presunto autor o partícipe del delito (acusación selectiva). La discrecionalidad por omisión, se advierte en el caso famoso Inmates of Attica, en el que el Fiscal Robert E. Fischer, en 1971, no acusó a los responsables de la masacre de empleados e internos de la prisión de Ática en New York, en la que estos últimos realizaron una revuelta y tomaron a 38 guardias de rehenes al hartarse de las condiciones inhumanas de reclusión, obteniendo como respuesta del gobernador Nelson Rockefeller la recuperación de la prisión a sangre y fuego, cuyo resultado fue 10 empleados de la prisión y 32 internos muertos, así como 80 heridos.[53]

Las víctimas acudieron a la Corte de Distrito para que ordenara al Estado de *New York* la persecución penal, lo que se rechazó y al apelar la Corte de Circuito confirmó la decisión, cuyo ponente el juez Mansfield destacó como razones de la discrecionalidad acusatoria que rige en Estados Unidos, las siguientes: la tradición de las Cortes Federales de abstenerse invalidar, a solicitud de un particular, las decisiones de las autoridades federales en no perseguir penalmente a otras perso-

[52] MUÑOZ NEIRA, Orlando, Sistema penal acusatorio de Estados Unidos, Colombia, Legis, 2008, pp. 179 y 195.
[53] Ibídem, pp. 196 y 197.

nas, tiene como base la doctrina de la separación de poderes; es decir, el fiscal es un miembro del poder ejecutivo y con esa calidad decide en forma discrecional en cuáles delitos realizará la persecución penal, por lo que las Cortes no pueden interferir en el libre ejercicio de poderes discrecionales de los Fiscales, pues si tuvieran facultades para revisar esas decisiones del Fiscal, los jueces se volverían súper fiscales. Además, la decisión de no acusar puede estar basada en la insuficiencia de evidencia y una revisión judicial implicaría revelar lo que estaba en secreto con perjuicio de la reputación pública de quien no ha sido acusado, sin contar que el Fiscal dispone de personal y recursos limitados, con lo que las Cortes no tendrán pautas específicas para determinar la prioridad que el Fiscal deba darle a los casos que investiga.[54]

La Corte Suprema en ese mismo año de 1971, reiteró la discrecionalidad del Fiscal, en el caso Linda R.S. vs. Richard D., en el que aquélla demandó ante la justicia federal con el fin de que el Fiscal fuera obligado a acusar á éste por no cumplir con sus obligaciones alimentarias de un hijo que tuvieron fuera de matrimonio, cuyo delito en el Código Tejano lo interpretaban las Cortes y Fiscales aplicable solamente a los hijos habidos dentro del matrimonio; el argumento central era que tal interpretación era discriminatoria entre hijos legítimos e ilegítimos sin un fundamento racional, lo que violaba el principio de igualdad ante la ley. En el fallo 5-4, con ponencia del juez Marshall sostuvo que carecía de interés la peticionaria, pues si bien le causaba perjuicio el incumplimiento de deberes alimentarios, no demostró el nexo entre la omisión de la Fiscalía y el perjuicio que ella recibió; es decir, un particular no tiene interés legítimo en que el Estado acuse o deje de acusar a otro. Actualmente el Código Penal de Texas protege a los hijos habidos fuera de matrimonio, pero la discrecionalidad del Fiscal continúa.[55]

En cuanto a la acusación selectiva, sirve de ejemplo el precitado caso de Wayte v. United States, en el cual en julio de 1980 el entonces Presidente Jimmy Carter, con base en la Ley del Servicio Militar, dispuso que los varones nacidos después de 1960 se registraran en el servicio de selección militar, cuya infracción es un delito federal. Wayte no se registró y le envío varias cartas al Presidente informándole su decisión; sin embargo, el servicio militar dio varias oportunidades para registrarse, pero no lo hizo. En 1982 fue dictada una acusación contra Wayte, quien solicitó la invalidez bajo el argumento de que era producto de una política selectiva, que se dirigía en contra de aquellos que en uso de su libertad de expresión, habían manifestado su propósito de no registrarse, más no contra los demás infractores.[56]

La Corte Suprema, en 1985, resolvió el caso en el sentido de que el Fiscal tiene amplia discreción para decidir a quién acusa y el cargo o cargos a imputar delante de un gran jurado, la cual no es apropiada para una revisión judicial por la

[54]Ibídem, p. 198.
[55]Ibídem, p. 203.
[56]Ibídem, pp. 204 y 205.

fortaleza del caso, el valor disuasivo de la acusación, las prioridades del gobierno y la relación del asunto con el plan general del gobierno en aplicación de la ley; el examinar las bases de una acusación dilataría el proceso penal; amenazaría los motivos y aspectos decisorios del Fiscal a un escrutinio exterior, con lo cual puede socavar la efectividad de la actividad del fiscal por revelar la política del gobierno.[57]

En el tema de la persecución selectiva, existe una especie de control de tipo político por medio de la Cámara de Representante de los Estados Unidos, toda vez que desde el 3 de junio de 1813 creó un Comité sobre la Judicatura, con el objeto de examinar la legislación de los procedimientos judiciales, el cual se ha ampliado a los procesos judiciales civiles, penales, de quiebra, espionaje, terrorismo, protección de libertades civiles, enmiendas constitucionales, inmigración, naturalización, pactos interestatales, reclamaciones contra Estados Unidos, establecimientos penitenciarios, sucesión presidencial, ley de defensa de competencia, supervisión de los departamentos de justicia y seguridad nacional, etc. Su papel es importante en el proceso de destitución. Se rige por sus Rules of Procedure de 2009, relativas a la 111 legislatura. En su gama de competencia, en materia penal respecto de las denuncias de las persecuciones selectivas, cuyos casos los tiene clasificados como declaraciones juradas, cartas, memorandos, peticiones, etc, emitió un documento el 17 de abril de 2008 denominado *Allegation of Selective Prosecution in Our Federal Criminal Justice System,* en cuyas páginas 33 y 34 emite sus conclusiones.[58]

De los casos penales llegan un 10% a juicio; y el 90% se negocian o acuerdan entre el Fiscal y el acusado, cuyas renuncias se sopesan: el imputado renuncia a ser juzgado, con la opción de ser absuelto; el fiscal declina pedir la pena máxima y por el mayor número de delitos. De no ser así, hay posibilidad de desgaste, de inversión de recursos para el esfuerzo probatorio que implica el juicio y dejar impune otros delitos.[59]

La Corte Suprema de Estados Unidos, abordó la constitucionalidad de la negociación de las penas en 1970 con el caso Brady, respecto a la quinta y sexta enmienda, que disponen que nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; y en toda causa criminal, el acusado gozará del derecho de ser juzgado rápidamente y en público por un jurado imparcial, respectivamente. Brady y otra persona en 1959 fueron acusados por el delito de secuestro, cuya víctima no fue liberada ilesa, con lo que se vislumbraba una condena a muerte si el jurado la recomendaba. Brady se declaró no culpable, no así el partícipe quien iba a declarar como testigo, por lo que aquél se retractó y se declaró culpable a cambio de una

---

[57] Ibídem, p. 205.
[58] Comité de la Judicatura de la Cámara de Representantes de los Estados Unidos, Página principal del Comité de la Judicatura, (15 de septiembre de 2010), disponible en: http://judiciary.house.gov
[59] MUÑOZ NEIRA, Orlando, op. cit., p. 211.

pena de 30 años; sin embargo, invocó en 1967 la acción de inconstitucionalidad habeas corpus, argumentando que se había declarado culpable en forma no voluntaria por la presión indebida de su abogado.[60]

La Corte Suprema señaló que la Ley Federal de Secuestros tiende a desalentar a los procesados de insistir en su inocencia y de exigir un juicio por jurados, lo que no implicaba que todos los acusados que aceptaran su culpabilidad actuaran contrariando su voluntad; y que la renuncia a un derecho constitucional, como el derecho a un juicio, además de ser voluntaria, debe ser hecha en forma consciente con comprensión suficiente de las consecuencias y que esté asistido de abogado.[61]

La negociación de penas en el ámbito federal está regulada por el numeral 11 de las Reglas Federales de Procedimiento Criminal, expedidas desde el 21 de marzo de 1946.[62]

B) Principio de oportunidad en Perú. La Constitución peruana de 1979, en su artículo 250, numeral 5, estableció que el Ministerio Público es autónomo y jerárquicamente organizado y le corresponde promover la acción penal de oficio o a petición de parte. Y en el numeral 7 de dicho artículo, las demás atribuciones que les señalan la Constitución y las leyes.[63]

> *Consideramos que derivado de lo previsto en el numeral 7 de dicho artículo, mediante Decreto Legislativo número 638 expedido el 25 de abril de 1991 y publicado el 27 de ese mismo mes y año, se previó en su artículo 2 el principio de oportunidad, en los términos siguientes:*
>
> *El Ministerio Público, con consentimiento expreso del imputado podrá abstenerse de ejercitar la acción penal en cualquiera de los siguientes casos:*
>
> *1. Cuando el agente haya sido afectado gravemente por las consecuencias de su delito y la pena resulte inapropiada.*
>
> *2. Cuando se tratare de delitos que por su insignificancia o su poca frecuencia no afecten gravemente el interés público, salvo cuando la pena mínima supere los 2 (dos) años de pena privativa de la libertad o se hubiere cometido por un funcionario público en el ejercicio de su cargo.*
>
> *3. Cuando la culpabilidad del agente en la comisión del delito, o su contribución a la perpetración del mismo sean mínimos, salvo que se tratare de un hecho delictuoso cometido por un funcionario público en el ejercicio de su cargo.*

---

60 Ibídem, p. 212.
61 Ibídem, p. 213.
62 Comité de la Judicatura de la Cámara de Representantes de los Estados Unidos, Página principal del Comité de la Judicatura, (15 de septiembre de 2010), disponible en: http://judiciary.house.gov
63 Congreso de la República de Perú, Página principal del Congreso de la República de Perú, (15 de septiembre de 2010), disponible en: http://www.congreso.gob.pe

En los supuestos previstos en los incisos 2) y 3) será necesario que el agente hubiere reparado el daño ocasionado o exista un acuerdo con la víctima respecto a la reparación civil.

Si el acuerdo con la víctima consta en instrumento público o documento privado legalizado por Notario no será necesario que el Juez cite a las partes a que presten su consentimiento expreso para la aplicación del principio de oportunidad.

Si la acción penal hubiera sido ya ejercida, el Juez podrá, a petición del Ministerio Público, o de la parte agraviada, dictar auto de sobreseimiento en cualquier etapa del proceso, bajo los supuestos ya establecidos, en un plazo no mayor de diez días."

"En los delitos de lesiones leves, hurto simple y apropiación ilícita de los artículos 122, 185 y 190 del Código Penal y en los delitos culposos, en los que no haya pluralidad de víctimas o concurso con otro delito, antes de formalizar la denuncia penal, el Fiscal citará al imputado y a la víctima para proponerles un acuerdo reparatorio. Si ambos convienen en el mismo, el Fiscal se abstendrá de ejercitar la acción penal. Si el imputado no concurre a la segunda citación o se ignora su domicilio o paradero, el Fiscal formalizará la denuncia correspondiente."[64]

Posteriormente, en la Constitución de 1993 en su artículo 159 se contemplaron las atribuciones del Ministerio Público, sin que expresamente o haciendo uso de la reserva de ley se le haya atribuido la facultad del no ejercicio de la acción penal, por el contrario en su numeral 5 del aludido artículo se dispuso que ejercitará la acción penal del oficio o a petición de parte.[65]

El Decreto Legislativo 638 quedó abrogado por otro identificado con el número 957, promulgado el 22 de julio de 2004 y publicado el 29 de ese mismo mes y año, por el que se expidió el Nuevo Código Procesal Penal, en cuyo artículo 2 se previó el principio de oportunidad, de la manera siguiente:

1. El Ministerio Público, de oficio o a pedido del imputado y con su consentimiento, podrá abstenerse de ejercitar la acción penal en cualquiera de los siguientes casos:

a) Cuando el agente haya sido afectado gravemente por las consecuencias de su delito, culposo o doloso, siempre que este último sea reprimido con pena privativa de libertad no mayor de cuatro años, y la pena resulte innecesaria.

b) Cuando se trate de delitos que no afecten gravemente el interés público, salvo cuando el extremo mínimo de la pena sea superior a los dos años de pena privativa de la libertad, o hubieren sido cometidos por un funcionario público en ejercicio de su cargo.

---

[64] Ídem.
[65] Ídem.

c) Cuando conforme a las circunstancias del hecho y a las condiciones personales del denunciado, el Fiscal puede apreciar que concurren los supuestos atenuantes de los artículos 14, 15, 16, 21, 22 y 25 del Código Penal, y se advierta que no existe ningún interés público gravemente comprometido en su persecución. No será posible cuando se trate de un delito conminado con una sanción superior a cuatro años de pena privativa de libertad o cometido por un funcionario público en el ejercicio de su cargo.

2. En los supuestos previstos en los incisos b) y c) del numeral anterior, será necesario que el agente hubiere reparado los daños y perjuicios ocasionados o exista acuerdo con el agraviado en ese sentido.

3. El Fiscal citará al imputado y al agraviado con el fin de realizar la diligencia de acuerdo, dejándose constancia en acta. En caso de inasistencia del agraviado, el Fiscal podrá determinar el monto de la reparación civil que corresponda. Si no se llega a un acuerdo sobre el plazo para el pago de la reparación civil, el Fiscal lo fijará sin que éste exceda de nueve meses. No será necesaria la referida diligencia si el imputado y la víctima llegan a un acuerdo y éste consta en instrumento público o documento privado legalizado notarialmente.

4. Realizada la diligencia prevista en el párrafo anterior y satisfecha la reparación civil, el Fiscal expedirá una Disposición de Abstención. Esta disposición impide, bajo sanción de nulidad, que otro Fiscal pueda promover u ordenar que se promueva acción penal por una denuncia que contenga los mismos hechos. De existir un plazo para el pago de la reparación civil, se suspenderán los efectos de dicha decisión hasta su efectivo cumplimiento. De no producirse el pago, se dictará Disposición para la promoción de la acción penal, la cual no será impugnable.

5. Si el Fiscal considera imprescindible, para suprimir el interés público en la persecución, sin oponerse a la gravedad de la responsabilidad, imponer adicionalmente el pago de un importe a favor de una institución de interés social o del Estado y la aplicación de las reglas de conducta previstas en el artículo 64 del Código Penal, solicitará la aprobación de la abstención al Juez de la Investigación Preparatoria, el que la resolverá previa audiencia de los interesados. Son aplicables las disposiciones del numeral 4) del presente artículo.

6. Independientemente de los casos establecidos en el numeral 1) procederá un acuerdo reparatorio en los delitos previstos y sancionados en los artículos 122, 185, 187, 189-A Primer Párrafo, 190, 191, 192, 193, 196, 197, 198, 205, 215 del Código Penal, y en los delitos culposos. No rige esta regla cuando haya pluralidad importante de víctimas o concurso con otro delito; salvo que, en este último caso, sea de menor gravedad o que afecte bienes jurídicos disponibles.

El Fiscal de oficio o a pedido del imputado o de la víctima propondrá un acuerdo reparatorio. Si ambos convienen el mismo, el Fiscal se abstendrá de ejercitar la acción penal. Si el imputado no concurre a la segunda citación o se ignora su domicilio o paradero, el Fiscal promoverá la acción penal. Rige en lo pertinente el numeral 3).

7. Si la acción penal hubiera sido promovida, el Juez de la Investigación Preparatoria, previa audiencia, podrá a petición del Ministerio Público, con la aprobación del imputado y citación del agraviado, dictar auto de sobreseimiento -con o sin las reglas fijadas en el numeral 5)- hasta antes de formularse la acusación, bajo los supuestos ya establecidos. Esta resolución no será impugnable, salvo en cuanto al monto de la reparación civil si ésta es fijada por el Juez ante la inexistencia de acuerdo entre el imputado y la víctima, o respecto a las reglas impuestas si éstas son desproporcionadas y afectan irrazonablemente la situación jurídica del imputado.

Tratándose de los supuestos previstos en el numeral 6), basta la presentación del acuerdo reparatorio en un instrumento público o documento privado legalizado notarialmente, para que el Juez dicte auto de sobreseimiento.[66]

Esta disposición legal no fue suficiente para regular la aplicación del principio de oportunidad, en virtud de que el 8 de julio de 2005, la Fiscalía de la Nación mediante resolución 1470 aprobó el Reglamento de la Aplicación del Principio de Oportunidad, el cual consta de veintitrés artículos y cuatro disposiciones finales, así como un anexo en donde se contemplan los delitos y sus correspondientes artículos en los que es procedente aplicar el principio de oportunidad; relación de delitos que es referencial, pues los Fiscales a su criterio determinarán los casos en que sea procedente la aplicación del citado principio, cuya decisión debe responder a la particularidad de cada caso, dentro del marco estipulado en el artículo 2 del Nuevo Código Procesal Penal.[67]

C) Principio de oportunidad en Colombia. La Constitución Política de Colombia en vigor, en su artículo 250, dispone que corresponde a la Fiscalía General de la Nación, de oficio o con fundamento en denuncia, petición especial o querella, desarrollar las investigaciones de los hechos que puedan constituir delitos y acusar ante los jueces de la República, cuando fuere el caso, a los presuntos infractores de la ley penal, excepto los delitos cometidos por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio. Para tal efecto la Fiscalía General de la Nación, tiene, entre otros deberes, el de aplicar el principio de oportunidad en las causales definidas en la ley, según su numeral 4.[68]

Respecto a los antecedentes del principio de oportunidad, el jurista colombiano Forero Ramírez nos refiere que en el Proyecto de Acto Legislativo 237 de 2002 Cámara, por el que se modifican los artículos 234, 235, 250 y 251 de la Constitución Política, publicado en la Gaceta del Congreso número 134 de 2002, se plasmaron los motivos siguientes:

• Se trata de un principio que se viene aplicando en forma larvada, mediante figuras procesales tales como las preclusiones que dicta el fiscal cuando

[66] Ídem.
[67] Ministerio Público Fiscalía de la Nación, Página principal del Ministerio Público Fiscalía de la Nación de Perú, (15 de septiembre de 2010), disponible en: http://www.mpfn.gob.pe
[68] Congreso de la República de Colombia, Página principal del Congreso de la República de Colombia, (16 de septiembre de 2010), disponible en: http://www.senado.gov.co/

hay conciliación, por indemnización integral, desistimiento, transacción o bien en la sentencia anticipada o audiencia especial;

• Existen numerosos conflictos sociales que no alcanzan a vulnerar materialmente bienes jurídicos, lo que haría innecesaria la intervención del Estado en cuanto no hay lesión ni afectación real antijurídica;

• Constituye una excepción al de legalidad y un mecanismo apto para canalizar la selectividad espontánea de todo sistema penal;

• Ha sido incluido en las legislaciones de países europeos como Italia, Alemania, España y Portugal, mientras que en el sistema americano constituye la regla y se traduce en las figuras del plea guilty o confesión dirigida a evitar el juicio, y del plea bargaining, o sea, negociación entre el Fiscal y el imputado, con lo que se pacta la acusación;

• Es necesario simplificar, acelerar y hacer más eficiente la administración de justicia penal, descongestionándola de la pequeña y mediana criminalidades; y

• Bajo la estricta regulación legal, se le permitiría al Fiscal, en determinadas circunstancias, prescindir total o parcialmente de la aplicación de la acción penal o limitarla a alguna de las personas que intervinieron en la conducta punible.[69]

La Ley 906 de 2004, publicada en el Diario Oficial 45,657 de 31 de agosto de 2004, expidió el Código de Procedimiento Penal en vigor, en cuyo artículo 114 le confirió a la Fiscalía General de la Nación, la facultad, entre otras, en su numeral 2, de aplicar el principio de oportunidad en los términos y condiciones definidos por dicho Código.[70]

De conformidad con los artículos 153 y 154, numeral 7, del Código en comento, el Juez de Control de Garantías en la audiencia preliminar tramitará el control de legalidad sobre la aplicación del principio de oportunidad.[71]

El artículo 321 establece que la aplicación del principio de oportunidad deberá hacerse con sujeción a la política criminal del Estado; el 322, ordena que la Fiscalía General de la Nación debe perseguir a los autores y partícipes en los hechos que revistan las características de una conducta punible que llegue a su conocimiento, excepto por la aplicación del principio de oportunidad, en los términos y condiciones previstos en dicho Código.[72]

---

69 FORERO RAMÍREZ, Juan Carlos, Aproximación al estudio del principio de oportunidad, Colombia, Grupo Editorial Ibáñez, 2006, p. 109.
70 Congreso de la República de Colombia, Página principal del Congreso de la república de Colombia, (16 de septiembre de 2010), disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/
71 Ídem.
72 Ídem.

El artículo 323 autoriza a la Fiscalía General de la Nación, para que en la investigación o en el juicio, pero antes de la audiencia de juzgamiento, pueda suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal, en los casos previstos en el referido Código, para la aplicación del principio de oportunidad. Asimismo, define dicho principio como la facultad constitucional que le permite a la Fiscalía General de la Nación, no obstante que existe fundamento para adelantar la persecución penal, suspenderla, interrumpirla o renunciar a ella, por razones de política criminal, según las causales taxativamente definidas en la ley, con sujeción a la reglamentación expedida por el Fiscal General de la Nación y sometido a control de legalidad ante el Juez de Garantías.[73]

El artículo 324 contempla como causales para la aplicación del principio de oportunidad, las siguientes:

> *1. Cuando se tratare de delitos sancionados con pena privativa de la libertad cuyo máximo señalado en la Ley no exceda de seis (6) años o con pena principal de multa, siempre que se haya reparado integralmente a la víctima conocida o individualizada; si esto último no sucediere, el funcionario competente fijará la caución pertinente a título de garantía de la reparación, una vez oído el concepto del Ministerio Público.*
> *Esta causal es aplicable, igualmente, en los eventos de concurso de conductas punibles siempre y cuando, de forma individual, se cumpla con los límites y las calidades señaladas en el inciso anterior.*
>
> *2. Cuando a causa de la misma conducta punible la persona fuere entregada en extradición a otra potencia.*
>
> *3. Cuando la persona fuere entregada en extradición a causa de otra conducta punible y la sanción imponible en Colombia carezca de importancia comparada con la impuesta en el extranjero, con efectos de cosa juzgada.*
>
> *4. Cuando el imputado o acusado, hasta antes de iniciarse la audiencia de juzgamiento, colabore eficazmente para evitar que el delito continúe ejecutándose, o que se realicen otros, o cuando suministre información eficaz para la desarticulación de bandas de delincuencia organizada.*
>
> *5. Cuando el imputado o acusado, hasta antes de iniciarse la audiencia de juzgamiento, se compromete a servir como testigo de cargo contra los demás procesados, bajo inmunidad total o parcial.*
>
> *En este evento los efectos de la aplicación del principio de oportunidad quedarán en suspenso respecto del procesado testigo hasta cuando cumpla con el compromiso de declarar. Si concluida la audiencia de juzgamiento no lo hubiere hecho, se revocará el beneficio.*

[73] Ídem.

6. Cuando el imputado o acusado, hasta antes de iniciarse la audiencia de juzgamiento, haya sufrido, a consecuencia de la conducta culposa, daño físico o moral grave que haga desproporcionada la aplicación de una sanción o implique desconocimiento del principio de humanización de la sanción.

7. Cuando proceda la suspensión del procedimiento a prueba en el marco de la justicia restaurativa y como consecuencia de este se cumpla con las condiciones impuestas.

8. Cuando la realización del procedimiento implique riesgo o amenaza graves a la seguridad exterior del Estado.

9. En los casos de atentados contra bienes jurídicos de la administración pública o de la recta administración de justicia, cuando la afectación al bien jurídico funcional resulte poco significativa y la infracción al deber funcional tenga o haya tenido como respuesta adecuada el reproche institucional y la sanción disciplinaria correspondientes.

10. En delitos contra el patrimonio económico, cuando el objeto material se encuentre en tal alto grado de deterioro respecto de su titular, que la genérica protección brindada por la ley haga más costosa su persecución penal y comporte un reducido y aleatorio beneficio.

11. Cuando la imputación subjetiva sea culposa y los factores, que la determinan califiquen la conducta como de mermada significación jurídica y social.

12. Cuando el juicio de reproche de culpabilidad sea de tan secundaria consideración que haga de la sanción penal una respuesta innecesaria y sin utilidad social.

13. Cuando se afecten mínimamente bienes colectivos, siempre y cuando se dé la reparación integral y pueda deducirse que el hecho no volverá a presentarse.

14. Cuando la persecución penal de un delito comporte problemas sociales más significativos, siempre y cuando exista y se produzca una solución alternativa adecuada a los intereses de las víctimas. Quedan excluidos en todo caso los jefes, organizaciones, promotores, y financiadores del delito.

15. Cuando la conducta se realice excediendo una causal de justificación, si la desproporción significa un menor valor jurídico y social explicable en el ámbito de la culpabilidad.

16. Cuando quien haya prestado su nombre para adquirir o poseer bienes derivados de la actividad de un grupo organizado al margen de la ley o del narcotráfico, los entregue al fondo para Reparación de Víctimas siempre que no se trate de jefes, cabecillas, determinadores, organizadores promotores o directores de la respectiva organización.

17. Al desmovilizado de un grupo armado organizado al margen de la ley que en los términos de la normatividad vigente haya manifestado con actos inequívocos su propósito de reintegrarse a la sociedad, siempre que no haya sido postulado por el Gobierno Nacional al procedimiento y beneficios establecidos en la Ley 975 de 2005 y no cursen en su contra investigaciones por delitos cometidos antes o después de su desmovilización con excepción de la pertenencia a la organización criminal, que para efectos de esta ley incluye la utilización ilegal de uniformes e insignias y el porte ilegal de armas y municiones.

Para los efectos de este numeral, el fiscal presentará la solicitud para la celebración de audiencias individuales o colectivas para la aplicación del principio de oportunidad.

Extiéndase esta causal a situaciones ocurridas a partir de la vigencia del Acto Legislativo número 3 de 2002.

Para la aplicación de esta causal, el desmovilizado deberá firmar una declaración bajo la gravedad de juramento en la que afirme no haber cometido un delito diferente a los establecidos en esta causal, so pena de perder el beneficio dispuesto en este artículo de conformidad con el Código Penal.

PARÁGRAFO 1o. En los casos de tráfico de estupefacientes y otras infracciones previstas en el capítulo segundo del título XIII del Código Penal, terrorismo, financiación de terrorismo, y administración de recursos relacionados con actividades terroristas, solo se podrá aplicar el principio de oportunidad, cuando se den las causales cuarta o quinta del presente artículo, siempre que no se trate de jefes, cabecillas, determinadores, organizadores promotores o directores de organizaciones delictivas.

PARÁGRAFO 2o. La aplicación del principio de oportunidad en los casos de delitos sancionados con pena privativa de la libertad cuyo límite máximo exceda de seis (6) años de prisión será proferida por el Fiscal General de la Nación o por quien el delegue de manera especial para el efecto.

PARÁGRAFO 3o. No se podrá aplicar el principio de oportunidad en investigaciones o acusaciones por hechos constitutivos de graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario, delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra o genocidio, ni cuando tratándose de conductas dolosas la víctima sea un menor de dieciocho (18) años.

PARÁGRAFO 4o. No se aplicará el principio de oportunidad al investigado, acusado o enjuiciado vinculado al proceso penal por haber accedido o permanecido en su cargo, curul o denominación pública con el apoyo o colaboración de grupos al margen de la ley o del narcotráfico.[74]

[74] Ídem.

El control judicial en la aplicación del principio de oportunidad, está regulado en el artículo 327, de la forma siguiente:

> *El juez de control de garantías deberá efectuar el control de legalidad de las solicitudes individuales o colectivas respectivas dentro de los cinco (5) días siguientes a la determinación de la Fiscalía de dar aplicación al* principio de oportunidad.
>
> *Dicho control será obligatorio y automático y se realizará en audiencia especial en la que la víctima y el Ministerio Público podrán controvertir la prueba aducida por la Fiscalía General de la Nación para sustentar la decisión. El juez resolverá de plano.*
>
> *La aplicación del principio de oportunidad y los preacuerdos de los posibles imputados o acusados y la Fiscalía, no podrá comprometer la presunción de inocencia y solo procederán si hay un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad.*[75]

La participación de la víctima en la aplicación del principio de oportunidad está prevista en el artículo 328, en los términos siguientes: *En la aplicación del principio de oportunidad el fiscal deberá tener en cuenta los intereses de las víctimas. Para estos efectos deberá oír a las que se hayan hecho presentes en la actuación.*[76]

Los efectos de la aplicación del principio de oportunidad, están contenidos en el artículo 329, los cuales consisten en extinguir la acción penal respecto del autor o partícipe en cuyo favor se decide, salvo que la causal que la fundamente se base en la falta de interés del estado en la persecución del hecho, evento en el cual las consecuencias de la aplicación de dicho principio se extenderán a los demás autores o partícipes en la conducta punible, a menos que la ley exija la reparación integral a las víctimas.[77]

Finalmente, el artículo 330 dispone que el Fiscal General de la Nación deberá expedir un reglamento, en el que se determine de manera general el procedimiento interno para asegurar que la aplicación del principio de oportunidad cumpla con sus finalidades y se ajuste a la Constitución y la ley. Así también, dicho reglamento deberá desarrollar el plan de política criminal del Estado.[78]

El Fiscal General de la Nación, emitió resolución número 0-6657 de 30 de diciembre de 2004, por medio de la cual se reglamenta la aplicación del principio de oportunidad.[79]

---

[75] Ídem.
[76] Ídem.
[77] Ídem.
[78] Ídem.
[79] Fiscalía General de la Nación, Colombia, Página principal de la Fiscalía General de la Nación, (16 de septiembre de 2010), disponible en: http: http://fgn.fiscalia.gov.co

Asimismo, la Fiscalía General de la Nación, emitió la resolución 0-6618 de 27 de octubre de 2008, publicada en el Diario Oficial con el número 47157, por la cual se reglamenta la aplicación del principio de oportunidad para los desmovilizados de grupos armados organizados al margen de la ley, en el marco de las leyes 782 de 2000 y 975 de 2005 y se adicionan las resoluciones 0-6657 y 0-6658 de 30 de diciembre de 2004.[80]

D) Principio de oportunidad en Chile. Por medio de la Ley 19696 de 12 de octubre de 2000, se expidió el Código Procesal Penal de Chile, en cuyo artículo 170 se consagró el principio de oportunidad y se le otorgó a los fiscales del Ministerio Público la facultad discrecional de no iniciar la persecución penal o abandonar la que se hubiese iniciado, en el supuesto de que el hecho *delictivo no comprometa gravemente el interés público.*

Este supuesto tiene dos límites que impiden la aplicación del principio de oportunidad:

• Cuando la pena mínima prevista en el delito exceda la de presidio o reclusión menores en su grado mínimo; y

• Cuando se trate de un delito cometido por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones.

El precepto legal en comento, prevé el procedimiento para la aplicación del principio de oportunidad, el cual inicia con la decisión del fiscal de aplicar el principio de oportunidad, en la que debe motivar la procedencia del mismo, notificando dicha resolución al juez de garantía, quien la comunicará a los intervinientes si los hay. A partir del día siguiente al de la comunicación de la decisión del fiscal de aplicar el principio de oportunidad, empiezan a correr diez días, dentro de los cuales el juez, de oficio, o a petición de cualquiera de los intervinientes, podrá dejar sin efecto dicha decisión del Fiscal, en dos supuestos:

• Cuando considere que se actualiza alguno de los límites mencionados que hacen improcedente la aplicación del multirreferido principio; y

• Cuando dentro del mismo plazo, la víctima manifestare de cualquier modo su interés en el inicio o en la continuación de la persecución penal.

Si se actualizan alguno de estos dos motivos de improcedencia, la decisión del juez que así lo declare tendrá el efecto de obligar al fiscal a continuar con la persecución penal.

---

[80] Ídem.

El precepto legal de nuestra atención, también le otorga a los intervinientes el derecho de impugnar, dentro del plazo de diez días, la decisión del fiscal ante las autoridades del Ministerio Público, en el caso de que vencido el plazo anterior de los diez días, no se haya pronunciado el juez de garantía o habiéndolo hecho haya sido en el sentido de rechazar la reclamación de los intervinientes.
Las autoridades del ministerio público deberán verificar si la decisión del fiscal se ajusta a las políticas generales del servicio y a las normas que hubieren sido dictadas al respecto.

En el caso de que haya transcurrido el plazo de diez días sin que se hubiere formulado reclamación o rechazada ésta por parte de las autoridades del ministerio público, se entenderá extinguida la acción penal respecto del hecho de que se tratare.

La extinción de la acción penal, en los términos de dicho artículo es sin perjuicio del derecho a perseguir por la vía civil las responsabilidades pecuniarias derivadas del mismo hecho.[81]

E) Principio de oportunidad en Alemania. El jurista alemán Jurgen Baumann sostiene que se acostumbra resumir las excepciones al principio de legalidad recurriendo a la expresión genérica "principio de oportunidad", lo que, según él, no es del todo acertado pues no se trata de oportunidad sino de intereses y presupuestos jurídicos diferentes, como los criterios de economía procesal, tramados jurídico-materiales o categorías de política criminal.[82]

Considera que el principio de oportunidad propiamente dicho se encuentra en los parágrafos 153 y siguientes de la Ordenanza Procesal Penal de 1877, por lo que los asuntos bagatela no caben en el principio de legalidad. El parágrafo 153 es el más importante, el cual fue introducido en 1924 por la reforma Emminger, ya que no admite la persecución de los delitos si la culpabilidad del autor es leve o no existe un interés público en la persecución, pero únicamente con la autorización del tribunal, excepto en los casos de pequeña criminalidad contra la propiedad y el patrimonio. Al parágrafo 153 lo completa el 153b, introducido en 1951, el cual permite el cierre del procedimiento si el tribunal puede prescindir de la pena.[83]

El principio de oportunidad también se aplica a los hechos accesorios carentes de importancia, por economía procesal, pues el parágrafo 154, párrafo 1, número 1, previene el cierre provisional del procedimiento, si la pena carece de importancia. Este mismo criterio se aplica con base en el mismo parágrafo, número 2, si los fines de la pena se alcanzan con la condena por otro hecho. En

---

[81] Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Página principal de la Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, (17 de septiembre de 2010), disponible en: http:/wwwleychile.cl/
[82] BAUMANN, Júrgen, Derecho procesal penal, traducción de la 3ª edición alemana ampliada de 1979 por el Dr. Conrado A. Finzi, Argentina, Ediciones Depalma, 1986, p. 62.
[83] Ibídem, pp. 64-66.

el parágrafo 153e se permite prescindir de la persecución por hechos cometidos en el extranjero, por ciertos hechos cometidos en el país por un extranjero, por hechos cometidos en el país desde el extranjero y ejecuciones de la pena en el extranjero. El parágrafo 154b permite prescindir de la persecución si con motivo del hecho se procede a la extradición del autor o a su expulsión; y en el c si la víctima de extorsión hace la denuncia. En el artículo 153d, tratándose de delitos políticos, se puede prescindir de la persecución si perjudica a la república federal o si se oponen intereses públicos. En el parágrafo 430 se permite renunciar a la confiscación si carece de importancia al lado de la pena, si complica el procedimiento o lo hace costoso. El principio de oportunidad sustituyó al de legalidad en el procedimiento para menores de edad.[84]

Por su parte, Claus Roxin, afirma que la Fiscalía es el órgano estatal competente para la persecución penal, sin disfrutar de independencia objetiva y subjetiva, ya que la función es ejercida por el Procurador General Federal, quien está subordinado al Ministro Federal de Justicia. En el proceso penal es un órgano independiente de la administración de justicia; no es parte, ya que debe investigar las circunstancias que sirvan de descargo y puede interponer recursos a favor del imputado y de revisión para la absolución de un condenado; tiene, en principio, la obligación de acusar ante la existencia de acciones punibles, pero tiene la facultad discrecional para aplicar el principio de oportunidad; y es recusable por su vinculación a la verdad y a la justicia.[85]

Las excepciones al principio de legalidad resultan del principio constitucional de proporcionalidad, o sea, de la idea de que en el caso particular se puede renunciar a la aplicación del castigo cuando los motivos de prevención no lo exigen. Según Roxin las excepciones por las cuales puede ser sobreseído el procedimiento a pesar de la existencia de la sospecha del hecho, son: a) Cuando el reproche por el hecho es insignificante y no existe ningún interés en la persecución penal; b) Cuando el interés en la persecución puede ser satisfecho de otro modo; c) Cuando a dicho interés le son opuestos intereses estatales prioritarios; o d) Cuando el ofendido puede llevar adelante por sí mismo la persecución penal.[86]

La posición de Roxin en relación a los principios de legalidad y oportunidad, se advierte en la Conferencia que dio el 1 de octubre de 1996, con motivo de la conmemoración de los 150 años de la Fiscalía de Berlín, al augurar para todas las fiscalías el deseo de que en las décadas venideras, sigan siendo siempre un guardián de la legalidad obligado únicamente al derecho, y allí donde todavía no lo es o no en la extensión deseable, que en un futuro lo sea.[87]

---

[84] Ibídem, pp. 67-73.
[85] ROXIN, Claus, Derecho procesal penal, 25° edición alemana, traducción de Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor, Buenos Aires, Editorial el Puerto, 2000, pp. 50, 51, 53 y 56.
[86] Ibídem, p. 90.
[87] ROXIN, Claus, Pasado, presente y futuro del Derecho Procesal Penal, traducción de Óscar Julián Guerrero Peralta, Argentina, Rubinzal-Culzoni, 2007, p. 38.

CONCLUSIONES

1. En el sistema penal acusatorio, de acuerdo a su modelo teórico, debe prevalecer el principio de legalidad u obligatoriedad en la persecución de todos los hechos delictivos de que tenga noticia el Ministerio Público.

2. En el texto primigenio de la Constitución de 1917, se establecieron las bases para el desarrollo de un sistema penal acusatorio, en cuyos artículos 21 y 102 se estableció la obligación del Ministerio Público de perseguir los delitos; sin embargo, la primera generación de Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (1917-1919), al interpretar el primero de los mencionados artículos constitucionales, crearon la figura de la acción penal y le asignaron como titular de la misma al Ministerio Público, con facultades para ejercitarla, no ejercitarla y desistirse de ella sin control alguno, a pesar de las garantías contenidas en dicho artículo.

3. Mientras la Constitución estableció el deber constitucional del Ministerio Público para perseguir los delitos, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por la vía interpretativa, lo sustituyó por una facultad discrecional; es decir, no reglamentada y por ende potestativa, que degeneró en arbitrariedad, lo que trató de evitarse con las leyes procesales penales y orgánicas del Ministerio Público, pero persistió esa discrecionalidad, la cual no podemos equipararla con el principio de oportunidad, en virtud de que los antecedentes históricos y sustento filosófico de este principio en el derecho anglosajón, no guardan ninguna similitud con la historia en México del procedimiento penal, del Ministerio Público, del deber constitucional de éste de perseguir los delitos, y menos aún con la facultad discrecional con la que fue investido en tal persecución. Esta facultad discrecional, a diferencia del principio de oportunidad, carece de una política-criminal y por ello ha sido fuente de impunidad y corrupción, más aún porque no estaba controlada externamente por la autoridad judicial.

4. Las demás generaciones de ministros continuaron con los primeros criterios, a los cuales incluso se les dio el carácter de jurisprudencia en la publicación del Apéndice al Semanario Judicial de la Federación de 2000. Inclusive, la legislación procesal y orgánica del Ministerio Público se plegó a los criterios interpretativos acerca del artículo 21 constitucional.

5. Actualmente en nuestra Constitución, se encuentran previstos el deber del Ministerio Público de perseguir los delitos graves; y la facultad discrecional de dicha autoridad administrativa, para aplicar los criterios de oportunidad en los delitos denominados bagatela y de mediano impacto social, en los supuestos y condiciones que fije la ley.

6. Los criterios de oportunidad previstos en nuestra Constitución, no constituyen un principio o un derecho fundamental, por lo que para su aplicación no se requiere del consentimiento del imputado y de la víctima u ofendido.

7. A pesar de que los criterios de oportunidad establecidos en nuestra Constitución no constituyen un principio o derecho fundamental, son susceptibles de impugnarse si son aplicados ilegalmente, más aún si no se ha efectuado la reparación del daño a la víctima u ofendido.

8. Los criterios de oportunidad contemplados en nuestra Constitución, son susceptibles de aplicarse desde la averiguación previa hasta la audiencia de juicio.

9. Cuando el inculpado o procesado preste ayuda eficaz para la investigación y persecución de los delitos en materia de delincuencia organizada; y en los casos en que el inculpado acepte de manera voluntaria y con conocimiento de las consecuencias legales, su participación en el delito, se actualiza el principio o derecho fundamental de que se le apliquen en su favor los beneficios que establezca la ley, lo que no debe formar parte de los criterios de oportunidad.

10. La regulación de la persecutorial discretion en los Estados Unidos, y el principio de oportunidad en Perú, Colombia, Chile y Alemania, son referentes que pueden auxiliar en el diseño de los criterios de oportunidad que están pendientes de establecerse en el Código Federal de Procedimientos Penales de nuestro país, así como en los Códigos Procesales de las Entidades Federativas.

BIBLIOGRAFÍA

ANÍBAL MAGLIONE, Enrique, El principio de oportunidad como instrumento de política criminal del Estado para la resolución del conflicto penal, Derecho Penal Online, Revista electrónica de doctrina y jurisprudencia en línea, (26 de agosto de 2010), disponible desde: http://www.derechopenalonline.com

BAUMANN, Júrgen, Derecho procesal penal, traducción de la 3ª edición alemana ampliada de 1979 por el Dr. Conrado A. Finzi, Argentina, Ediciones Depalma, 1986.

BOVINO, Alberto, La persecución penal pública en el derecho anglosajón, Derecho Penal Online, Revista electrónica de doctrina y jurisprudencia en línea, (26 de agosto de 2010), disponible desde: http://.derechopenalonline.com

CARRARA, Francesco, Programa de Derecho Criminal, Parte General, volumen II, Argentina, Temis Depalma, 1977.

CASTRO Y CASTRO, Juventino V., El Ministerio Público en México, 15ª edición, México, Porrúa, 2008.

FERRAJOLI, Luigi, Derecho y razón, 6ª edición, España, Editorial Trotta, 2004.

FORERO RAMÍREZ, Juan Carlos, Aproximación al estudio del principio de oportunidad, Colombia, Grupo Editorial Ibáñez, 2006.

MACHORRO NARVÁEZ, Paulino, El Ministerio Público, la Intervención de tercero en el procedimiento penal y la obligación de consignar según la Constitución, México, Publicaciones de la Academia Mexicana de Jurisprudencia y Legislación, correspondiente de la Real de Madrid, 1941.

MINISTROS 1917-2004 Semblanzas, 2ª edición, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2005.

MUÑOZ NEIRA, Orlando, Sistema penal acusatorio de Estados Unidos, Colombia, Legis, 2008.

ROXIN, Claus, Derecho procesal penal, 25° edición alemana, traducción de Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor, Buenos Aires, Editorial el Puerto, 2000.

------ Pasado, presente y futuro del Derecho Procesal Penal, traducción de Óscar Julián Guerrero Peralta, Argentina, Rubinzal-Culzoni, 2007.

PÁGINAS WEB

Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Página principal de la Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, (17 de septiembre de 2010), disponible desde: http:/wwwleychile.cl/

Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión de México, Página principal de la Cámara de Diputados, (3 de septiembre de 2010), disponible desde: http://www.diputados.gob.mx

Comité de la Judicatura de la Cámara de Representantes de los Estados Unidos, Página principal del Comité de la Judicatura, (15 de septiembre de 2010), disponible desde: http://judiciary.house.gov

Congreso de la República de Perú, Página principal del Congreso de la República de Perú, (15 de septiembre de 2010), disponible desde: http://www.congreso.gob.pe

Congreso de la República de Colombia, Página principal del Congreso de la República de Colombia, (16 de septiembre de 2010), disponible desde: http://www.senado.gov.co/

Fiscalía General de la Nación, Colombia, Página principal de la Fiscalía General de la Nación, (16 de septiembre de 2010), disponible desde: http: http://fgn.fiscalia.gov.co

Ministerio Público Fiscalía de la Nación de Perú, Página principal del Ministerio Público Fiscalía de la Nación de Perú, (15 de septiembre de 2010), disponible desde: http://www.mpfn.gob.pe

PUBLICACIONES OFICIALES

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.

Diario Oficial de la Federación.

INSTRUMENTOS PARA LA INVESTIGACIÓN DE LOS DELITOS Y SU EFICACIA PROBATORIA

LIC. ÓSCAR URIBE BENÍTEZ*

* Licenciado en Derecho, por la Universidad Nacional Autónoma de México. Investigador "A", del Centro de Estudios de Derecho e Investigaciones Parlamentarias, de la Cámara de Diputados.

I. INTRODUCCIÓN

La investigación de los delitos es tan antigua como las antiguas prácticas judiciales, cuya evolución ha estado determinada en función del progreso del pensamiento humano, de los descubrimientos científicos, de los avances tecnológicos y del diseño de métodos y técnicas adecuadas.

El espectro de la investigación del delito es muy amplio, ya que se puede abordar desde el punto de vista criminológico, sociológico, policial, etc. Sin embargo, en el presente trabajo hemos optado por emprender la investigación de los delitos desde la óptica jurídica, concretamente partiendo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, desde el punto de vista de los instrumentos constitucionales con los que se ha dotado no solamente al ministerio público sino a la víctima u ofendido y al imputado.

Este abordaje instrumental se acomete porque en virtud de las reformas constitucionales publicadas en el Diario Oficial de la Federación de 18 de junio de 2008, se transitó de un sistema penal mixto a un sistema penal acusatorio y adversarial, con lo cual el ministerio público dejó ser el único protagonista en la investigación de los delitos, en virtud de que lo adversarial implica la responsabilidad de las partes de aportar los hechos y sus pruebas al proceso, es decir, son ellas quienes deben investigar los hechos y desarrollar los aspectos legales que los fundamenten en cuanto a su posición; y lo acusatorio significa que las partes tienen la responsabilidad de convencer al juzgador en torno a la culpabilidad o inocencia del acusado.

De ahí, la importancia de explorar en nuestra Constitución ¿Cuáles son los instrumentos con los que cuenta el ministerio público para su investigación?, ¿Cuáles son los instrumentos con los que cuenta la víctima u ofendido para su investigación? y ¿Cuáles son los instrumentos con los que cuenta el imputado para su investigación?

Pero antes de ello, estimamos importante bosquejar la evolución y letargo en la investigación de los delitos, por lo que en el capítulo II exponemos brevemente los antecedentes de la investigación en la época antigua, media, moderna y contemporánea en México desde la independencia a la revolución y desde la Constitución de 1917 a la reforma constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación de 18 de junio de 2008.

En el capítulo III, se realiza una breve descripción en torno a los artículos constitucionales relacionados con la investigación de los delitos, se plantean interrogantes y se intenta responder a las mismas; asimismo, se expone la investigación de los delitos desarrollada por la Comisión Nacional de Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos, por medio de su Código Modelo del Proceso Penal Acusatorio para los Estados de la Federación; se destacan algunas

opiniones doctrinarias; y la estructura que se propone de la investigación en el Decreto por el que se expide el Código Federal de Procedimientos Penales, presentado por el Ejecutivo Federal en la Cámara de Diputados.

Posteriormente, en el capítulo IV se realiza la exploración de los instrumentos constitucionales con los que cuenta el ministerio público, la víctima u ofendido y el imputado; se interpretan para su sistematización, se construyen conceptos acerca de dichos instrumentos de investigación y se expresan los existentes de algunos procesalistas mexicanos, así como algunos criterios del Poder Judicial de la Federación.

En el capítulo V, desde el punto de vista de la eficacia de instrumentos constitucionales, se destaca la sanción constitucional que se prevé sobre alguno de ellos, en cuanto a su falta de valor probatorio, su factible valor probatorio y la nulidad, lo que permite proyectar la posible modificación de tesis de jurisprudencia, de lo cual damos un ejemplo.

Nuestras conclusiones las plasmamos en el capítulo VI; y la bibliografía utilizada la enlistamos en el capítulo siguiente.

Adicionalmente, es importante mencionar que a la fecha de terminación de este trabajo, no han entrado en vigor las reformas constitucionales publicadas en el Diario Oficial de la Federación de 18 de junio de 2008. No obstante, ante la presión social por la inseguridad pública en el país, el 21 de agosto de 2008 los poderes de la unión suscribieron el Acuerdo Nacional por la Seguridad, la Justicia y la Legalidad, mediante el cual adquirieron compromisos, por lo que en el Poder Judicial de la Federación, en cumplimiento a los mismos, por conducto del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal expidió el 4 de noviembre de 2008 el Acuerdo General 75/2008, publicado en el referido órgano informativo de 4 de diciembre de ese ismo año, por medio del cual se crearon los Juzgados Federales Penales Especializados en cateos, arraigos e intervención de comunicaciones, mismos que empezaron sus funciones el 5 de enero de 2009.[1]

II. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN DE LOS DELITOS

A) Época antigua. Las prácticas judiciales griegas revelan las técnicas de investigación de la verdad que se utilizaban, como se advierte en Sófocles en la tragedia de Edipo Rey, que consiste en la historia acerca de la investigación de la verdad; mientras que en la Iliada de Homero, se haya el primer testimonio de la investigación de la verdad en el procedimiento judicial griego. En Edipo Rey, el descubrimiento de la verdad se realiza por mitades: hay una maldición por un asesina-

[1] Cfr. SÁNCHEZ ZEPEDA, Rodolfo, El juez federal penal especializado en medidas cautelares, Porrúa, México, 2010, pp. 7-11.

to; un asesinado y un asesino; un Dios, Apolo, que dice la mitad de la verdad, y un adivino, Tiresias, que la completa; está toda la verdad en forma prescriptiva y profética, que se completa con el presente mediante testimonios; esta es una técnica jurídica, política y religiosa llamada el símbolo, que es un instrumento del ejercicio del poder que permite romper una cosa en mitades que permite dar autenticidad al mensaje del poder; de estas mitades, destaca el testimonio de un pastor, que es una conquista de la democracia ateniense ya que el pueblo se apoderó del derecho de juzgar, de decir la verdad, de oponer la verdad a sus propios señores, de juzgar a quienes los gobernaban. Se desarrolla un nuevo tipo de conocimiento por testimonio, recuerdos o indagación, que constituirá una forma de descubrimiento judicial, jurídico, de la verdad. Surge así la historia de la indagación, que fue olvidada al caer el imperio romano y retomada siglos después en la Edad Media[2]

En el poema de Homero, de la Iliada, Antíloco y Menelao compiten en carrera de carros, al pasar por la baliza se produce una irregularidad; aquél llega primero, Menelao se queja sin apelar al testigo que vigilaba la carrera, solamente acusa a Antíloco de cometer la irregularidad, quien la niega, ante ello Menelao pronuncia un desafío: Toma con la mano izquierda tu fusta y jura ante Zeus que no cometiste la irregularidad; Antíloco ante esta prueba renuncia a ella, no jura y reconoce así que cometió la irregularidad, lo cual constituye una forma de producir la verdad jurídica[3]

B) Edad Media. El derecho feudal antiguo, contaba con un sistema de pruebas: pruebas sociales (por ejemplo, el juramento de doce testigos para afirmar que cierta persona no había cometido homicidio, las cuales no declaraban sobre el hecho sino acerca de la importancia social del acusado, con lo que se demuestra la solidaridad social del grupo en caso de una batalla); pruebas de tipo verbal, es decir, el acusado debía responder con cierto número de fórmulas, si se equivocaba en pronunciarlas perdía; pruebas físicas o corporales llamadas ordalías, que era una lucha con el propio cuerpo del acusado, por ejemplo caminar sobre hierro al rojo y si en dos días tenía cicatrices perdía; es decir, en este viejo derecho feudal no se trataba de investigar la verdad sino de una especie de juego de estructura binaria: el individuo acepta la prueba o renuncia a ella; si renuncia a ella pierde el proceso de antemano; si acepta la prueba, vence o fracasa: por ello, la primera característica de este sistema de prueba judicial, es su forma binaria; la segunda, es que la prueba termina con una victoria o un fracaso, no hay sentencia; la tercera consiste en que la prueba es automática, o sea, la fuerza, el juego, la suerte, la resistencia física, la agilidad intelectual, establecen diferencias entre los individuos, la autoridad o juez no atestigua sobre la verdad sino sobre la regularidad del procedimiento; no es un mecanismo para determinar quién dice la verdad sino para establecer quién es el más fuerte y al mismo tiempo quién tiene razón[4]

---

[2] Foucalt, Michel, La verdad y las formas jurídicas, Traducción de Enrique Lynch, Gedisa, México, 1988, pp. 39-65.
[3] Ibidem, p. 40.
[4] Ibidem, pp. 68-72.

Este sistema de práctica judicial desapareció a fines del siglo XII y durante el siglo XIII, inventándose otras formas de justicia, de prácticas y procedimientos judiciales. Se inventó una determinada forma de saber: la indagación. Los litigios judiciales eran una manera de hacer circular los bienes y por ello se explica el por qué los poderosos en armas y bienes procuraron controlarlos. Los individuos ya no tienen el derecho de resolver sus conflictos, son sometidos a un poder judicial y político, surge la figura del procurador como representante del soberano, rey o señor, en cada crimen, porque lesiona el poder del soberano; surge la infracción de la ley u ofensa al soberano, además de la ofensa y daño al individuo; y se inventa la reparación que exige el soberano, mediante el mecanismo de las multas y confiscaciones. Para establecer la sentencia, no se utilizó el sistema de pruebas pues no se arriesgaría la vida o bienes del rey o procurador, sino el modelo de la indagación que existía en la época del Imperio Carolingio, o sea, la inquisitio, consistente en principio en que el representante del poder llamaba a personas que por su situación, edad, riqueza, etc., eran capaces de saber costumbres, derecho, títulos de propiedad, a quienes se les tomaba juramento para decir la verdad y se les preguntaba qué conocían, qué habían visto u oído, para que después deliberaran y solucionaran el problema. Es una investigación administrativa.[5]

La iglesia utilizó este modelo para sus propios bienes durante toda la edad media, conocido como visitatio, el cual consistía en que el obispo visitaba las comarcas de su diócesis, instituía la inquisitio generalis (preguntaba a todos los que debían saber, qué había ocurrido en su ausencia, en especial crímenes, etc.; si había respuesta positiva, continuaba con la inquisitio specialis que era averiguar qué se había hecho y quién lo había hecho; la confesión interrumpía cualquiera de ellas. Este modelo lo utilizó el procurador del rey, no como un sistema racional para establecer la verdad, sino como una forma de ejercer el poder.[6]

C) Época moderna. En Europa, el modelo inquisitivo se siguió utilizando y aplicando tormento para obtener la confesión. Marat llamó ¡Jueces bárbaros! por su aplicación en el procedimiento criminal y consideró que no corresponde a los jueces establecer las pruebas del delito, pero sí les conviene examinar imparcialmente las que se les presentan y considerar si bastan para declarar culpable al acusado; por tanto, estimó que deben cesar para siempre el tender lazos a un acusado, de procurar envolverlo con preguntas capciosas, de esforzarse en ponerle en contradicción y de obtener con falsas promesas la confesión de un delito; cuidados éstos extraños a sus funciones, e indignos de su carácter.[7]

España, después de invadir el continente americano, organizó su poder dictando leyes y aplicando las que tenía, como es el caso de Las Siete Partidas de Alfonso el Sabio, del siglo XIII, en cuya Partida Siete, Título XXX, Ley 1, refiere que

---

[5]Ibidem, pp. 72-79.
[6]Ibidem, pp. 78-81 y 83.
[7]Cfr.MARAT, Jean Paul, Plan de legislación criminal, Hammurabi, Argentina, 2000, pp. 168-170.

el tormento es una manera de prueba para escudriñar y saber la verdad de los malos hechos encubiertos, que no se podrían saber de otra guisa, la que se realiza de dos maneras: con azotes y colgando al hombre de brazos, cargando su espalda y piernas cosas pesadas; la Ley II, dispuso que el tormento se da solamente por mandamiento de *los juzgadores ordinarios*, cuando además de la acusación existan presunciones o sospechas ciertas, de los yerros por los que fueron presos, con excepciones para menores de edad, mujer preñada y nobles.[8]

D) Época contemporánea. En México. 1. De la independencia a la Revolución. En pleno movimiento de independencia de México, las Cortes Generales de España decretaron la Constitución Política de la monarquía española el 18 de marzo de 1812, en cuyo artículo 245 se dispuso que *Los tribunales, no podrán ejercer otras funciones que las de juzgar y hacer que se ejecute lo juzgado; y en su artículo 275 se ordenó que En todos los pueblos se establecerán alcaldes y las leyes determinarán la extensión de sus facultades, así en lo contencioso como en lo económico.*[9]

Con el objeto de regular a los magistrados de las audiencias y a los jueces de letras, previstos en los artículos 271 y 273, de la precitada Constitución, respectivamente, las Cortes Generales y Extraordinarias decretaron el Reglamento de las audiencias y juzgados de primera instancia, de 9 de octubre de 1812, en el que en su capítulo II, artículo XVI dispuso que en las causas criminales y después de concluido el sumario y recibido la confesión al tratado como reo, todas las audiencias públicas y demás actos que se ofrezcan serán en audiencias públicas para que asistan las partes si quisieren; y en el artículo XXXII señaló que todo negocio civil o penal que ocurra en cada partido, se tratarán ante juez letrado del mismo y los alcaldes de los pueblos como lo determina dicho Reglamento. El capítulo III, relativo a los alcaldes constitucionales de los pueblos, además de dotarlos de funciones conciliadores en causas civiles (cien pesos fuertes en ultramar) y penales (tratándose de injurias y faltas livianas) en juicio verbal, en su artículo VIII se les facultó para que, en caso de cometerse en sus pueblos algún delito, o encontrarse algún delincuente, podrán y deberán proceder de oficio, o a instancia de parte, a formar *las primeras diligencias de la sumaria*, y prender a los reos, siempre que resulte de ellas algún hecho por el que merezcan, según la ley, ser castigados con pena corporal, o cuando se les aprehenda cometiéndolo en fraganti, pero darán *cuenta inmediatamente al juez del partido*, y le remitirán las diligencias, poniendo a su disposición los reos; y el artículo X ordenó que en todas las diligencias en las causas, civiles y penales, no se podrán hacer valer los jueces de partido, sino de los alcaldes de los respectivos partidos.[10]

---

[8] Cfr. Alfonso X, El Sabio, Las Siete partidas del Sabio Rey, edición facsimilar, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2004, p. 245.

[9] Cfr. DUBLÁN, Manuel, y LOZANO, José María, Legislación Mexicana o colección completa de las disposiciones legislativas expedidas desde la independencia de la república, imprenta del comercio, a cargo de Dublán y Lozano, hijos, tomo I, pp. 369 y 371.

[10] Ibídem, pp. 392, 393 y 395.

El 11 de septiembre de 1820, las Cortes Generales decretaron diferentes reglas para la sustanciación de las causas criminales, en las que en su regla 1 se estableció la obligación de toda persona de ayudar a las autoridades, cuando sean interpeladas por ellas, para el descubrimiento, persecución y arresto de los delincuentes; y en la regla 2 se señala que toda persona que tenga obligación de declarar como testigo en una causa criminal, está obligada a comparecer para este efecto ante el juez que conozca de ella, luego que sea citado por el mismo. La regla 10 refiere que *el único objeto de los sumarios es y debe ser la averiguación de la verdad,* averiguada que sea plenamente por la comprobación del cuerpo del delito y por la confesión del reo, o por el dicho conteste de testigos presenciales, de modo que se pueda dar cierta sentencia, debe terminarse el sumario y procederse al plenario. En la regla 15, se dispuso que en las causas de cómplices en que convenga hacer un pronto y saludable escarmiento, deberán los jueces proseguirlas y determinarlas rápidamente con respecto al reo o reos principales que se hallen convencidos, sin perjuicio de *continuar las averiguaciones* en pieza separada para la averiguación y castigo de los demás culpados.[11]

Previa a la anterior legislación, el uso del tormento como prueba para averiguar la verdad, se había proscrito mediante el decreto de 22 de abril de 1811, por el que abolió el tormento y la práctica que se hace de él a través de los apremios, prohibiendo las esposas, perrillos, calabozos extraordinarios y otros, sin que ningún juez, tribunal o juzgado pueda ordenarlo y usarlos, so pena de destitución, cuyo crimen podrá perseguirse por acción popular.[12]

La Soberana Junta Provisional Gubernativa del Imperio, el 6 de febrero de 1822, aprobó el Reglamento de jueces auxiliares, en cuyo artículo 25 se facultó a los auxiliares prender infragante, o cuando fundadamente se temiera la fuga, en ambos casos se debería presentar al reo ante el alcalde constitucional; en el articulo 26, se prevé que en caso de homicidio, heridas u otros delitos, cuidará especificar en el parte los testigos presenciales y casas donde viven y tomarán apuntes exactos de los reos y de los heridos cuando estuvieren en el caso de no dar su declaración ante el juez correspondiente, y dichos apuntes los especificarán en el parte para que puedan servir al juez de luz en la *sumaria*.[13]

El 28 de agosto de 1823, se expidieron las Medidas para el breve despacho de las causas de conspiración, en cuyo artículo 5 dispone que *si el juez hallare en el sumario prueba plena del delito y delincuente*, mandará incontinente abrir el plenario con todos los cargos de ratificación, prueba, alegato y citación para sentencia, con el término preciso de dieciséis días, el cual vencido pronunciará su sentencia.[14]

---

[11]Ibídem, pp. 525-527.
[12]Ibídem, p. 342.
[13]Ibídem, p. 592.
[14]Ibídem, p. 667.

Por medio del Decreto de 27 de septiembre de 1823, se ordenó que los reos de salteadores de caminos, ladrones en despoblado y poblado, fueran juzgados militarmente, en cuyo artículo 7 se facultó a los alcaldes de las capitales de provincia, para que conozcan a prevención, con los jueces letrados en las causas de los reos expresados.[15]

Mediante la Ley de 18 de diciembre de 1832, (respecto de ladrones y reos que deban ser juzgados militarmente), se ordenó en su artículo 3 que todas las autoridades civiles y militares, perseguirán y aprehenderán a los delincuentes, y harán las primeras averiguaciones, poniendo a los reos dentro de cuarenta y ocho horas, a disposición *del juez o tribunal competente*.[16]

La Ley de 23 de Mayo de 1837, en su artículo 86 dispuso que en caso urgente pueden actuar los jueces que instruyan las primeras diligencias de un proceso penal, con testigos de asistencia.[17]

En la Ley de 6 de julio de 1848, Sobre el Modo de Juzgar a los Ladrones, Homicidas y Heridores, en su artículo 8 facultó al Alcalde para que una vez que se ha cometido, se está cometiendo o se intenta cometer alguno de los delitos mencionados, se presente al lugar donde esto se verifique, tome las providencias eficaces para impedir o determinar el desorden, así como para la aprehensión de los delincuentes, y podrá detener en el acto a las personas que hayan presenciado el hecho, en el número que baste para comprobarlo, y solamente por el tiempo necesario para que produzcan sus declaraciones; en una acta hará constar todo esto en un lapso de veinticuatro horas, según los artículos 9 al 12; *diligencias que remitirá al juez de primera instancia de lo criminal* (artículo 13), quien si considera que falta algo, *continuará la averiguación* en un lapso de cuarenta y ocho horas (artículo 15); el juicio en estas causas debía ser verbal y no se recibían escritos (artículo 32);asimismo, se obligó al juez y al alcalde a proceder inmediatamente de que tengan noticia de que se ha cometido algún delito, de cualquier desorden, de la ocultación de un delincuente, que según las leyes deba someterse al examen y calificación de las autoridades (artículo 38); y se obligó a los *jueces de primera instancia a observar en las primeras diligencias, las mismas reglas que se prescriben a los alcaldes*.[18]

---

[15] Ibídem, p. 676.

[16] Cfr. DUBLÁN, Manuel, y LOZANO, José María, Legislación Mexicana o colección completa de las disposiciones legislativas expedidas desde la independencia de la república, imprenta del comercio, a cargo de Dublán y Lozano, hijos, tomo II, p. 470.

[17] Pallares, Jacinto, El Poder Judicial o Tratado completo de la organización, competencia y procedimientos de los tribunales de la república mexicana, edición facsimilar de la original de 1874, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2004, p. 58.

[18] Cfr. DUBLÁN, Manuel, y LOZANO, José María, Legislación Mexicana o colección completa de las disposiciones legislativas expedidas desde la independencia de la república, imprenta del comercio, a cargo de Dublán y Lozano, hijos, tomo IV, pp. 402 y 404.

El entonces Presidente de la República, el 17 de enero de 1853 emitió Decreto por el que establecieron los jueces menores a quienes facultó para que en cuanto se cometa algún delito acudan al lugar, aprehender al delincuente y detener a los testigos para que produzcan sus declaraciones (artículo 19); levantarán acta en la que detallarán todo (artículo 20); incluido lo del cuerpo del delito: fe de lesiones, del cadáver, fractura de puertas y llaves, horadación en pared, vestigios de incendio, robo, etc. (artículo 21); antes de tomarles declaración a los reos, los tenía que incomunicar completamente (artículo 23); diligencias que deberá practicar en 60 horas si no concluyera en ese lapso, tendrá 24 horas más (artículo 26), para remitirlas al juez de primera instancia de lo criminal (artículo 30), quien no estaba excluido para realizar las diligencias de las causas desde el principio, en los términos de esta ley (artículo 32) o bien, completar la averiguación en 60 horas, para enseguida tomar la confesión del reo con cargos (artículo 34), a quien se le prevendrá para que nombre defensor (artículo 35) y se le prestarán las actuaciones para que en veinticuatro horas señale si ofrecerá pruebas (artículos 36 y 37), si no lo hace en la vista se dará lectura al proceso, los alegatos del defensor y se dictará sentencia (artículos 38 a 40); si ofrece pruebas, se le concederán 3 días para su desahogo u 8 si fuere necesario, al concluir el plazo se le concederán tres días para tomar apuntes el defensor y preparar su defensa en la vista del proceso, la cual se realizará al cuarto día (artículos 41 y 43).[19]

La Ley sobre Administración de Justicia y Orgánica de los Tribunales de la Nación, del Distrito y Territorios, de 23 de noviembre de 1855, en su artículo 34 declaró que sigue vigente la anterior Ley de 17 de enero de 1853.[20]

El 6 de diciembre de 1856, se expidió la Ley para castigar los delitos contra la nación, el orden público y la paz pública, disponiendo en su artículo 4 que los jueces de Distrito luego que tengan conocimiento de que se ha cometido alguno de los delitos previstos en los artículos anteriores, insertarán edictos en los periódicos llamando ante su tribunal a quienes no hayan sido aprehendidos, mientras que a los que se hayan aprehendido in fragante se pondrán a disposición del juez de Distrito, en absoluta incomunicación, para que instruya el sumario correspondiente, según el artículo 5; si en el lugar de comisión del delito no hubiere juez de distrito, el juez letrado de los estados y Territorios o quien haga las veces de estos, practicarán la sumaria información del hecho y avisarán al juez de distrito, incluso continuarán el procedimiento hasta ponerlo en estado de sentencia, según el artículo 7; el juez que tomara conocimiento de la causa, formará la averiguación de los hechos en sesenta horas, examinando testigos y practicando todas las diligencias, según artículo 8, para continuar las mismas reglas señaladas en la Ley de 17 de enero de 1853 en materia del fuero común.[21]

[19] Ídem, tomo VI, pp. 294-298.
[20] Ídem, tomo VII, p. 602.
[21] Ídem, tomo VIII, pp. 311-315.

La Ley General para juzgar a los ladrones, homicidas, heridores y vagos, expedida el 5 de enero de 1857, en su capítulo VI relativo a los procedimientos, precisamente en su artículo 55, fracción II, facultó a los jueces menores en la ciudad de México, a los alcaldes municipales en las poblaciones y a los auxiliares de hacienda, sección o rancho, para investigar los delitos y aprehender a los presuntos reos, recoger los instrumentos u objetos del delito, prestar socorro a los heridos, levantar acta para hacer constar lo visto, presenciado y prevenido, examinar a ofendidos, testigos, peritos y presuntos reos. Los jueces de primera instancia examinan lo practicado para ver si hay una prueba de indicio o criminalidad en contra de los detenidos, en cuyo caso los declarará bien presos, en el término de 24 horas después de recibido el proceso, o los mandará poner en libertad, a no ser que aún restare por consignar alguna diligencia o dato, por cuya falta no se pueda formar juicio, en orden a los méritos para la prisión, en cuyo caso podrá tomar el juez el tiempo necesario para que se practique, sin que exceda de 5 días, contado desde que el detenido fue puesto a su disposición, según fracción XI de dicho artículo. A esta etapa se le llamaba sumario, la cual termina con la confesión del reo y los cargos, si hay confesión y no ofrece pruebas, el juez corta la causa y le da tres días al defensor para que conteste al cargo; si el reo o el agraviado se opone a esta determinación, el juez sin más diligencias abrirá el plenario, en el que se abre término a prueba, se toman apuntes, se realiza audiencia de vista en la que se formulan los alegatos y después se dicta sentencia, según los artículos 56 y 60.[22]

El Ministro de Justicia e Instrucción Pública, mediante comunicado de 17 de abril de 1868, le informó al juez cuarto de lo criminal, respecto al informe de éste de que no acudió personalmente al llamado del jefe de resguardo nocturno a practicar las primeras diligencias de la causa que se instruye por el asesinato de Don Pascual Lechesne, se le dispensaba de no haber acudido, pero no lo eximía de la disposición legal que hizo valer, ya que como juez de turno tiene la obligación imprescindible de acudir al llamamiento de la policía, para practicar las primeras diligencias en la averiguación de los delitos que se cometan.[23]

El 15 de junio de 1869, se expidió la Ley de Jurados en materia criminal para el Distrito Federal, en cuyo artículo 3 se facultó a los jueces de primera instancia de fuera de la capital instruir con arreglo a esta ley la averiguación de los delitos que se cometan en su correspondiente partido, al concluirla la pasarán al juez en turno de la capital con el detenido; el artículo 9, dispone que los jueces instruirán el sumario como lo hacen. En la fecha de la vista, se constituye el jurado, bajo la presidencia del juez de lo criminal, se da lectura al sumario en presencia de las partes y de los testigos, según el artículo 15. Después de los testimonios, se le pregunta al procesado si tiene algo qué exponer y se permitirán réplicas, en sentir del juez, para esclarecer cada punto de la averiguación, según el artículo 18.[24]

---

[22] Íbidem, pp. 330, 337-339.
[23] Ídem, tomo X, pp. 301 y 302.
[24] Ídem, tomo X, pp. 658-660.

Respecto al ministerio público, Pallares afirma que su obligación era promover todo lo conducente a la averiguación de la verdad en los procesos verbales, de que tomarán conocimiento desde el auto de formal prisión que se les notificará, lo mismo que el que en su lugar se dicte disponiendo que la averiguación no se eleve a formal causa; y constituyen la parte acusadora en causas criminales; y los denunciantes o partes agraviadas podrán valerse del ministerio público y auxiliarlos para promover la prueba, pero si no estuvieren de acuerdo con el fiscal promoverán por su parte la prueba que quieran, la que el juez admitirá o no bajo su responsabilidad.[25]

El precitado jurista del siglo XIX, afirmó que el *juicio criminal* tiene *por objeto la investigación del delito, la averiguación y aseguramiento del delincuente* y su responsabilidad pecuniaria y la aplicación de la pena; juicio en el que deben existir: el acusador, reo y juez.[26] Llama juicio a la controversia de derechos seguida por los litigantes ante un juez para obtener su fallo.[27]

El 15 de septiembre de 1880, se expidió el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California, en cuyo artículo 1 se dispuso que la facultad de declarar un hecho establecido en la ley como delito le corresponde únicamente a los tribunales de justicia, así como declarar la inocencia o culpabilidad de la persona acusada por algún delito, y aplicar las penas que la ley impone; y en el artículo 2, se señala que al ministerio público le corresponde ***perseguir y acusar*** *ante los tribunales a los autores, cómplices y encubridores de los delitos que se cometan, y* ***vigilar*** *porque se ejecuten puntualmente las sentencias que se pronuncien.*[28] El artículo 11, señala que la policía judicial tiene por objeto la investigación de los delitos, la reunión de sus pruebas y el descubrimiento de sus autores, cómplices y encubridores. Dicha policía judicial, según el artículo 12, se ejerce en la ciudad de México, por los inspectores de cuartel, por los comisarios de policía, por el inspector general de policía, por el ministerio público, por los jueces correccionales y por los jueces de lo criminal.[29] Los tres primeros dependen del ministerio público y de los jueces del ramo penal, según el artículo 15; si varios conocen de la comisión de algún delito simultáneamente, tendrá preferencia para practicar las primeras diligencias el que fuere superior en grado, según el orden inverso, es decir el juez de lo criminal, según el artículo 16.[30] El artículo 36 le impone la obligación a la policía judicial de proceder a la averiguación de los delitos de oficio, según el artículo 36.[31] Según el artículo 273, cuando a juicio del juez esté completa la instrucción, entregará el proceso por tres días al ministerio público para que asiente sus conclusiones.[32]

---

[25]Pallares, Jacinto, op. cit., p. 72.
[26]Ibidem, p. 131.
[27]Ibidem, p. 25.
[28]Idem, tomo XV, p. 3.
[29]Ibídem, p. 4.
[30]Ibídem, p. 5.
[31]Ibídem, p. 7.
[32]Ibídem, p. 29.

La Ley de Jurados en materia criminal para el Distrito Federal, de 24 de junio de 1891, continuó con los jueces correccionales y de lo criminal en la realización del procedimiento de investigación al que se le denominó instrucción, la cual una vez cerrada y si las conclusiones del ministerio público eran acusatorias y el delito fuese de la competencia del jurado, el juez señalaba fecha para la insaculación y sorteo de jurados, citando a los testigos, peritos y acusado, en esa fecha se daba lectura a las conclusiones de las partes y a las constancias procesales que justifiquen el cuerpo del delito y examinará a los citados, en seguida se iniciará el debate con las conclusiones nuevamente de las partes, después el jurado delibera, vota y firma el veredicto, si es de culpable, el juez impone la pena correspondiente.[33]

El Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y Territorios Federales, expedido el 6 de julio de 1894, en su artículo 1 dispuso que la facultad de declarar un hecho establecido en la ley como delito le corresponde únicamente a los tribunales, así como declarar la inocencia o culpabilidad de las personas y aplicar las penas que la ley impone; y en el artículo 2, señaló que al ministerio público le corresponde perseguir y acusar ante los tribunales a los responsables de un delito y cuidar de que las sentencias se ejecuten puntualmente. En el artículo 7 se estableció que la policía judicial tiene por objeto la investigación de todos los delitos, la reunión de sus pruebas y el descubrimiento de sus autores, cómplices y encubridores. En el artículo 8, se señala que en la ciudad de México la policía judicial la ejerce: Por los inspectores de cuartel, comisarios de policía, Inspector General de Policía, Ministerio Público, Jueces Correccionales y Jueces de lo Criminal; los tres primeros dependen del Ministerio Público y de los Jueces del ramo penal, según el artículo 10. En el artículo 12 se previó que cuando varios funcionarios de la policía judicial tomen conocimiento de un delito, practicará las primeras diligencias el de mayor jerarquía según el orden inverso señalado en el artículo 8.[34]

Su Libro Segundo, contiene un Título Único, denominado de la Instrucción, el cual comprende el capítulo I, relativo a la incoación del procedimiento; el II, a la comprobación del cuerpo del delito; el III, a la declaración preparatoria y nombramiento de defensor; el IV, a las visitas domiciliarias; el V, a los peritos; el VI, a los testigos; el VII, a los intérpretes; el VIII, a la confrontación; el IX, a los careos; el X, a la prueba documental; el XI, al valor jurídico de la prueba; el XII, sobre los diversos grados y casos en que puede restringirse la libertad del inculpado y de las personas que tienen facultad de hacerlo; en el XIII, sobre las determinaciones que deben dictarse cuando, a juicio del juez, la instrucción estuviere concluida. Y su Libro tercero, se refiere al Juicio, cuyo artículo 250 prevé que concluida la instrucción se pone la causa a la vista de las partes por el término de seis días para que promuevan las diligencias que estimen convenientes, las cuales se deben practicar dentro de ocho días, hecho lo cual se pasará al ministerio público para que

[33] Ídem, Tomo XXI, pp. 494-506.
[34] Ibídem, Tomo XXVIII, pp. 119 y 120.

formule conclusiones, para después en una audiencia se dará cuenta de la causa, las partes expondrán lo que consideren y concluida la audiencia el juez pronuncia la parte resolutiva de su fallo, según sus artículos 250 y 253.[35]

La instrucción comprende todas las diligencias practicadas para la comprobación de todos los delitos e investigación de las personas que, en cualquier grado, puedan ser responsables de ellos, desde que se comienza el proceso hasta que se dicte el auto a que se refieren los artículos 240 y 251. Para incoar una instrucción, la ley autoriza sólo dos medios: el de oficio y el de querella necesaria, según su artículo 52. Si el agente de la policía judicial que practicare las primeras diligencias, no fuere el juez competente para seguir conociendo del negocio, remitirá aquellas al agente del Ministerio Público en turno, con los detenidos, si los hubiere, y los objetos inventariados, dentro de treinta y seis horas de haberlas comenzado, según el artículo 74. El juez una vez que recibe las primeras diligencias, practicará, sin demora alguna, todas aquellas que juzgue necesarias, así como las que promueva el ministerio público, el inculpado y querellante, si fueren conducentes al objeto de la instrucción, según el artículo 75.[36]

El Código Federal de Procedimientos Penales, de 16 de diciembre de 1908, en su artículo 1 señaló que la investigación de los delitos del fuero federal, la reunión de sus pruebas y el descubrimiento de sus autores, cómplices y encubridores, constituye el objeto de la policía judicial de la federación; su artículo 2, refiere que la policía judicial la ejerce los cónsules y vicecónsules mexicanos en el extranjero; los capitanes, maestres y patrones de embarcaciones mexicanas; los administradores de aduanas, los comandantes de la gendarmería fiscal y los jefes de secciones aduaneras; los pilotos mayores de los puertos; los empleados públicos que en los territorios federales o en los estados desempeñen las funciones de policía judicial en el fuero común, quienes obrarán como auxiliares de la federal; los jueces de distrito; y los magistrados de circuito cuando a ellos les corresponda la instrucción de un proceso; y todos los funcionarios a quienes por disposición de la ley esté encomendada alguna instrucción.[37] Los primeros seis tipos de funcionarios conocían a prevención, ya que inmediatamente al incoar el procedimiento tenían que *dar cuenta al juez de distrito o magistrado de circuito* que corresponda, según su artículo 3.

En su artículo 86 se dispuso que el procedimiento del orden penal tiene dos períodos, el de *instrucción que comprende la serie de diligencias que se practican con el fin de averiguar la existencia del delito,* y determinar las personas que en cualquier grado aparezcan responsables; y el del juicio propiamente tal, que tiene por objeto definir la responsabilidad del inculpado o inculpados y aplicar la pena correspondiente.[38]

35Ídem, pp. 125 a 143.
36Ibídem, pp. 125 y 127.
37Ídem, Tomo 40 A, p. 541.
38Idem, Tomo 40 A, p. 551.

Su artículo 91, obligó a todo empleado o funcionario público, que con motivo de sus funciones tuviera noticia de la existencia de algún delito que pueda perseguirse de oficio, a participarlo inmediatamente al ministerio público, transmitiéndole todos los datos y comprobantes que tuviere, para que este proceda conforma a sus atribuciones, excepto en el caso que el mismo funcionario **sea el juez que deba practicar la averiguación,** pues entonces sólo daría al ministerio público la intervención que la Ley establecía.[39]

2. **De la Constitución de 1917 a la reforma constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación de 18 de junio de 2008.** Venustiano Carranza, el 1 de diciembre de 1916, ante el Congreso Constituyente, con el objeto de justificar su iniciativa de reformas a la Constitución de 1857, señaló entre otras cosas lo siguiente: Los derechos individuales que la Constitución declara como base de las instituciones sociales, han sido conculcados de manera constante, sin que la ley de amparo y leyes secundarias hayan sido eficaces para combatir ese mal, ni la autoridad judicial federal se ha esforzado en reprimirlo. En los juicios criminales, las garantías de los acusados han sido ineficaces ya que se han seguido prácticas inquisitoriales, pues es de todos conocidas las incomunicaciones por meses, para castigar a reos políticos o para amedrentar y obligar a hacer confesiones forzosas. El procedimiento criminal en México ha sido hasta hoy, con ligeras variantes, exactamente el mismo que dejó implantado la dominación española. Las leyes federales y comunes han adoptado la institución del ministerio público, pero su función ha sido nominal y decorativa en la administración de justicia. Los jueces mexicanos desde la independencia hasta hoy, han sido iguales a los jueces de la colonia: son los encargados de averiguar los delitos y buscar las pruebas, a cuyo efecto se han autorizado a emprender asaltos contra los reos, para obligarlos a confesar. Propone innovar el sistema procesal penal, otorgándole al ministerio público exclusivamente la facultad de *perseguir los delitos y la búsqueda de los elementos de convicción.*[40]

El precitado proyecto de reformas a la Constitución de 1857, fue aprobado con algunas ligeras variantes, del cual destacaremos, en relación con el interés de nuestro trabajo, los artículos siguientes:

> *Art. 16.- Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles y posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento. No podrá librarse ninguna orden de aprehensión o detención, sino por la autoridad judicial, sin que preceda* ***denuncia, acusación o querella*** *de un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal, y sin que estén* ***apoyadas aquéllas por declaración, bajo protesta, de persona digna de fe o por datos que hagan probable la responsabilidad del inculpado,*** *hecha excepción de los casos de flagrante delito en que cualquiera per-*

[39] Ibídem, p. 552.
[40] Diario de los Debates del Congreso Constituyente, edición facsimilar, Tomo I, México, Imprenta de la Cámara de Diputados, 1926, pp. 260-264.

sona puede aprehender al delincuente y sus cómplices, poniéndolos sin demora a disposición de la autoridad inmediata. Solamente en casos urgentes, cuando no haya en el lugar ninguna autoridad judicial, y tratándose de delitos que se persiguen de oficio, podrá la autoridad administrativa, bajo su más estrecha responsabilidad, decretar la detención de un acusado, poniéndolo inmediatamente a disposición de la autoridad judicial. En toda orden de cateo, que sólo la autoridad judicial podrá expedir y que será escrita, se expresará el lugar que ha de inspeccionarse, la persona o personas que hayan de aprehenderse y los objetos que se buscan, a lo que únicamente debe limitarse la diligencia, levantándose al concluirla, una acta circunstanciada, en presencia de dos testigos propuestos por el ocupante del lugar cateado o en su ausencia o negativa, por la autoridad que practique la diligencia.
...

*Art. 19.- Ninguna detención podrá exceder del término de tres días, sin que se justifique con un auto de formal prisión, en el que se expresarán: el delito que se impute al acusado, los elementos que constituyen aquél, lugar, tiempo y circunstancias de ejecución y l**os datos que arroje la averiguación previa**, los que deben ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado. La infracción de esta disposición hace responsable a la autoridad que ordene la detención o la consienta, y a los agentes, ministros, alcaides o carceleros que la ejecuten.*
...
...

*Art. 21.- La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. **La persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la policía judicial,** la cual estará bajo la autoridad y mando inmediato de aquél. Compete a la autoridad administrativa el castigo de las infracciones de los reglamentos gubernativos y de policía; el cual únicamente consistirá en multa o arresto hasta por treinta y seis horas; pero si el infractor no pagare la multa que se le hubiese impuesto, se permutará ésta por el arresto correspondiente, que no excederá en ningún caso de quince días.*
...

Art. 102. ...

*Estará a cargo del Ministerio Público de la Federación **la persecución,** ante los tribunales, de todos los **delitos del orden federal; y, por lo mismo, a él le corresponderá solicitar las órdenes de aprehensión** contra los reos; **buscar y presentar las pruebas que acrediten la responsabilidad de éstos;*** hacer que los juicios se sigan con toda regularidad para que la administración de justicia sea pronta y expedita; pedir la aplicación de las penas e intervenir en todos los negocios que la misma ley determinare
...

De los antecedentes legislativos de la colonia, del México independiente y de la exposición de motivos de Carranza para su proyecto de Constitución, podemos advertir que el juez era el principal protagonista en la investigación de los delitos; pero dada la arbitrariedad en esa función, los precitados artículos primigenios de la Constitución de 1917, se la quitaron para otorgársela exclusivamente al ministerio público y a la policía judicial, a efecto de llevar a una persona ante la autoridad judicial competente para que la sujete a proceso penal, mediante la comprobación del cuerpo del delito y la probable responsabilidad, así como para perseguirla ante dicha autoridad judicial; es decir, para conseguir la comprobación del cuerpo del delito y la plena responsabilidad del imputado, a través de la búsqueda y presentación de pruebas, con el fin de que a éste le fuera impuesta la pena correspondiente por parte del juzgador.

En otras palabras, a partir de la Constitución de 1917, al ministerio público se le facultó exclusivamente para realizar una averiguación previa, denominada anteriormente Información sumaria o primeras diligencias, para que la autoridad judicial competente sujetara a proceso a un probable responsable, hecho lo cual debía continuar la investigación en la sede judicial, por medio de la persecución para comprobar la plena responsabilidad, pues con la averiguación previa podía comprobar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad. En este sentido, el juez ya no contaba con la facultad de investigar los delitos, lo cual es una característica del sistema penal acusatorio, ya que una autoridad investiga y la otra juzga, es decir, no se concentraron ambas funciones en el juez como acontecía en el sistema penal inquisitivo anterior a la Constitución de 1917. Otras características del sistema penal acusatorio insertadas en la Constitución de 1917, es la publicidad, en el artículo 20, fracción VI, al disponer que el acusado será juzgado en audiencia pública por un juez o jurado de ciudadanos; la oralidad, al prescribir en su fracción IX del mismo artículo, que al acusado se le oirá en defensa por sí o por persona de su confianza, o por ambos, según su voluntad, etc.

Paradójicamente, pese a estas características del sistema penal acusatorio, la Constitución de 1917, en su artículo 97, párrafo tercero, primigenio, ***facultó a la Suprema Corte de Justicia*** para nombrar a algunos de sus miembros, a algún juez de distrito o magistrado de circuito, cuando lo juzgue conveniente o lo pidiere el ejecutivo federal o alguna de las cámaras del congreso de la unión o el gobernador de un estado, únicamente ***para que averigüe*** la conducta de un juez o magistrado federal o algún hecho o hechos que constituyan la violación de alguna garantía individual, o la violación del voto público o ***algún otro delito castigado por la ley federal.*** Es decir, se facultó a la autoridad judicial para investigar delitos federales, con lo cual se dejaron reminiscencias del sistema inquisitivo.

En la legislación secundaria se variaron las características del sistema constitucional penal acusatorio, estableciendo un sistema mixto, como se aprecia en los ordenamientos legales siguientes:

Código de Organización, de Competencia y de Procedimientos en materia penal para el Distrito Federal y Territorios de 7 de octubre de 1929, en cuyo artículo 191 establece que Todo tribunal o juez, al incoar una averiguación, dará noticia por oficio al tribunal de apelación. Según el artículo 203, la acción penal, cuyo ejercicio le corresponde al Ministerio Público, lo capacita para dirigir a la policía judicial en la investigación que ésta haga para comprobar el cuerpo del delito, ordenándole la práctica de las diligencias que, a su juicio, estime necesarias para cumplir con su cometido, o practicando él mismo aquellas diligencias; y solicitar al juez la práctica de diligencias para comprobar la existencia del delito y sus modalidades, así como la responsabilidad del acusado y exigir reparación del daño. El artículo 293 dispone que cuando el juez instructor estime agotada la averiguación y estuviesen practicadas las diligencias legalmente solicitadas por las partes, pondrá la causa a la vista del Ministerio Público y defensa, para que en tres días, para cada uno, formulen sus conclusiones. El artículo 591 señala que ***iniciado un proceso para la averiguación de un delito,*** sólo podrá suspenderse… . El artículo 269 establece que se incia un procedimiento criminal cuando el juez da entrada a la consignación que hace el ministerio público del acta respectiva.[41]

Código de Procedimientos Penales para el Distrito y Territorios Federales de 29 de agosto de 1931, en cuyo artículo 3 faculta al ministerio público investigar los delitos; y el 315 establece que ***cuando a juicio del juez instructor esté agotada la averiguación*** por haberse practicado las diligencias solicitadas por las partes ***o decretadas por él mismo***, la causa la pondrá a la vista para que las partes promuevan pruebas pertinentes y se reciban; y el artículo 477 dispone que una vez iniciado el procedimiento de averiguación de un delito, no se podrá suspender sino en los casos siguientes…[42]

El Código Federal de Procedimientos Penales de 30 de agosto de 1934, en su artículo 1 se dispone que el procedimiento penal federal tiene 4 períodos: el primero de la averiguación previa a la consignación a los tribunales que comprende las diligencias legalmente necesarias para que el Ministerio Público pueda resolver si ejercita la acción penal; el de la instrucción, que comprende ***las diligencias practicadas por los tribunales con el fin de averiguar la existencia de los delitos,*** las circunstancias en que hubieren sido cometidos ***y la responsabilidad o irresponsabilidad de los inculpados.***[43]

---

[41] Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, Biblioteca, Documentación Legislativa.
[42] Ídem.
[43] Idem.

Como se observa se creó a nivel constitucional una investigación administrativa, extraprocesal y procesal; mientras que en la ley secundaria, se estableció una investigación judicial, la cual la Suprema Corte de Justicia no la consideró inconstitucional; basta como ejemplos el amparo penal directo 6346/42, promovido por López Díaz Jesús, en el que la Primera Sala resolvió que las diligencias para mejor proveer contenidas en el artículo 381 del Código de Procedimientos Penales del estado de Jalisco, no son inconstitucionales, pues no se arroga al juez la facultad de perseguir los delitos, sino que tiene por objeto ilustrar el criterio del tribunal, esclareciendo algunos puntos, para dictar la sentencia que en derecho corresponda.[44] Respecto al artículo 426 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, resolvió la Primera Sala que la facultad del juez de decretar diligencias para mejor proveer es buscar claridad en puntos obscuros que permita conocer la verdad histórica de los hechos cuestionados.[45] En el Amparo penal 3007/55, la Primera Sala resolvió que las actuaciones practicadas por el ministerio público no necesitan ser repetidas, para su validez, o ratificadas ante el juzgador, dado que el Ministerio Público es colaborador del Juez cuando realiza actividades indagatorias o de investigación.[46] En el amparo penal directo número 3061/55, respecto a la prueba presuntiva se destaca la pesquisa judicial.[47]

El Tribunal Colegiado en materia penal del Primer Circuito, en el amparo en Revisión 70/77, resolvió que si se ejercita acción penal por el Ministerio Público, éste carece de facultades para iniciar o continuar una averiguación al margen o paralelamente a la que sigue el Juez de la causa, respecto de los mismos hechos

---

[44] DILIGENCIAS PARA MEJOR PROVEER (LEGISLACION DE JALISCO), (Tesis aislada), Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Quinta Época, Instancia: Primera Sala, Tomo LXXVI, p. 3484 (Amparo penal directo 6346/42. López Díaz Jesús. 12 de mayo de 1943. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: José Rebolledo. La publicación no menciona el nombre del ponente).

[45] DILIGENCIAS PARA MEJOR PROVEER, EN EL PROCESO, (Tesis aislada), Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Quinta Época, Instancia: Primera Sala, Tomo XCIII, p. 1599 (Tomo XCIII, página 2644. Indice Alfabético. Amparo directo 264/46. Güitrón Pavageau Cleto. 16 de agosto de 1947. Unanimidad de cinco votos. Ponente: Fernando de la Fuente.
Tomo XCIII, página 1599. Amparo penal directo 9512/45. Güitrón Pavageau Julián y coagraviado. 16 de agosto de 1947. Unanimidad de cinco votos. La publicación no menciona el nombre del ponente.

[46] TESTIMONIAL RENDIDA ANTE EL MINISTERIO PUBLICO, VALOR DE LA, (Tesis aislada), Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Quinta Ëpoca, Instancia: Primera Sala, Tomo CXXVI, p. 12 (Amparo directo 3007/55. Por acuerdo de la Primera Sala, de fecha 8 de junio de 1953, no se menciona el nombre del promovente. 1o. de octubre de 1955. Unanimidad de cinco votos. Ponente: Agustín Mercado Alarcón)..

[47] PRUEBA PRESUNTIVA EN MATERIA PENAL, (Tesis aislada), Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Instancia: Primera Sala, Tomo CXXV, p. 1863, (Amparo penal directo 3061/55. Por acuerdo de la Primera Sala, de fecha 8 de junio de 1953, no se menciona el nombre del promovente. 2 septiembre de 1955. Unanimidad de cinco votos. Ponente: Rodolfo Chávez Sánchez).

ya consignados o en cuanto a personas distintas del indiciado, pero ligadas con esos hechos puesto que esta investigación concierne al Juez al avocarse al conocimiento de la averiguación, a petición del Ministerio Público.[48]

Este sistema mixto fue sustituido por el sistema penal acusatorio, mediante la reforma constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación de 18 de junio de 2008, que a continuación expondremos respecto a la investigación de los delitos.

III. LA INVESTIGACIÓN DE LOS DELITOS EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO Y ORAL MEXICANO

El anterior sistema penal mixto previsto en los Códigos de Procedimientos Penales, federal y locales, agudizó su crisis congénita; y con la presión de la sociedad e instituciones públicas y privadas nacionales y de los Estados Unidos, por medio de USAID (United States Agency International Development y su operador Proderecho: Programa de Apoyo al Estado de Derecho en México), se logró la reforma constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación de 18 de junio de 2008, en la que se estableció el proceso penal acusatorio y oral.[49]

Los reformados artículos constitucionales que tienen relación con la investigación de los delitos, son los siguientes:

El artículo 19, párrafo segundo, parte primera, constitucional, dispone que el ministerio público sólo podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar, entre otros fines de la prisión preventiva, el desarrollo de la investigación. Es decir, en el proceso se realizará la investigación, pero ¿quién la realizará, el ministerio público, el juez o ambos?

---

[48] MINISTERIO PÚBLICO. CESA SU FACULTAD INVESTIGATORIA DE DELITOS, SI EJERCITO ACCION PENAL, ANTE EL JUEZ Y ESTE DICTO AUTO DE RADICACION, (Tesis aislada), Fuente: Semanario Judicial dela Federación y su Gaceta, Séptima Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tomo 103-108, sexta parte, p. 142, (Amparo en revisión 70/77. Guillermo Fernández Villanueva. 31 de agosto de 1977. Unanimidad de votos. Ponente: Aulo Gelio Lara Erosa. Secretaria: Olivia Heiras Rentería). Número de registro 252796. Esta tesis contendió en la contradicción 63/98 resuelta por la Primera Sala, de la que derivó la tesis 1a./J. 40/2000, que aparece publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XIII, febrero de 2001, página 9, con el rubro: "MINISTERIO PUBLICO. DEJA DE TENER EL CARACTER DE AUTORIDAD UNA VEZ DICTADO EL AUTO DE RADICACION DE LA CAUSA, POR LO QUE LAS PRUEBAS QUE APORTE POSTERIORMENTE SON PROVENIENTES DE PARTE Y SI SON RECIBIDAS CON CONOCIMIENTO DEL INCULPADO Y DE SU DEFENSOR, PROCEDE CONSIDERARLAS EN EL AUTO DE FORMAL PRISION O EN EL DE SUJECION A PROCESO." Por ejecutoria de fecha 6 de febrero de 2002, la Primera Sala declaró inexistente la contradicción de tesis 11/2001 en que participó el presente criterio.

[49] URIBE BENÍTEZ, Oscar, El juicio oral en el sistema penal acusatorio mexicano, Revista Quórum Legislativo de la Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, México, número 94, agosto-septiembre de 2008, pp. 92-94.

El artículo 20, apartado A, fracción I, constitucional, dispone que el proceso penal tendrá por objeto el esclarecimiento de los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen. Respecto al esclarecimiento de los hechos ¿Quién lo va a hacer, el ministerio público para demostrar su acusación; el imputado para demostrar su inocencia; o el juez, para estar convencido de la culpabilidad del imputado o de su inocencia?

El artículo 21, párrafos primero y segundo, constitucional, disponen que la investigación de los delitos corresponden al ministerio público y a las policías, las cuales actuarán bajo la conducción y mando de aquél en el ejercicio de esta función. Y que el ejercicio de la acción penal ante los tribunales corresponde al ministerio público. La ley determinará los casos en que los particulares podrán ejercer la acción penal ante la autoridad judicial. Esta última parte, nos está indicando que ¿El ministerio público va a investigar y los particulares van a ejercitar la acción penal, en los casos que establezca la ley; o el particular para ejercitar la acción penal, está facultado para realizar su propia investigación?

El artículo 20, apartado A, fracción V, constitucional, establece como principio general el que la carga de la prueba para demostrar la culpabilidad corresponde a la parte acusadora, conforme lo establezca el tipo penal. Y que las partes tendrán igualdad procesal para sostener la acusación o la defensa, respectivamente.

Por último, el artículo 20, apartado C, fracción II, constitucional, establece como derechos de la víctima u ofendido, el que se le reciban todos los datos o elementos de prueba con los que cuente, tanto en la investigación como en el proceso, a que se desahoguen las diligencias correspondientes, y a intervenir en el juicio e interponer los recursos en los términos que prevea la ley.

De los anteriores preceptos constitucionales reformados, podemos advertir que el proceso es el método para esclarecer los hechos, en el que los protagonistas para ello lo son el ministerio público y la policía para demostrar la culpabilidad; el imputado, para sostener su defensa; y la víctima u ofendido, para lograr la condena del imputado y con ello hacer efectivo su derecho a la reparación del daño. Es decir, quienes realizan la investigación es el ministerio público y la policía; el imputado; y la víctima u ofendido, los cuales tienen que convencer al juez de la audiencia de juicio acerca de su postura o teoría del caso, lo que implica que el juzgador no debe intervenir en la investigación, pues de hacerlo se retornaría al sistema inquisitivo o mixto.

En España, se ha desarrollado el llamado principio acusatorio, del cual Gómez Colomer afirma que debe ser entendido en un estricto sentido, es decir, con tres significados solamente: a) No puede existir proceso sin acusación (el que juzga no puede acusar); y b) No hay condena por hechos distintos de la acusación,

ni contra persona distinta de la acusada); y c) Como aquél que en el proceso penal está encargado de garantizar la imparcialidad del juzgador, o sea que el juez no pueda tener facultades de dirección material del proceso, ni pueda aportar hechos ni prueba de oficio (el juzgador debe ser tercero en el proceso).[50]

En Estados Unidos, LaFave e Israel sostienen que en ese país el sistema de proceder criminalmente es adversarial y el proceso que dentro de ese sistema sirve para imponer las penas, es acusatorio, por lo que los términos adversarial y acusatorio, se complementan pero no significan lo mismo. Adversarial significa que son las partes las que tienen la responsabilidad de aportar los hechos y sus pruebas al proceso, de ahí que sean ellas quienes deban investigar los hechos, así como la responsabilidad de desarrollar los aspectos legales que los fundamenten, interpretándolos de manera más favorable al Estado/gobierno (ministerio público) o del acusado (abogado defensor); en tanto que acusatorio significa que son las partes las que tienen la responsabilidad de convencer al juzgador acerca de la culpabilidad o inocencia del acusado, principalmente el ministerio público porque tiene la carga de la prueba de la culpabilidad del acusado; pero que la evolución del sistema adversarial y acusatorio, lleva a considerar que el juez no es un mero espectador, un decisor inactivo, sino que debe tener mayor protagonismo y entender que no se permite a las partes desarrollar el caso enteramente por su cuenta en función de sus intereses, o sea, por ejemplo, a sujetarse a determinadas reglas garantistas.[51]

Hemos advertido que en el procesal penal acusatorio y oral constitucional mexicano, el juez no debe investigar, pero ¿Hasta donde debe realizarse o terminar la investigación del ministerio público y la policía; del imputado con su defensor; y del ofendido o víctima?

La Comisión Nacional de los Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos (Conatrib), se abocó a elaborar un Código Modelo del Proceso Penal Acusatorio para los Estados de la Federación, el cual se imprimió y tiró en julio de 2009. Dicha Comisión considera que el proceso penal en el sistema acusatorio está estructurado por etapas: la primera de ellas, es la de investigación, de la que refiere que uno de los cambios más radicales del nuevo sistema en cuanto a la estructuración del proceso es la sustitución de la averiguación previa, por una etapa de investigación más desformalizada, de la que se aprecia momentos diferentes de la misma:

a) El ministerio público y las policías recogen datos y otros elementos de convicción, sin que implique actos de molestia para el ciudadano. Se inicia con la noticia de la existencia de un delito, por medio de la denuncia o querella, los cuales son menos formales y los pueden recibir la policía;

---

[50] GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, El sistema de enjuiciamiento criminal propio de un Estado de Derecho, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2008, p. 23.
[51] Ibidem, pp. 28 y 29.

b) Reunidos los datos que establezcan que se ha cometido un hecho delictivo y que existe la posibilidad que el indiciado lo cometió o participó en su comisión, el ministerio público solicitará que la persona investigada sea sometida a proceso, pudiendo continuar la investigación bajo control judicial, aún después de que ha quedado vinculada al proceso. En esta etapa de investigación se lleva a cabo la audiencia de vinculación a proceso;

c) La investigación concluye al expirar el plazo que el juez haya fijado al ministerio público para el cierre de la investigación, momento en el cual el ministerio público deberá formular su acusación y así continuar con la siguiente etapa del proceso (etapa intermedia o preparación del juicio). El tiempo que el juez otorgue al ministerio público para cerrar su investigación debe atender a las características del caso en concreto (tipo de delito, posibilidad de obtener más pruebas, si se dictó presión preventiva, etc.), además de atender los límites temporales que establece la Constitución.[52]

Adicionalmente, se señala en el Código Modelo que en el nuevo sistema penal acusatorio, el auto de vinculación es en sentido estricto la decisión judicial de continuar con la etapa de la investigación en su parte formalizada, para su conclusión pero ahora como una etapa del proceso, como investigación judicializada, que implica acceso a la información de la investigación por parte del imputado (salvo los supuestos de reserva de la investigación) y que la investigación no podrá continuar indefinidamente, en función de lo cual se definirá el momento en el que se deberá ejercer la acción penal, o en su defecto, su extinción.[53]

Hidalgo Murillo estima que a la etapa del juicio le anteceden tres etapas: la de investigación, cierre de la investigación y la intermedia o de preparación al juicio, pero lo cierto es que se ha unido en una sola etapa las de investigación e intermedia, en virtud de que el juez de control es la única autoridad jurisdiccional en las tres primeras etapas. Además, estima que México ha creado una etapa de cierre de investigación dentro de la etapa de investigación y refiere al artículo 308 del Código Modelo, el cual dispone que el ministerio público deberá concluir la investigación preliminar dentro del plazo señalado por el juez, o solicitar justificadamente su prórroga.[54]

En el Proyecto de Decreto del Ejecutivo Federal presentado ante la Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, relativo al Código Federal de Procedimientos Penales, publicado en la Gaceta Parlamentaria el 22 de septiembre

---

[52] Comisión Nacional de los Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos (Conatrib), Código Modelo del Proceso Penal Acusatorio para los Estados de la Federación, Triadadiseño, México, 2009, p. 41.

[53] Ibidem, p. 52.

[54] HIDALGO MURILLO, José Daniel, La etapa de investigación en el sistema procesal penal acusatorio mexicano, 2ª edición, Porrúa, México, 2011, pp. 188 y 189.

de 2011, en su exposición de motivos en cuanto al Libro Segundo señala que el procedimiento penal federal comprende las etapas siguientes:

I. La de investigación inicial; que abarca desde la presentación de la denuncia, querella o su equivalente hasta el ejercicio de la acción penal;

II. La de proceso; con las siguientes fases:

a) De control previo; que comprende desde que el imputado queda a disposición del juez de control; hasta el auto que resuelva sobre la vinculación a proceso;

b) De investigación formalizada; que abarca desde que se notifique al imputado el auto de vinculación a proceso hasta el vencimiento del plazo para formular la acusación.

c) Intermedia; que abarca desde la formulación de la acusación hasta el auto de apertura del juicio oral, y

d) De juicio oral; que abarca desde que se recibe el auto de apertura a juicio oral hasta la emisión de la sentencia que pone fin al proceso e individualizará la sanción, y

III. La de segunda instancia; que comprende la realización de diligencias y actos tendientes a resolver los medios de impugnación.

Respecto de la investigación formalizada, el juez fija el plazo para su conclusión, según el numeral 2.7 de la exposición de motivos en comento.[55]

Como podemos observar, el Código Modelo, la doctrina mexicana escasa y el proyecto de Decreto del Código Federal de Procedimientos Penales, coinciden en un cierre de la investigación realizada por el Ministerio Público, pero no toman en cuenta en dicho cierre al imputado, ni a la víctima, que son los que también realizan su investigación en función de la realizada por el Ministerio Público, lo cual caracteriza al sistema penal adversarial y permite con ello que las partes postulen sus cometidos ante el juez de la audiencia de juicio, lo que caracteriza al sistema penal acusatorio.

[55] Cámara de Diputados, del Congreso de la Unión, Página principal de la Cámara de Diputados (22 de septiembre de 2011), disponible desde: http://gaceta.diputados.gob.mx/

IV. INSTRUMENTOS PARA LA INVESTIGACIÓN DE LOS DELITOS

A) Instrumentos constitucionales de investigación del Ministerio Público.

1.En la investigación desformalizada.

a) Sin control judicial.

a). 1. La detención en caso de flagrancia o caso urgente. El artículo 16, párrafo quinto, constitucional, establece lo siguiente:

> *Cualquier persona puede detener al indiciado en el momento en que esté cometiendo un delito o inmediatamente después de haberlo cometido, poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad más cercana y ésta con la misma prontitud, a la del Ministerio Público. Existirá un registro inmediato de la detención.*
>
> *Sólo en casos urgentes, cuando se trate de delito grave así calificado por la ley y ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia, el Ministerio Público podrá, bajo su responsabilidad, ordenar su detención, fundando y expresando los indicios que motiven su proceder.*

En términos de las anteriores disposiciones constitucionales, el ministerio público cuenta para la investigación de los delitos con la figura jurídica de la detención, la cual podrá realizar cualquier persona en caso de delito flagrante, incluyendo a los particulares, quienes pueden realizar la captura o interceptar la fuga.[56] En efecto, ya que la detención de la persona, en caso flagrante o en caso urgente, puede arrojar elementos de prueba o datos relacionados con el delito que se investiga y con la participación en el mismo, en virtud de que puede llevar consigo el objeto material relacionado con el delito o los instrumentos utilizados en su comisión; o bien, en sus prendas puede llevar consigo algún objeto material, huellas de sangre, cabellos, sustancias químicas, heridas, etc., afectos al ilícito penal, los cuales serán objeto de investigación con el auxilio de peritos en diversas áreas del conocimiento.

a) 2. Retención. El artículo 16, párrafo décimo, constitucional, dispone lo siguiente:

> *Ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en que deberá ordenarse su libertad o ponérsele a disposición de la autoridad judicial; este plazo podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada. Todo abuso a lo anteriormente dispuesto será sancionado por la ley penal.*

---

[56] CAPTURA (DELITOS FLAGRANTES), (Tesis aislada), Quinta Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo XCI, p. 2906, (Amparo penal directo 9199/46. Díaz Jardón Roberto. 28 de marzo de 1947. Unanimidad de cinco votos. La publicación no menciona el nombre del ponente). O con el registro 303541 en el jus

La retención al igual que la detención es privación de la libertad del imputado, pero aquella se realiza en las oficinas del agente del ministerio público, con el objeto de interrogarlo, tomarle su declaración, inspeccionar su persona y prendas, así como su estado físico y mental, que permita esclarecer el hecho penalmente relevante, las circunstancias de lugar, tiempo y ocasión en que se cometió y la participación de las personas en el mismo.

b) Con control judicial.

b). 1. El arraigo. El artículo 16, párrafo octavo, constitucional, establece lo siguiente:

> *La autoridad judicial, a petición del Ministerio Público y tratándose de delitos de delincuencia organizada, podrá decretar el arraigo de una persona, con las modalidades de lugar y tiempo que la ley señale, sin que pueda exceder de cuarenta días, siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia. Este plazo podrá prorrogarse, siempre y cuando el Ministerio Público acredite que subsisten las causas que le dieron origen. En todo caso, la duración total del arraigo no podrá exceder los ochenta días.*

El arraigo es otra modalidad de privación de la libertad del imputado en un lugar ex profeso para ello, pero con la autorización de la autoridad judicial; es decir, del juez de control, para que el ministerio público tenga éxito en su investigación, entre otros objetivos. Al respecto, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en tesis aislada aseveró que la figura jurídica del arraigo tiene una doble finalidad: facilitar la integración de la averiguación previa y evitar que se imposibilite el cumplimiento de la eventual orden de aprehensión que llegue a dictarse; no obstante que la averiguación previa todavía no arroja datos que conduzcan a establecer que en el ilícito tenga probable responsabilidad penal una persona, se ordena la privación de su libertad personal.[57]

[57] ARRAIGO PENAL. EL ARTÍCULO 122 BIS DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL ESTADO DE CHIHUAHUA QUE LO ESTABLECE, VIOLA LA GARANTÍA DE LIBERTAD PERSONAL QUE CONSAGRAN LOS ARTÍCULOS 16, 18, 19, 20 Y 21 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, (Tesis aislada), Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXIII, Febrero de 2006, Tesis P.XXII/2006, p. 1170, (Acción de inconstitucionalidad 20/2003. Diputados integrantes de la Sexagésima Legislatura del Congreso del Estado de Chihuahua. 19 de septiembre de 2005. Mayoría de cinco votos. Ausentes: José Ramón Cossío Díaz y Juan N. Silva Meza. Disidentes: Genaro David Góngora Pimentel, Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Sergio A. Valls Hernández y Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretario: Víctor Miguel Bravo Melgoza).

Asimismo, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha destacado otro elemento de la figura jurídica del arraigo penal, que consiste en la custodia y vigilancia de la autoridad investigadora y persecutora de los delitos sobre el imputado.[58]

La privación de la libertad por medio del arraigo es susceptible de suspensión en el juicio de amparo.[59]

Para nosotros, en términos de la disposición constitucional transcrita, la figura jurídica del arraigo de una persona consiste en una resolución dictada por la autoridad judicial federal, juez de control, a solicitud del Ministerio Público de la Federación, en los casos previstos en el artículo 2 de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, en la que se autoriza detener y retener a una o varias personas integrantes de una organización criminal, en el lugar, por el tiempo, en la forma y medios para realizarlo señalados por el solicitante, por ser necesario para el éxito de la investigación, para la protección de personas, de bienes jurídicos o cuando exista algún riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia, sin que el arraigo pueda exceder de 40 días, a menos que se prorrogue pero sin que exceda de 80 días.

b) 2. El cateo. El artículo 16, párrafo décimo primero, constitucional, dispone:

En toda orden de cateo, que sólo la autoridad judicial podrá expedir, a solicitud del Ministerio Público, se expresará el lugar que ha de inspeccionarse, la persona o personas que hayan de aprehenderse y los objetos que se buscan, a lo que únicamente debe limitarse la diligencia, levantándose al concluirla, un acta circunstanciada, en presencia de dos testigos propuestos por el ocupante del lugar cateado o en su ausencia o negativa, por la autoridad que practique la diligencia.

---

58 ARRAIGO PENAL. EL ARTÍCULO 122 BIS DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL ESTADO DE CHIHUAHUA QUE LO ESTABLECE, VIOLA LA LIBERTAD DE TRÁNSITO CONSAGRADA EN EL ARTÍCULO 11 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, (Tesis aislada), Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXIII, Febrero de 2006, Tesis P. XXIII/2006, p. 1171, (Acción de inconstitucionalidad 20/2003. Diputados integrantes de la Sexagésima Legislatura del Congreso del Estado de Chihuahua. 19 de septiembre de 2005. Mayoría de cinco votos. Ausentes: José Ramón Cossío Díaz y Juan N. Silva Meza. Disidentes: Genaro David Góngora Pimentel, Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Sergio A. Valls Hernández y Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretario: Víctor Miguel Bravo Melgoza).

59 ARRAIGO DOMICILIARIO, ORDEN DE. AFECTA LA LIBERTAD PERSONAL, (Jurisprudencia), Novena Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo X, Noviembre de 1999, Tesis 1ª./J.78/99, p. 55, (Contradicción de tesis 3/99. Entre las sustentadas por una parte, por los Tribunales Colegiados Cuarto en Materia Penal del Primer Circuito y Primero del Décimo Octavo Circuito y, por otra, por el Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito. 20 de octubre de 1999. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Ministro Juan N. Silva Meza. Ponente: Juventino V. Castro y Castro. Secretario: Óscar Mauricio Maycott Morales. Tesis de jurisprudencia 78/99. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de veinte de octubre de mil novecientos noventa y nueve, por unanimidad de cuatro votos de los señores Ministros: presidente Humberto Román Palacios, Juventino V. Castro y Castro, José de Jesús Gudiño Pelayo y Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Ausente: Ministro Juan N. Silva Meza).

En términos de la anterior disposición constitucional, el cateo es una resolución dictada por la autoridad judicial a solicitud del Ministerio Público en la investigación de un delito, en la que se señala su objeto y su necesidad, la ubicación del lugar a inspeccionarse y la persona o personas que han de localizarse o de aprehenderse y los objetos que se buscan o han de asegurarse.

Con base en nuestros anteriores conceptos, podemos señalar como características del arraigo de personas y cateo para aprehender a personas, las siguientes:

- Constituyen resoluciones judiciales que emite el juez de control;
- Son solicitadas por el Ministerio Público;
- Se dictan en la etapa de la investigación desformalizada;
- Recaen las resoluciones en la persona del imputado;
- Ordenan la privación de la libertad personal o deambulatoria del imputado;
- Restringen el derecho fundamental de la libertad personal o deambulatoria, así como la garantía de audiencia del imputado:
- Coadyuvan y controlan la función investigadora y persecutora del Ministerio Público; y
- La finalidad de ambas figuras jurídicas es que el Ministerio Público cuente con elementos probatorios suficientes para que ejercite acción penal con detenido y formule la acusación, previo auto de vinculación a proceso.

b). 3. Las técnicas de investigación. El artículo 16, párrafo décimo cuarto, constitucional, dispone:

> *Los Poderes Judiciales contarán con jueces de control que resolverán, en forma inmediata, y por cualquier medio, las solicitudes de medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de investigación de la autoridad, que requieran control judicial, garantizando los derechos de los indiciados y de las víctimas u ofendidos. Deberá existir un registro fehaciente de todas las comunicaciones entre jueces y Ministerio Público y demás autoridades competentes.*

La técnica es el conjunto de procedimientos de que se sirve una ciencia o un arte, así como la habilidad para mejorarlas. En otras palabras, la técnica es la aplicación de la ciencia o arte, de una manera hábil. En cambio la investigación, es una actividad intelectual y experimental, según el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española.

En ese sentido, la técnica de investigación, implica el uso de artefactos, sustancias o el empleo de formas de proceder, inventados o descubiertos por la ciencia o el arte, que arrojan información visual, auditiva, confirmatoria, etc. Ejemplos de las técnicas de investigación, lo son la intercepción de llamadas telefónicas por cable o inalámbricas; las videograbaciones; la colocación de artefac-

tos para la escucha de conversaciones, de localización y ubicación de personas o cosas; la utilización de medios electrónicos para el rastreo de localización de personas y recopilación de información; la aplicación o sustracción de sustancias químicas en personas (sangre, saliva, etc.) u objetos, para identificarlas, detectar su vinculación o confirmar su participación; la intervención de policía encubierto, con el uso de artefactos para videograbar imágenes con sonidos, etc., todo ello relacionado con la investigación de algún delito.

Estas técnicas de investigación inciden en los derechos fundamentales relativos a la libertad y privacidad o confidencialidad de las comunicaciones privadas, previstos en el artículo 16, párrafo décimo segundo, constitucional; a la imagen de la persona y a su intimidad, contenidos en el párrafo primero del precitado artículo constitucional.

Luego entonces, podríamos considerar que las técnicas de investigación consisten en la resolución emitida por el Juez de Control, a solicitud del Ministerio Público, por virtud de la cual se autoriza la utilización de objetos inventados o descubiertos con base en la ciencia o el arte, así como de policías encubiertos, con el objeto de recopilar medios probatorios en la investigación de un delito, a fin de establecer que se ha cometido y que existe la probabilidad de que el imputado lo cometió o participó en él, a quien en mérito a dicha resolución judicial le son restringidos sus derechos fundamentales de la libertad y privacidad o confidencialidad de las comunicaciones privadas; y de ser el caso, también sus derechos a la imagen de su persona y de su intimidad, pero en todos ellos también con restricción a su garantía de audiencia.

2. En la investigación formalizada. La investigación formalizada se realiza ante la autoridad judicial, ante la cual el ministerio público deberá, previamente a la apertura de la etapa de juicio, aportar todos los datos (medios probatorios) que haya recabado en su investigación desformalizada y en la formalizada, incluyendo los aportados por el imputado o la víctima si robustecen su acusación. En efecto, ya que en la audiencia de juicio desarrollará sus argumentos acusatorios y se desahogarán esos datos para que adquieran la calidad de medios probatorios, es decir, la confesión del imputado, el testimonio, peritajes, documentales públicas y privadas, confrontaciones, reconstrucción de hechos, pruebas llamadas científicas, tales como videograbaciones, escuchas telefónicas, etc.

B) Instrumentos constitucionales de investigación de la víctima u ofendido

a) En la investigación desformalizada

1. Medidas cautelares y providencias (precautorias reales y personales). La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 20, apar-

tado C), relativo a los derechos de la víctima u ofendido, establece en la fracción VI, el siguiente derecho fundamental de éstos:

> *Solicitar las medidas cautelares y providencias necesarias para la protección y restitución de sus derechos.*

Y en el artículo 21, párrafo segundo, constitucional, respecto del ejercicio de la acción penal, se dispone lo siguiente:

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

Entre los procesalistas mexicanos no existe uniformidad acerca de los conceptos de medida cautelar, providencia precautoria y menos aún, por su reciente utilización, de técnicas de investigación. Por ejemplo, Sergio García Ramírez, nos expone las nociones que de las medidas cautelares tienen los juristas italianos Chiovenda y Carnelutti, sin mencionar las providencias precautorias a efecto de diferenciarlas con aquellas medidas, sino que por el contrario las funde en éstas, de lo que podemos inferir que las considera una misma cosa, incluidas las hoy denominadas técnicas de investigación, pues señala como medidas cautelares la detención; la prisión preventiva; la libertad provisional, en su modalidad caucional y bajo protesta; la libertad previa o administrativa; el arraigo del inculpado; el arraigo y examen anticipado de testigos; las precauciones para el examen del inculpado y de testigos; las precauciones en la confrontación; las precauciones para que no se interrumpan los servicios públicos; las medidas en la aprehensión de ciertos funcionarios; las medidas precautorias reales: el embargo, el depósito, la hipoteca, la fianza, el aseguramiento de objetos, la intercepción de correspondencia, la intercepción telefónica y otros medios de indagación; y medidas de cateo de residencias diplomáticas. Esta lista bajo el rubro de medidas cautelares, las desprende de la Constitución, del Código Federal Procesal Penal y de la Ley de Extradición Internacional.[60]

Esta falta de distinción de García Ramírez, la sigue sosteniendo en sus comentarios a la reforma constitucional de 2008, al señalar que no es pertinente –prima facie- la distinción que se hace entre medidas cautelares y providencias precautorias, porque ambas abarcan actos restrictivos provisionales del disfrute de bienes jurídicos, en aras del buen desarrollo del procedimiento principal.[61]

Héctor Fix-Zamudio y José Ovalle Favela, refieren que las medidas cautelares calificadas también como providencias o medidas precautorias, son los instrumentos que puede decretar el juzgador, a solicitud de las partes o de oficio,

---

[60] GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, Derecho procesal penal, 5ª. Edición, México, Editorial Porrúa, 1989, pp. 571-630.

[61] GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, La reforma penal constitucional (2007-2008), México, Editorial Porrúa, 2008, p. 61.

para conservar la materia del litigio, así como para evitar un grave e irreparable daño a las mismas partes o a la sociedad, con motivo de la tramitación de un proceso. Asimismo, señalan que dichas medidas se pueden tomar con anterioridad a la iniciación del proceso como durante toda la tramitación del mismo, en tanto se dicta la sentencia firme que le ponga fin o cuando termina definitivamente el juicio por alguna otra causa. Precisan que en el proceso penal existen las medidas cautelares relativas a la prisión preventiva y libertad provisional, en su modalidad caucional y de protesta.[62]

Juan Palomar de Miguel, solamente se refiere a las medidas cautelares como las que se adoptan preventivamente en un juicio o proceso, a instancia de parte o de oficio, para que la resolución del mismo pueda ser más eficaz.[63]

Marco Antonio Díaz de León, únicamente aborda las providencias precautorias, como *la resolución que dicta el juez con el objeto de garantizar la eficacia de la sentencia que emita, como por ejemplo el embargo.*[64]

Rafael de Pina y Rafael de Pina Vara, sí diferencian entre medidas cautelares y providencias precautorias. Las primeras, *son aquellas establecidas por el juez con el objeto de impedir los actos de disposición o de administración que pudieran hacer ilusorio el resultado del juicio y con el objeto de asegurar de antemano la eficacia de la decisión a dictarse en el mismo (Couture, Vocabulario Jurídico). Las providencias precautorias son las resoluciones judiciales destinadas a garantizar la eficacia de la sentencia que se dicte en un proceso, tales como el arraigo y el secuestro de bienes. Y por técnica, señalan el conjunto de procedimientos de que se sirve una ciencia o un arte, así como la habilidad para mejorarlas.*[65]

Pese a la tendencia de nuestros juristas mexicanos, de no diferenciar entre medidas cautelares y providencias precautorias, así como actualmente técnicas de investigación, se marcó un hito opuesto en la reforma al artículo 16, párrafo decimotercero, constitucional. Por ello, en la actualidad surge la importancia del distingo, a efecto de saber cuál es el derecho fundamental y la garantía individual que se restringirá o limitará en cada caso. Lo óptimo, constitucionalmente hablando, hubiese sido que en la reforma al sistema penal acusatorio se señalaran en forma precisa y sistemática las medidas cautelares, las providencias precautorias y las técnicas de investigación, en virtud de que el artículo 1, párrafo primero constitucional, dispone que En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas goza-

---

[62] FIX ZAMUDIO, Héctor y OVALLE FAVELA, José, Diccionario Jurídico Mexicano, tomo III (I-O) México, UNAM, 2007, pp. 2484 y 2485.

[63] PALOMAR DE MIGUEL, Juan, Diccionario para juristas, tomo II (J-Z), México, Editorial Porrúa, 2000, p. 982.

[64] DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio, Diccionario de derecho procesal penal, tomo II, México, Editorial Porrúa, 1986, p. 1409.

[65] DE PINA, Rafael y DE PINA VARA, Rafael, Diccionario de derecho, 25ª. Edición, México, Editorial Porrúa, 1998, pp. 369, 409 y 424.

rán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio ***no podrá restringirse*** ni suspenderse, ***salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.***

En este sentido, las restricciones o límites a los derechos fundamentales, derechos humanos y a las garantías individuales, no debe señalarlas el legislador secundario, sino que serán aquéllas que estén únicamente contempladas en la Constitución, las cuales permitirán construir los conceptos de medida cautelar y providencia precautoria; o bien, arribar a la conclusión de que no existen diferencias.

Según el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, Medida significa disposición, prevención. Cautelar, proviene de Cautela que significa prevenir, precaver. Y en cuanto a las providencias precautorias, el primer vocablo significa disposición anticipada o prevención que mira o conduce al logro de un fin; y precautoria que precave o sirve de precaución; es decir, prevenir un riesgo, daño o peligro.

Los anteriores conceptos no tienen una distinción precisa, sino por el contrario parecen lo mismo; sin embargo, un criterio orientador lo brinda la Constitución en el artículo 20, apartado B), relativo a los derechos de la persona imputada, en cuya fracción IX, párrafo segundo, se refiere al plazo máximo de 2 años de la prisión preventiva, en el sentido de que si cumplido éste no se ha pronunciado la sentencia, ordena que será puesto en libertad el procesado, ***sin que ello obste para imponer otras medidas cautelares.*** Asimismo, el artículo 19, párrafo segundo, constitucional, al disponer que el Ministerio Público sólo podrá solicitar al juez ***la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares*** no sean suficientes para…

Es decir, la prisión preventiva, es considerada en nuestra Constitución como una medida cautelar, la cual tiene en común con el arraigo de persona y cateo para aprehender a una persona, la privación de la libertad personal o deambulatoria. En este sentido, podríamos considerar que el arraigo de persona y cateo para aprehender a personas constituyen medidas cautelares, ya que el denominador común de ellas es la privación de la libertad personal o deambulatoria; es decir, la medida cautelar recae en la persona imputada.

Para la construcción del concepto de medida cautelar, no hay que soslayar que el artículo 20, apartado C), relativo a los derechos de la víctima o del ofendido, fracción VI, constitucional, contempla el derecho de solicitar las medidas cautelares y providencias necesarias para la protección y restitución de sus derechos.

De conformidad con los anteriores razonamientos jurídicos, estamos en aptitud de afirmar que la medida cautelar es la resolución emitida por el juez de control, a solicitud del ministerio público con motivo de su función investigadora, o por el ofendido o víctima en su investigación, por medio de la cual se ordena la privación del derecho fundamental consistente en la libertad personal o deambulatoria del imputado, con restricción de su garantía de audiencia, con la finalidad de que el ministerio público y los particulares estén en condiciones de ejercitar la acción penal.

No pasa inadvertido, que existen otras medidas cautelares como la orden de aprehensión, auto de vinculación a proceso, prisión preventiva, etc., que también son privativas de la libertad, pero no las incluimos como instrumentos de investigación pues son actos restrictivos que consideramos indispensables para el desarrollo del proceso.

El concepto que hemos construido de medida cautelar, nos da la pauta para que por cuestión de una metodología lógica y jurídica en la construcción del concepto de providencia precautoria, se excluya de éste el derecho fundamental de la libertad personal deambulatoria del inculpado y su restricción, dado que las medidas cautelares tienen como factor común la privación de la libertad.

Otro criterio orientador, lo podemos encontrar en nuestra tradición jurídica, concretamente en el Código Federal de Procedimientos Civiles en vigor desde 1943, en cuyo artículo 76 se refiere a las providencias precautorias, en los términos siguientes:

> *ARTICULO 76.- Es válido lo practicado por los tribunales competentes antes de promoverse la acumulación. Lo que practicaren después será nulo, salvo lo dispuesto sobre providencias precautorias o disposición contraria de la Ley.*

El artículo 389 dispone que podrán decretarse dentro o antes de iniciarse el juicio, a solicitud de parte las siguientes medidas precautorias:

> *I. Embargo de bienes suficientes para garantizar el resultado del juicio, y*
>
> *II.Depósito o aseguramiento de las cosas, libros, documentos o papeles sobre los que verse el pleito.*

Con lo cual confirmamos que las providencias precautorias no deben recaer en la persona, es decir, en el derecho fundamental de la libertad personal deambulatoria, sino en todo caso en los bienes del inculpado, es decir, en los de su propiedad o en los que tenga en posesión lícita o ilícita.

Tratándose de las acciones colectivas, el artículo 610 del mismo ordenamiento legal dispone que en cualquier etapa del procedimiento el juez podrá decretar a petición de parte, las medidas precautorias que podrán consistir en:

I. *La orden de cesación de los actos o actividades que estén causando o necesariamente hayan de causar un daño inminente e irreparable a la colectividad;*

II. *La orden de realizar actos o acciones que su omisión haya causado o necesariamente hayan de causar un daño inminente e irreparable a la colectividad;*

III. *El retiro del mercado o aseguramiento de instrumentos, bienes, ejemplares y productos directamente relacionados con el daño irreparable que se haya causado, estén causando o que necesariamente hayan de causarse a la colectividad, y*

IV. *Cualquier otra medida que el juez considere pertinente dirigida a proteger los derechos e intereses de una colectividad.*

Como se puede apreciar, del concepto de providencia precautoria, pasamos al de medida precautoria en las acciones colectivas, el cual no se constriñe a las cosas sino también a órdenes de hacer o no hacer, pero no restrictivas de la libertad personal o deambulatoria. Sin embargo, en el artículo 611, párrafo penúltimo, también relativo a las acciones colectivas, se emplea el concepto de medidas cautelares, lo cual denota que se usa de manera indistinta providencias precautorias y medidas cautelares, pero no se incluyen en ellas la privación de la libertad personal o deambulatoria, como sería por ejemplo el arresto, el cual está previsto como medio de apremio en el artículo 612, fracción IV, del Código en comento.

De los artículos que constituyen el sistema penal acusatorio, el 22, párrafo segundo, constitucional, después de prohibir las penas que menciona, se refiere a las que recaen en los bienes del inculpado, en el sentido de que *No se considerará confiscación* ***la aplicación de bienes de una persona*** *cuando sea* ***decretada para el pago de multas o impuestos, ni cuando la decrete una autoridad judicial para el pago de responsabilidad civil derivada de la comisión de un delito. Tampoco se considerará confiscación el decomiso que ordene la autoridad judicial de los bienes en caso de enriquecimiento*** *ilícito en los términos del artículo 109,* ***la aplicación*** *a favor del Estado* ***de bienes asegurados*** *que causen abandono en los términos de las disposiciones aplicables, ni la de aquellos bienes cuyo dominio se declare extinto en sentencia.*

Dicho precepto constitucional, prevé los conceptos de aplicación de bienes para el pago de responsabilidad civil por delito; el decomiso en caso de enriquecimiento ilícito; la aplicación a favor del Estado de bienes asegurados; y la extinción de dominio de bienes. Este último, es un procedimiento autónomo del de la materia penal, por lo que lo excluimos para efectos de la construcción del concepto de providencia precautoria. Para entender los anteriores conceptos es indispensable distinguirlos, lo que intentaremos a continuación.

El anterior texto constitucional parte en el primer supuesto, de la aplicación de bienes de una persona para el pago de la responsabilidad civil por delito; es decir, que sean de su propiedad. En el segundo supuesto, también parte de la

hipótesis de que sean de su propiedad, pero adquiridos con una riqueza obtenida ilícitamente. Y en el último caso, de bienes asegurados, que al no distinguir si son o no propiedad de la persona, se infiere que pueden ser de su propiedad o no.

Para poder aplicar los bienes propiedad del inculpado, en el pago de responsabilidad civil por delito; decomisar los bienes del inculpado por enriquecimiento ilícito; y aplicar los bienes asegurados a favor del Estado, es necesario que antes de imponerse estas penas, se asegure la eficacia de éstas. En efecto, por esta razón el artículo 16, párrafo decimocuarto, constitucional, faculta al Ministerio Público para solicitar providencias precautorias al juez de control, lo cual debe hacer durante su función investigadora; asimismo, por ello el artículo 20, apartado C, fracción VI, constitucional, prevé como derecho fundamental de la víctima u ofendido solicitar las medidas cautelares y providencias necesarias para la protección y restitución de sus derechos, como es el caso de su derecho de propiedad del bien mueble o inmueble de los que se le desposeyó o su derecho a la reparación del daño en el caso de destrucción de sus bienes muebles o inmuebles, inclusive para la protección de su integridad física o vida, pero obviamente sin restringir la libertad personal.

El artículo 22, párrafo segundo, constitucional, excepto la del decomiso, no denomina la figura jurídica por medio de la cual se va a asegurar la eficacia de las penas relativas a la aplicación de los bienes del inculpado, o de los que no lo son pero que se llegaran a asegurar, o sea, de los recabados o de los que se tuvo la tenencia en la investigación practicada por el Ministerio Público. Es decir, no señala si es a través del embargo, depósito, etc., pero lo cierto es que permite que en la investigación de los delitos por el Ministerio Público, éste solicite al juez de control providencias precautorias, las cuales se tendrán que referir al aseguramiento de los bienes propiedad del inculpado o de terceros. Pero ¿cuál es la razón de ello?

Respecto al aseguramiento de bienes propiedad del inculpado, por medio de la providencia precautoria, nos dan la respuesta los artículos 16, párrafo decimotercero, y 20, apartados A), fracción I, y C), fracción VI, constitucionales, en los que el denominador común es garantizar los derechos de la víctima u ofendido, a través de la reparación del daño. En este sentido, tanto la víctima u ofendido, como el Ministerio Público están facultados para solicitar el aseguramiento de los bienes propiedad del inculpado.

Con relación a los bienes propiedad del inculpado, pero cuya procedencia lícita no pueda justificar, el propio artículo 22, párrafo segundo, parte segunda, constitucional, señala que serán objeto de decomiso. Es decir, se le va a privar de esos bienes y consecuentemente del derecho sobre ellos, pero la Constitución no dispone el destino de los bienes decomisados. Sin embargo, es una forma de privar de dichos bienes al inculpado, cuyo interés del Estado es no permitir que algún servidor público se enriquezca de manera ilícita.

Y en cuanto a los bienes afectos al delito, ya sean propiedad del inculpado o de terceros, el mismo artículo 22, párrafo segundo, parte segunda, constitucional, señala que estando asegurados y no son reclamados, o sea, estando abandonados, pasarán a favor del Estado. Estos bienes, pueden ser los que utilizó el imputado para cometer el delito o los que obtuvo al perpetrar éste, cuyo aseguramiento tendría como finalidad resguardar los medios probatorios con los que se acredita la comisión del delito y la participación en el mismo del imputado, así como permitir la devolución de los bienes del sujeto pasivo del delito, lo que significaría asegurar parcialmente la reparación del daño ocasionado por el sujeto activo del delito.

El Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al interpretar el artículo 181 del Código Federal de Procedimientos Penales, consideró que cuando el ministerio público asegura los instrumentos del delito, las cosas que son objeto o producto de él, y aquéllos en que existan huellas, no transgrede el artículo 21 constitucional, pues tal aseguramiento se asemeja a una medida precautoria en atención a que tiene por finalidad proteger los instrumentos y objetos con que se cuenta para la comprobación de los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad del inculpado, evitando que éste los oculte o destruya; impedir que el probable responsable se sustraiga de la acción de la justicia, así como garantizar la eventual reparación del daño o el cumplimiento de la pena de decomiso que en su caso se dicte, lo que evidentemente no contraviene lo dispuesto por el citado numeral de la Carta Magna, pues tal medida está comprendida dentro de la facultad de investigación y persecución de los delitos que dicho dispositivo legal otorga al ministerio público.[66]

El anterior criterio asemeja el aseguramiento de bienes que realiza el ministerio público, al de una medida precautoria, en virtud de que tanto las medidas cautelares como las providencias precautorias, las dicta la autoridad judicial, pero este tipo de aseguramiento al realizarlo el Ministerio Público en su investigación, la Corte dice que se asemeja a una medida precautoria.

Pese a la reforma del sistema penal, el aseguramiento de bienes por el ministerio público que se asemeja, según la Corte, a una providencia precautoria, subsistiría respecto a los bienes afectos al delito, ya sea los utilizados para su comisión o el producto del mismo, como por ejemplo un arma de fuego y dinero en efectivo sustraído a la víctima, lo cual no obsta para que el ministerio público o la víctima u ofendido soliciten al Juez de Control dicte providencia precautoria, a

[66] INSTRUMENTOS, OBJETOS O PRODUCTOS DEL DELITO. EL ARTÍCULO 181 DEL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES QUE ESTABLECE SU ASEGURAMIENTO, NO VIOLA LO DISPUESTO POR EL ARTÍCULO 21 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, [Tesis aislada],Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XII, septiembre de 2000, tesis: P.CXLV/2000, página 31, (Amparo en revisión 396/99. 11 de noviembre de 1999. Unanimidad de nueve votos. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Secretario: Eduardo Ferrer Mac Gregor Poisot. Amparo en revisión 13/99. 8 de junio de 2000. Unanimidad de nueve votos, Ponente: Juan N. Silva Meza, Secretaria: Guillermina Coutiño Mata).

efecto de asegurar la completitud de la reparación del daño y multa, así como evitar la destrucción u ocultamiento de los bienes afectos al delito que se investiga.

En cambio, para efecto de asegurar el decomiso de los bienes que incrementaron sustancialmente el patrimonio de un servidor público, sin acreditar la procedencia lícita de los mismos, es menester que el ministerio público solicite al Juez de Control la providencia precautoria relativa al aseguramiento de dichos bienes. Y respecto de los bienes asegurados por el ministerio público, de manera similar al de la providencia precautoria, así como los asegurados por mandato judicial, que no sean reclamados, o sea, abandonados, se aplicarán a favor del Estado (ingresarán a su patrimonio). En todo caso, si el ministerio público retiene algún bien por considerar que es un medio de prueba de la comisión de un delito y de la participación del imputado en el mismo, deberá solicitar al Juez de Control la providencia precautoria consistente en el aseguramiento de dichos bienes. Y si tiene noticia de otros relacionados con el delito, deberá solicitar al Juez de Control otra providencia precautoria. La medida del cateo, consistente en la búsqueda de objetos en un lugar; y la de localizar y aprehender personas, contiene elementos en el primer caso para una providencia precautoria y en el segundo para una medida cautelar.

De lo anterior, podemos expresar que la providencia precautoria es una resolución que dicta el Juez de Control, a solicitud del ministerio público en el procedimiento de investigación desformalizada, o de la víctima u ofendido, por virtud de la cual se ordena el aseguramiento de bienes, de manera provisional, con restricción del derecho fundamental de la propiedad o el de posesión lícita sobre bienes del imputado, o de terceros de los que tiene la tenencia, con restricción de la garantía de audiencia, con el objeto de conservar el material probatorio, de asegurar la reparación del daño ocasionado a la víctima u ofendido, de asegurar la eficacia de la imposición de la pena de decomiso, o bien, para el caso de que no fueren reclamados los bienes asegurados, se apliquen en favor del Estado.

En cuanto a la administración y destino de los bienes asegurados no reclamados y decomisados, se encarga la Ley Federal para la Administración y Enajenación de Bienes del Sector Público, según su artículo 1, fracciones I y IV.

En cuanto a los derechos fundamentales de la víctima u ofendido, precisamente el de solicitar providencias necesarias, puede expandirse en el Código Federal de Procedimientos Penales, es decir, no solamente puede consistir en solicitar el aseguramiento de bienes, sino en solicitar embargo precautorio, restitución provisional en el goce de derechos afectados, etc.

2. Técnicas de investigación. La víctima u ofendido también pueden utilizar técnicas de investigación, consistente en la intervención de comunicaciones, por las razones siguientes:

El artículo 16 constitucional, párrafo decimosegundo, en su parte primera, establece que ***Las comunicaciones privadas son inviolables.*** La parte segunda de dicho párrafo, protege la libertad y la privacía de dichas comunicaciones privadas, al disponer que la ley sancionará penalmente cualquier acto que atente contra dicha libertad y privacía, ***excepto cuando sean aportadas en forma voluntaria por alguno de los particulares que participen en ella.*** La tercera parte de dicho párrafo, prevé que el juez valorará el alcance de las comunicaciones, siempre y cuando contengan información relacionada ***con la comisión de algún delito.*** Y su parte final, ordena que en ningún caso se admitirán comunicaciones que violen el deber de confidencialidad que establezca la ley.

El mismo artículo 16 constitucional, en su párrafo decimotercero, parte primera, establece que exclusivamente la autoridad judicial federal, a petición de la autoridad federal que faculte la ley o del titular del ministerio público de la entidad federativa correspondiente, podrá autorizar la intervención de cualquier comunicación privada, lo que significa que la libertad y privacía de las comunicaciones privadas, son susceptibles de restringirse.

Sin embargo, la parte final del párrafo decimotercero del artículo 16 constitucional, ***prohíbe*** a la autoridad judicial federal otorgar autorizaciones cuando se trate de materias de ***carácter electoral, fiscal, mercantil, civil, laboral o administrativo,*** ni en el caso de las comunicaciones del detenido con su defensor, las cuales constituyen límites constitucionales en la intervención de comunicaciones privadas.

Es decir, la libertad y la privacía de las comunicaciones privadas en los ámbitos ***electoral, fiscal, mercantil, civil, laboral o administrativo,*** no son susceptibles de restringirse, habida cuenta de que la Constitución prohíbe a la autoridad judicial federal otorgar autorización para intervenir comunicaciones privadas en dichas materias, tan es así que la intervención o interferencia de comunicaciones telefónicas, está contemplada como delito en el Código Penal Federal en su artículo 167, fracción VI, con la sanción de uno a cinco años de prisión y de cien a diez mil días multa, en los términos siguientes:

Art. 167. I a V. …

VI. Al que dolosamente o con fines de lucro, interrumpa o interfiera las comunicaciones, alámbricas, inalámbricas o de fibra óptica, sean telegráficas, telefónicas o satelitales, por medio de las cuales se transfieran señales de audio, de video o de datos.

Por las razones precedentes, la intervención de comunicaciones es una técnica de investigación para obtener información acerca de la comisión de un delito; está facultado para otorgarla la autoridad judicial federal competente. Sin embargo, la intervención de comunicación la puede realizar sin autorización judicial un particular con respecto a otro particular, siempre y cuando participe en dicha comunicación que interviene y solamente para obtener información acerca de la comisión de un delito, de lo contrario no será válida; la comunicación intervenida la puede aportar en el proceso penal o en la investigación desformalizada.

b) En la investigación formalizada. Como la investigación formalizada se efectúa ante la autoridad judicial, la víctima u ofendido en términos del artículo 20, apartado C), fracción II, constitucional, tiene el derecho fundamental de coadyuvar con el ministerio público a que se le reciban todos los datos o elementos de prueba con los que cuente, tanto en la investigación como en el proceso; es decir, antes de la apertura de la audiencia de juicio puede aportar todos los datos (medios probatorios) que haya recabado en su investigación desformalizada y en la formalizada, incluyendo los aportados por el imputado o el ministerio público, si robustecen su acusación en caso de que el particular como ofendido o víctima haya ejercitado acción penal. Ciertamente, pues en la audiencia de juicio desarrollará sus argumentos acusatorios y se desahogarán esos datos para que se erijan en medios probatorios, es decir, la confesión del imputado, el testimonio, peritajes, documentales públicas y privadas, confrontaciones, reconstrucción de hechos, pruebas llamadas científicas, tales como la intervención de comunicaciones, en los términos constitucionales que hemos señalado.

c) Instrumentos constitucionales de investigación del imputado. El artículo 20, apartado B), fracción IV, constitucional, consagra como derecho fundamental del imputado el que se le reciban los testigos y demás pruebas pertinentes que ofrezca. Para el ofrecimiento de los medios probatorios pertinentes, el imputado y su defensor una vez que conocen los datos de la investigación desformalizada o de la formalizada realizada por el ministerio público y la víctima u ofendido, harán su propia investigación acerca de los hechos delictivos que se imputan, examinando esos datos para desvirtuarlos y buscando otros que no estén en aquéllas investigaciones para ofrecerlos y desahogarlos en la audiencia de juicio. Como refirió el jurista inglés Jeremías Bentham, en la investigación de la prueba se tiene por objeto descubrir la fuente de las pruebas, sea la cosa, sea la persona que las puede suministrar.[67]

En la práctica, quien ha sido defensor particular o de oficio sabe que la estrategia defensiva radica, generalmente, en desvirtuar los medios probatorios ofrecidos por el ministerio público y por la víctimas u ofendido, mediante las con-

[67]Citado por DEVIS ECHANDÍA, Hernando, Teoría general de la prueba judicial, 5ª edición, Tomo I, Víctor P. de Zavalía editor, Argentina, 1981, p. 278.

tradicciones existentes o provocadas; errores en la investigación; ausencia de peritajes; y en el caso que los haya se impugna la legalidad y veracidad de los mismos, por el alcance que les da la ley y mediante el interrogatorio a los peritos; falta de confirmación de las declaraciones de la víctima u ofendido, testigos, etc. Asimismo, se utilizan otros medios probatorios que nunca fueron incorporados a la investigación por el ministerio público o por la víctima u ofendido.

En resumen, el imputado cuenta con los instrumentos de investigación tradicionales, tales como testimonios; interrogatorios a la víctima u ofendido, así como a sus captores particulares o policías y a policías investigadores; inspecciones; documentales públicas y privadas; reconstrucción de hechos; dictámenes periciales; pruebas científicas, etc.

V. EFICACIA PROBATORIA DE LOS INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, contiene reglas y principios aplicables a algunos de los instrumentos de investigación en cuanto a su valor y validez, a saber:

En materia de intervención de comunicaciones, el artículo 16, párrafo décimo quinto, dispone que los resultados de las investigaciones que no cumplan con los requisitos y límites previstos en las leyes, carecerán de todo valor probatorio. El Poder reformador consideró que la inobservancia de los requisitos y límites, trae como consecuencia que los resultados obtenidos en la intervención autorizada no tengan ningún valor, lo cual estimamos que es una regla que no corresponde al sistema tasado, sino que es una sanción por la ilegalidad en la forma en que se realizó la investigación o porque ésta rebasó los límites constitucionales. Estimamos que esta sanción constitucional deberá aplicarla el juez de la audiencia de juicio, al realizar la valoración de los medios probatorios aportados por el ministerio público, previo desahogo de los resultados de la investigación por medio de la intervención de comunicaciones.

En materia de derechos fundamentales, el artículo 20, apartado A, fracción IX, establece como principio general, entre otros, el consistente en que cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula.

Al respecto, Carbonell identifica este principio con el de exclusión de las pruebas obtenidas de manera ilícita, y considera que persigue desincentivar que las autoridades lleven a cabo sus investigaciones violando derechos fundamentales de los imputados y neutralizar los efectos de este tipo de investigaciones en el proceso. Advierte que este principio también conocido como exclusionary rule, ha sido desarrollado por la jurisprudencia norteamericana que lo define como la

regla según la cual los materiales probatorios (evidence) obtenidos por las fuerzas del orden público mediante acciones de investigación criminal que vulneren los derechos procesales constitucionales reconocidos por las Enmiendas Cuarta, Quinta, Sexta o Decimocuarta de la Constitución Federal, no podrán aportarse ni ser valorados por el juzgador en la fase decisoria de los procesos penales federales o estatales, a efecto de la determinación o prueba (proof) de la culpabilidad o inocencia del acusado cuyos derecho fueron violados.[68]

Asimismo, destaca que del principio en comento, deriva la teoría del fruto del árbol envenenado, la cual sostiene que es nulo también todo lo que deriva de una prueba obtenida ilícitamente, siempre que entre la violación inicial y las pruebas adicionales haya una conexión lógica. Agrega que la jurisprudencia norteamericana ha desarrollado estándares que permiten aceptar la falta de conexión lógica, como es la teoría de la fuente independiente, el principio de conexión atenuada y la regla del descubrimiento inevitable. En el primer estándar, se aceptarán las pruebas en juicio que provienen de una fuente no contaminada por la acción policiaca violatoria de derechos fundamentales. En el segundo, no se aplica la exclusión de la prueba, cuando entre la prueba viciada y las otras hay una distancia que no permite considerar que la primera afecta a la otra; y en el tercero, admite una prueba en juicio aunque haya derivado de otra obtenida ilícitamente, siempre que el descubrimiento de la segunda se hubiese producido incluso sin la existencia de la primera, de forma inevitable. Adiciona, una cuarta excepción consistente en la buena fe en la actuación de la autoridad. Concluye afirmando que el principio constitucional de nuestra atención tiene una enorme complejidad.[69]

Por nuestra parte, debemos señalar que como el sistema de control constitucional norteamericano es difuso, no se tiene problema en cuanto qué autoridad judicial está facultada para declarar si se violó o no un derecho fundamental, a diferencia del sistema de control constitucional mexicano que es concentrado, en el que únicamente el juez federal de amparo, el Tribunal Colegiado o la Suprema Corte en amparos en revisión, están facultados para declarar si hubo violación de derechos fundamentales. En este contexto mexicano, es pertinente preguntar ¿Cómo va a operar la determinación de que hubo violación de derechos fundamentales? La respuesta se tiene que desarrollar en el Código Federal de Procedimientos Penales y en la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

Sin embargo, se complica esta cuestión con las reformas publicadas en el Diario Oficial de la Federación de 6 y 10 de junio de 2011, en materia de amparo y derechos humanos, en virtud de que en ambas se insertó como objeto de protección los derechos humanos. La reforma al artículo 1, párrafo primero, constitucional, dispuso lo siguiente:

---

[68] CARBONELL, Miguel, Sobre el principio de exclusión de prueba ilícitamente obtenida, Revista del Instituto nacional de Ciencias Penales, México, número 7, Cuarta Época, Enero-Febrero 2009, pp. 191-193.

[69] Ibidem, pp. 193-196.

Art. 10.- En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

En efecto, la reforma constitucional de 18 de junio de 2008, se refirió a derechos fundamentales, mientras que las del 6 y 10 de junio de 2011 se concentraron en los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los Tratados en los que México es parte. En la doctrina se distingue entre derechos fundamentales y derechos humanos; aquéllos están contenidos en la Constitución, por lo que los derechos fundamentales son también derechos humanos, pero no todos los derechos humanos son fundamentales. El problema estriba en determinar si los derechos humanos previstos en los tratados tienen el carácter de derechos fundamentales, de ser así estaríamos ante un bloque de constitucionalidad, de lo contrario ante un bloque de convencionalidad. En este discernimiento juega papel importante el principio de supremacía de la Constitución, previsto en el artículo 133 constitucional, así como su interpretación por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la que invariablemente en sus tesis aisladas ha ubicado siempre a la Constitución en el nivel superior jerárquico del orden jurídico nacional; pero respecto a los tratados en principio los ubicó por debajo de las leyes federales y después por debajo de la Constitución. Hay derechos humanos en los tratados que están previstos en la Constitución, por lo que al ser una reproducción aquéllos o ampliación de los mismos podrán considerarse como derechos fundamentales.

En el proyecto del Código Federal de Procedimientos Penales presentado por el Ejecutivo Federal en la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, en su artículo 292 se prevén las tres mencionadas excepciones de la jurisprudencia norteamericana respecto de la nulidad de la prueba ilícita. Dicho artículo regula la nulidad de prueba ilícita por violación de derechos humanos, no por violación de derechos fundamentales; sin embargo, en la reforma en materia de amparo, es procedente éste por violación de derechos humanos; luego entonces, si todavía constitucionalmente el juez de amparo (en amparo indirecto) y el Tribunal Colegiado de Circuito (en amparo directo) son competentes para conocer y declarar si hubo violación de derechos humanos, la interrogante de ¿Quién va a determinar si hubo violación de derechos humanos o fundamentales, en la obtención de una prueba?, se respondería en el sentido de que lo será el juez de amparo o el tribunal colegiado de circuito. Sin embargo, en el mencionado proyecto del Código Federal de Procedimientos Penales, en el apartado denominado "contenido", numeral 2.5 se menciona que se faculta al juez para determinar si la prueba fue lícitamente obtenida, estableciendo reglas para la declaración de prueba ilícita que, en su caso, nulifiquen su valor y, por tanto, que no puedan tomarse en cuenta.

En tratándose de medios probatorios, concretamente respecto de la confesión, el artículo 20, apartado B, fracción II, constitucional, establece que la confesión rendida por el imputado sin la asistencia del defensor carecerá de todo valor probatorio. La sanción constitucional contenida en esta regla tiene por objeto evitar una confesión viciada por error o violencia física o moral, derivada del estado de indefensión en que se encontraba el imputado al producirla.

En el mismo artículo 20, apartado B), fracción V, párrafo segundo, constitucional, dispone que en delincuencia organizada, las actuaciones realizadas en la fase de investigación podrán tener valor probatorio, cuando no puedan ser reproducidas en juicio o exista riesgo para testigos o víctimas, sin perjuicio del derecho del inculpado de objetarlas o impugnarlas y aportar pruebas en contra. En estos casos, es en sentido positivo, es decir, tendrán valor probatorio las actuaciones en la investigación aunque no se desahoguen en la audiencia de juicio; valor que lo otorgará el juez de ésta audiencia de acuerdo al sistema de la libre apreciación de la prueba, tomando en cuenta las razones que sustentan la objeción o impugnación y los medios de prueba que soporten estos ataques.

Estas reglas y principios van a modificar tesis de jurisprudencias, como la que sostiene que si el inculpado fue detenido sin órdenes de aprehensión y de cateo, tales violaciones constitucionales no tienen el alcance de nulificar la confesión rendida por el inculpado ante la policía judicial federal.[70]

[70] DETENCION SIN ÓRDENES DE APREHENSION Y DE CATEO. NO NULIFICA LA CONFESION DEL INCULPADO, (Jurisprudencia), Octava Época, Instancia: Segundo Tribunal Colegiado del Quinto Circuito, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Tomo 61, Enero de 1993, Tesis: V.2°.J/46, p.87, (Amparo directo 268/91. Rubén Miranda Fimbres. 13 de noviembre de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Lucio Antonio Castillo González. Secretario: José Rafael Coronado Duarte. Amparo directo 226/92. Pedro Torres Jorqueras. 12 de agosto de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: José Nabor González Ruiz. Secretario: Sergio I. Cruz Carmona.
Amparo directo 266/92. Rodolfo Espinoza Bernal. 12 de agosto de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: Adán Gilberto Villarreal Castro. Secretaria: Rosa Eugenia Gómez Tello Fosado.
Amparo directo 267/92. Gregorio Murrieta Hernández y otro. 12 de agosto de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: Lucio Antonio Castillo González. Secretario: José Rafael Coronado Duarte.
Amparo directo 289/92. Mateo Borja Hernández. 26 de agosto de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: José Nabor González Ruiz. Secretario: Eduardo Anastacio Chávez García. En el jus tiene el registro 217452.

En otras materias, como en el cateo, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia, ha interpretado el artículo 16, párrafo décimo, actualmente décimo primero, en el sentido de que la designación que haga la autoridad ejecutoria con el carácter de testigos en los agentes policiales que le auxiliaron en la ejecución del desahogo de dicha diligencia, ante la ausencia o negativa del ocupante, no da lugar a declarar la invalidez de la diligencia.[71]

[71] CATEOS. LA DESIGNACIÓN QUE CON CARÁCTER DE TESTIGOS REALIZA LA AUTORIDAD EJECUTORA EN AGENTES POLICIALES QUE LO AUXILIAN EN EL DESAHOGO DE LA DILIGENCIA, ANTE LA NEGATIVA DEL OCUPANTE DEL LUGAR CATEADO, NO DA LUGAR A DECLARAR SU INVALIDEZ, (Jurisprudencia), Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XXIX, Enero de 2009, Tesis: P./J.1/2009, p. 6, (Amparo directo 22/2008. 8 de diciembre de 2008. Mayoría de ocho votos. Ausente: Margarita Beatriz Luna Ramos. Disidentes: José de Jesús Gudiño Pelayo y José Ramón Cossío Díaz. Ponente: Olga Sánchez Cordero García Villegas. Secretarios: Georgina Laso de la Vega Romero y Luciano Valadez Pérez.Amparo directo 24/2008. 8 de diciembre de 2008. Mayoría de ocho votos. Disidentes: José de Jesús Gudiño Pelayo y José Ramón Cossío Díaz. Ausente y Ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos; en su ausencia se hizo cargo del asunto Genaro David Góngora Pimentel. Secretarios: Georgina Laso de la Vega Romero y Luciano Valadez Pérez.
Amparo directo 25/2008. 8 de diciembre de 2008. Mayoría de ocho votos. Ausente: Margarita Beatriz Luna Ramos. Disidentes: José de Jesús Gudiño Pelayo y José Ramón Cossío Díaz. Ponente: Sergio A. Valls Hernández. Secretarios: Georgina Laso de la Vega Romero y Luciano Valadez Pérez.Amparo directo 26/2008. 8 de diciembre de 2008. Mayoría de ocho votos. Ausente: Margarita Beatriz Luna Ramos. Disidentes: José de Jesús Gudiño Pelayo y José Ramón Cossío Díaz. Ponente: José Fernando Franco González Salas. Secretarios: Georgina Laso de la Vega Romero y Luciano Valadez Pérez.Amparo directo 27/2008. 8 de diciembre de 2008. Mayoría de ocho votos. Ausente: Margarita Beatriz Luna Ramos. Disidentes: José de Jesús Gudiño Pelayo y José Ramón Cossío Díaz. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretarios: Georgina Laso de la Vega Romero y Luciano Valadez Pérez.El Tribunal Pleno, el once de diciembre en curso, aprobó, con el número 1/2009, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a once de diciembre de dos mil ocho. O consultarla en el jus con el número de registro 168190.

CONCLUSIONES

1. Los instrumentos de investigación constitucionales con los que cuenta el ministerio público son cuantitativamente superiores a los que tiene el imputado;

2. Los instrumentos de investigación constitucionales con los que cuenta la víctima u ofendido, deben ser los mismos con los que cuenta el ministerio público, dado que los particulares están facultados constitucionalmente para ejercitar acción penal; luego entonces, para la investigación que realicen directamente deben tener los mismos instrumentos, aunque se trate de delitos bagatela;

3. Los instrumentos constitucionales con los que cuenta el ministerio público para su investigación, tales como la detención en flagrancia o caso urgente, retención, arraigo de personas y cateo para aprehender a personas, son restrictivos de la libertad personal o deambulatoria, lo que hace suponer que el ministerio público para investigar delitos tiene que detener; en otras palabras, investiga deteniendo, excepto con las técnicas de investigación;

4. La primera Constitución que empieza a prever los instrumentos para la investigación de los delitos a favor del ministerio público, particularmente restrictivos de la libertad personal, paradójicamente es la de 1917, que fue la que sentó los primeros cimientos para un sistema penal acusatorio.

BIBLIOGRAFÍA

ALFONSO X, El Sabio, Las Siete partidas del Sabio Rey, edición facsimilar, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2004.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS (Conatrib), Código Modelo del Proceso Penal Acusatorio para los Estados de la Federación, Triadadiseño, México, 2009.

DE PINA, Rafael y DE PINA VARA, Rafael, Diccionario de derecho, 25ª. Edición, México, Editorial Porrúa, 1998.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando, Teoría general de la prueba judicial, 5ª edición, Tomo I, Víctor P. de Zavalía editor, Argentina, 1981.

DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio, Diccionario de derecho procesal penal, tomo II, México, Editorial Porrúa, 1986.

DUBLÁN, Manuel, y LOZANO, José María, Legislación Mexicana o colección completa de las disposiciones legislativas expedidas desde la independencia de la república, imprenta del comercio, a cargo de Dublán y Lozano, hijos, tomos I, II, IV, VI, VII, VIII, X, XV, XXI, XXVIII y XL A.

FIX ZAMUDIO, Héctor y OVALLE FAVELA, José, Diccionario Jurídico Mexicano, tomo III (I-O) México, UNAM, 2007.

FOUCALT, Michel, La verdad y las formas jurídicas, Traducción de Enrique Lynch, Gedisa, México, 1988.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, Derecho procesal penal, 5ª. Edición, México, Editorial Porrúa, 1989. La reforma penal constitucional (2007-2008), México, Editorial Porrúa, 2008.

GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, El sistema de enjuiciamiento criminal propio de un Estado de Derecho, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2008.

HIDALGO MURILLO, José Daniel, La etapa de investigación en el sistema procesal penal acusatorio mexicano, 2ª edición, Porrúa, México, 2011.

MARAT, Jean Paul, Plan de legislación criminal, Hammurabi, Argentina, 2000.

PALOMAR DE MIGUEL, Juan, Diccionario para juristas, tomo II (J-Z), México, Editorial Porrúa, 2000.

PALLARES, Jacinto, El Poder Judicial o Tratado completo de la organización, competencia y procedimientos de los tribunales de la república mexicana, edición facsimilar de la original de 1874, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2004.

SÁNCHEZ ZEPEDA, Rodolfo, El juez federal penal especializado en medidas cautelares, Porrúa, México, 2010.

URIBE BENÍTEZ, Oscar, El juicio oral en el sistema penal acusatorio mexicano, Revista Quórum Legislativo de la Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, México, número 94, agosto-septiembre de 2008.

FUENTES OFICIALES

Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, Biblioteca, Documentación Legislativa.

Diario de los Debates del Congreso Constituyente, edición facsimilar, Tomo I, México, Imprenta de la Cámara de Diputados, 1926.

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.

FUENTES ELECTRÓNICAS

Cámara de Diputados, del Congreso de la Unión, Página principal de la Cámara de Diputados, disponible desde: http://gaceta.diputados.gob.mx/

MEDIDAS LEGALES CONTRA EL BULLYING EN ESPAÑA Y ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

LIC. ANGÉLICA HERNÁNDEZ REYES*

* Licenciada en Derecho, por la Universidad Nacional Autónoma de México. Investigadora "b", del Centro de Estudios de Derecho e Investigaciones Parlamentarias, de la Cámara de Diputados.

"Nadie puede hacer el bien en un espacio de su vida, mientras hace daño en otro. La vida es un todo indivisible".

"Me opongo a la violencia, porque cuando parece causar el bien éste sólo es temporal, el mal que causa es permanente".

Mahatma Gandhi

I. INTRODUCCIÓN

Nuestro país se encuentra en una etapa crítica, la llamada lucha contra el crimen organizado, la captura de diversos narcotraficantes, y el golpe a los diversos cárteles, ha traído como resultado la muerte de miles de personas, inocentes o no, al fin seres humanos, situaciones de violencia de las que somos testigos todos los días, las vemos y las escuchamos en los medios de comunicación, es el tema actual de conversación entre los mexicanos.

De esta violencia que nos ha ido invadiendo poco a poco, los más vulnerables son nuestros niños, niñas y jóvenes que a diario oyen sobre la muerte de militares, miembros del crimen organizado o de personas inocentes; de narcomantas; de cuerpos tirados en carreteras, o decapitados o colgados; de tiroteos; resultado de ajuste de cuentas o de la captura de delincuentes.

En un ambiente tan generalizado de violencia, en el que contribuyen los medios de comunicación, la muerte o asesinato de alguna persona se ha vuelto un acontecimiento cotidiano; aunado a este tipo de violencia, tenemos otros tipos de violencia que han coexistido en nuestra sociedad, me refiero a todo tipo de delitos.

Ante esta cotidianeidad del crimen en el que estamos inmersos, la desigualdad social existente y la falta de oportunidades para los jóvenes y un futuro poco prometedor, son factores latentes que genera estrés en toda la sociedad. Esta falta de oportunidades para jóvenes, trae como resultado deserción escolar, ingreso a la delincuencia y en el peor de los casos, la incorporación en las filas de los cárteles de la droga.

Tal vez se piense que estas palabras no corresponden al tema del que nos ocuparemos en este trabajo; sin embargo, todo esto que acabo de mencionar, junto con otras circunstancias tiene relación directa con el

bullying,[1] ya que los niños, niñas y jóvenes, reproducen lo que ven, escuchan y viven en sus hogares, y en la sociedad en general. Este problema no es exclusivo de nuestro país como lo veremos adelante, pues se le ha puesto especial énfasis debido precisamente a su crecimiento como un fenómeno que se está dando a nivel mundial.

Ante ésta problemática, en nuestro país se realizó la *Encuesta sobre violencia en las escuelas del Distrito Federal 2008*[2], en la que se concluyó que:

• De cada 10 alumnos, 7 han sufrido algún tipo de violencia, conocida como bullying (con un rol de agresores, víctimas o testigos).

• De los alumnos que participaron en alguna pelea con violencia física entre compañeros, 35 % lo hicieron en ausencia de docentes; 18.2% participaron aunque algún docente estuviera presente.

• De los alumnos que han sido víctimas de robo, tanto dentro como fuera de la escuela, 46.4% son de primaria y 43.6% de la secundaria. Asimismo, más de 24% ha sufrido burlas y 1 de cada 5 ha sufrido lesiones físicas y amenazas.

• La forma de violencia más habitual es el rompimiento de útiles u otros elementos que llevan a la escuela. Más de la tercera parte de los alumnos dice haber sido víctima de ella.

• La percepción que los alumnos tienen de la disciplina en su escuela reduce la violencia. Sin embargo, cuando ésta es muy estricta, la violencia es mayor.[3]

El problema es tan grave que la Secretaría de Educación Pública del Distrito Federal, en el documento *"Escuelas aprendiendo a convivir: Un proceso de intervención contra el maltrato e intimidación entre escolares –bullying-", advierten que la violencia en las escuelas entre compañeros y compañeras es uno de los problemas más preocupantes en la actualidad, pues además de ir en incremento, cada vez se vuelve más sofisticada y cruel y que los adultos necesitamos de estrategias más completas para hacerle frente en la casa, la escuela y en las instituciones desde donde se busca educar, entendiendo la educación como una transmisión de valores y habilidades, y no sólo como el vaciado de una serie de conocimientos.*[4]

---

[1] Paloma Cobo Ocejo y Romeo Tello Garrido, lo han definido como una forma de comportamiento agresivo, intencional y dañino, que es persistente, y cuya duración va de semanas a, en ocasiones, meses. Siempre existe un abuso de poder y un deseo de intimidar y dominar, aunque no haya provocación alguna. Puede ser ejercido por una o varias personas. A las víctimas les resulta muy difícil defenderse.

[2] Elaborada por la Secretaría de Educación del Distrito Federal y la Universidad Intercontinental en 29 planteles, aplicada a 3 mil 480 alumnos, personal de las instituciones educativas y padres de familia.

[3] SECRETARÍA DE EDUCACIÓN PÚBLICA-SNTE-SSP, Guía básica de prevención de la violencia en el ámbito escolar, México, 20120, pp. 32-33.

[4] GOBIERNO DEL DISTRITO FEDERAL, Secretaría de Educación Pública del Distrito Federal, Escuelas aprendiendo a convivir: Un proceso de intervención contra el maltrato e intimidación entre escolares –bullying-, México, Mayo 2010, p. 11.

Sabemos que el Estado tiene la obligación de garantizar a los mexicanos los derechos que establece la Constitución, de los cuales no están exentos la niñez y la juventud, también se sabe que tanto niños, como jóvenes, son el reflejo de lo que reciben de su núcleo primario, la familia, de la sociedad y de los medios de comunicación, por lo que la resolución del problema tiene que ver con políticas públicas efectivas que también hagan posible conciliar la vida laboral con la vida familiar, tanto de hombres como de mujeres, para que puedan estar más tiempo con sus hijos y en consecuencia, se sientan amados, protegidos, cuidados, y se les inculquen valores que los aleje de la criminalidad.

El problema es más complejo de lo que se cree, al cual los especialistas a nivel mundial no han encontrado la solución, por lo que este trabajo intenta ser una aproximación a esta problemática tan compleja, pues al parecer la influencia negativa hacia los menores y jóvenes, para que se conviertan en víctimas o victimarios, depende de muchos factores, por ello, revisaremos los antecedentes del bullying; los aspectos generales; los tipos; cuestiones de carácter legal; y derecho comparado, en donde analizaremos las políticas públicas implementadas en Estados Unidos de América y en España, para verificar si han sido efectivas, ya que al tratarse de un problema tan complejo, estudiosos de la psicología y del derecho, hacen grandes esfuerzos por encontrar una solución ante este problema que deja secuelas graves en quienes lo padecen, pues a decir por la Lic. Patricia Espinosa Torres, *"la violencia contra la niñez es una tragedia social irrefutable, ya que lacera y marca a quien la recibe, disminuye a quien la ejerce o la permite, y tuerce por consecuencia el destino de generaciones enteras y el progreso de todo un pueblo. Esta forma indignante de abuso, se recrudece debido a las aceleradas transformaciones culturales"*[5]

Finalmente, todos debemos preguntarnos ¿qué papel juega la familia, la sociedad, los valores y la educación para que se dé este problema?, ya que de acuerdo con lo que señala M. Reimers, investigador de la Universidad de Harvard y experto en políticas educativas, para muchos niños y niñas, el solo hecho de trasladarse a su colegio representa un riesgo. Para él la violencia intraescolar surge –en parte- como un reflejo de la cultura de la violencia, por lo que sugiere analizar los espacios escolares, ya que la escuela puede estar reproduciendo los fenómenos sociales, pero también puede ser un agente de cambio,[6] por lo que nuestro país, debe buscar que el sistema educativo sea un agente de mejoría social, tal como lo concibió Juan Jacobo Rousseau, pues sabemos que la educación es un factor determinante de avance o retroceso y la diferencia entre ser un país del primer o del tercer mundo.

---

[5] INSTITUTO NACIONAL DE LAS MUJERES MÉXICO, ¿Cómo educamos a nuestros/as hijos/as? Encuesta de Maltrato Infantil y Factores Asociados 2006, México, 2006, p. 9.

[6] FUNDACIÓN RAFAEL PRECIADO HERNÁNDEZ, A.C., Papeles para la reflexión, La educación como herramienta de política pública para combatir la violencia, Año III, número 101 Noviembre de 2010, México, p. 4.

II. ANTECEDENTES

El documento *Escuela sin violencia indica que desde hace tres décadas, el estudio de violencia y bullying ha sido estudiado en Europa, siendo los escandinavos los primeros en hacer un estudio exploratorio y descriptivo del fenómeno.*[7]

Se considera que el primer estudio fue realizado por Dan Olweus en Suecia y Noruega. En la actualidad dentro de la Unión Europea, son pioneros en la materia España y Francia. En 1998, crearon el Observatorio Europeo de la Violencia Escolar, encargado de registrar los datos y sucesos más relevantes respecto de la violencia en las escuelas francesas y del resto de la Unión Europea.[8]

En este mismo orden de ideas, el libro *Bullying,* Acoso escolar, coincide en que el manejo del problema data de la década de los setentas, cuando Olweus, realiza los primeros estudios sobre el acoso o intimidación escolar en los países escandinavos, ya que con anterioridad se tenía la creencia de que la intimidación era una dificultad pasajera propia de la infancia y de la adolescencia, sin conocerse la dinámica y sus consecuencias en ocasiones fatales.

Sin embargo, en el norte de Noruega en 1982, se suicidaron tres muchachos de entre 10 y 14 años de edad, a consecuencia de acoso escolar, situación que alertó a las autoridades. A raíz de estos suicidios, se cuestionó la responsabilidad de los adultos en el ámbito escolar y se creó un programa nacional de lucha contra la intimidación escolar, del cual se obtuvo información muy importante.

A partir de esto, diferentes países empezaron a implementar programas similares (Japón, Australia, Estados Unidos de América y Canadá), los cuales han auxiliado a comprender las particularidades del bullying y conocer las condiciones en que se desarrolla.[9]

Se dice que las primeras investigaciones sobre el tema del bullying se realizaron en los años cincuentas en Estados Unidos, pero en Europa no fue hasta los años setentas que se desarrollan una serie de investigaciones al respecto. Estos antecedentes no deben ser confundidos con los de maltrato infantil, los cuales datan del *Código de Hammurabi*,[10] el cual permitía amputar los senos a la nodriza que dejaba morir en sus brazos a un lactante, por lo que podemos observar violencia generada por los propios padres hacia los menores y en general, permitida

---

[7] SECRETARÍA DE EDUCACIÓN PÚBLICA-PROCURADURÍA DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL, Escuela sin violencia, Estudio exploratorio sobre maltrato e intimidación entre compañeros y compañeras, México, última actualización 15 de Abril de 2010, disponible en línea: http://www.educacion.df.gob.mx/

[8] Ibíd.

[9] RINCÓN, María Guadalupe, Bullying, Acoso escolar, Edit. Trillas, México, 2011, p. 11.

[10] HISTORIA CLÁSICA, El Código de Hammurabi, Ley 194, citado el 4 de Septiembre de 2011, México, disponible en línea: http://www.historiaclasica.com/2007/06/el-cdigo-de-hammurabi-leyes-101-150.html

por la sociedad; sin embargo, en el bullying la violencia es generada entre pares, es decir, entre iguales.

Actualmente, sabemos que el problema es a nivel mundial y que sucede en todas las clases sociales, en escuelas públicas o privadas, pero para su solución se requiere de la comprensión a fondo del tema, de tratar de eliminar las formas de violencia a la que se encuentran expuestos niños y jóvenes, además de que las partes involucradas, los padres, las familias, el Estado (a través del sistema educativo) y los medios de comunicación, asuman la responsabilidad que les corresponde, a fin de que se forme un grupo interdisciplinario, en busca de políticas públicas efectivas que pongan fin a esta problemática, pues recordemos lo señalado por Isaac Asimov: *"Nos acostumbramos a la violencia, y esto no es bueno para nuestra sociedad. Una población insensible es una población peligrosa".*[11]

III. ASPECTOS GENERALES DEL BULLYING

A. DEFINICIÓN

Iniciaremos mencionando que el concepto de bullying, no se encuentra incluido en el Diccionario de la Real Academia Española, a pesar de que el término ha sido mundialmente aceptado para hablar de este fenómeno. Sabemos que es un problema social que ha ido en aumento, se le ha denominado de diferentes maneras: violencia escolar, acoso escolar, intimidación, y bullying. Una realidad es que con el paso del tiempo, los estudiosos se han ido poniendo de acuerdo sobre la definición, ya que en un principio, se hablaba de violencia o acoso escolar, la que es definida como *la acción u omisión dañina que se ejerce entre miembros de una comunidad educativa (ya sean alumnos, padres, profesores o personal subalterno)* y que puede producirse en las instalaciones escolares o en otros espacios directamente relacionados con la escuela, podemos verificar de esta definición una clara diferencia entre los conceptos de violencia escolar[12] y *bullying,* toda vez que la violencia escolar se puede dar entre dispares, p.e. entre maestro y alumno, maestros y padres, etc. y en el *bullying* siempre se dará entre pares, es decir, alumnos.

Entrando a la definición propia de *bullying,* mencionaremos que para Sharp y Smith se trata de una *forma de comportamiento violento, intencional, dañino y persistente, que se puede ejercer durante semanas e incluso meses, y supone una presión hacia las víctimas que las deja en situación de completa indefensión. En toda situación de bullying hay siempre un abuso de poder y un deseo de intimidar y dominar.*[13]

---

[11]Escritor y bioquímico ruso, nacionalizado estadounidense, exitoso y prolífico autor de obras de ciencia ficción, historia y divulgación científica.

[12]Definición de violencia escolar, citado el 12 de Septiembre de 2011, México, disponible en línea: http://definicion.de/violencia-escolar/

[13]Sharp y Smith citado por COBO Ocejo, Paloma y Romeo Tello Garrido, Bullying en México, conductas violentas en niños y adolescentes, Edit. Quarzo, México, 2008, p. 54.

Para Voors, *el bullying es un fenómeno que normalmente ocurre entre dos (o más) iguales, la semejanza más común ocurre en la edad. A pesar de esta coincidencia, debe existir un desequilibrio entre los participantes.*[14]

Cobo y Tello, lo definen como *una forma de comportamiento agresivo, intencional y dañino, que es persistente, y cuya duración va de semanas a, en ocasiones, meses. Siempre existe un abuso de poder y un deseo de intimidar y dominar, aunque no haya provocación alguna. Puede ser ejercido por una o varias personas. A las víctimas les resulta muy difícil defenderse.* Para Sharp, es importante que se distinga el *bullying* de las peleas ocasionales y desacuerdos entre dos personas o grupos de igual poder y fuerza, ya que esto no es bullying. Por ello, para estos autores un requisito sine equa non es que exista daño emocional para poder hablar de *bullying*.[15]

Finalmente, para Carina Kaplan y otros autores, el maltrato entre compañeros *o bullying, denomina procesos de intimidación y victimización entre iguales. Generalmente es una intimidación entre alumnos, no incluye violencia física y se restringe a agresiones verbales. Da un especial énfasis sobre las consecuencias de este comportamiento sobre las víctimas y puede desencadenar una violencia física*.[16]

Podemos concluir que se trata de violencia ejercida entre alumnos, la cual puede implicar violencia física, emocional o sexual, en donde siempre hay uno o más victimarios, los cuales tienen la clara intención de violentar a su víctima o víctimas, a través de la intimidación, la ridiculización, la fuerza física, la anulación y la discriminación entre otras, y que en ocasiones se valen de la tecnología como teléfonos celulares e internet, para cumplir con su cometido.

Un común denominador en estos conceptos es que todos llevan implícita a la violencia, la cual ha sido definida por el Fondo de Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), como aquellos actos u omisiones que atentan contra la integridad física, psicológica, sexual y moral de cualquier persona. Toda acción violenta tiene la intención de causar daño y ejercer abuso de poder; puede provenir de personas o instituciones y realizarse en forma activa o pasiva.

Estos actos de violencia son tangibles, como una violación, maltratos y golpes, o bien, intangibles, es decir, que no se ven ni dejan huella, pero que de igual forma lesionan a las personas en su vida emocional.

También se considera violencia las acciones o actitudes negligentes que denotan la falta de atención y oportunidad.[17]

---

[14]Voors citado por COBO Ocejo, Paloma y Romeo Tello Garrido, Bullying en México, conductas violentas en niños y adolescentes, Edit. Quarzo, México, 2008, p. 54.
[15]COBO Ocejo, Paloma y Romeo Tello Garrido, op. cit., p. 55.
[16]DE LAJONQUIÉRE, Leandro, et. al., Violencia, medios y miedos, peligro, niños en la escuela, Los sentidos de las violencias, Ediciones Novedades Educativas, Buenos Aires, Argentina, 2005, p. 40.
[17]COBO Ocejo, Paloma y Romeo Tello Garrido, Op. cit., p. 24.

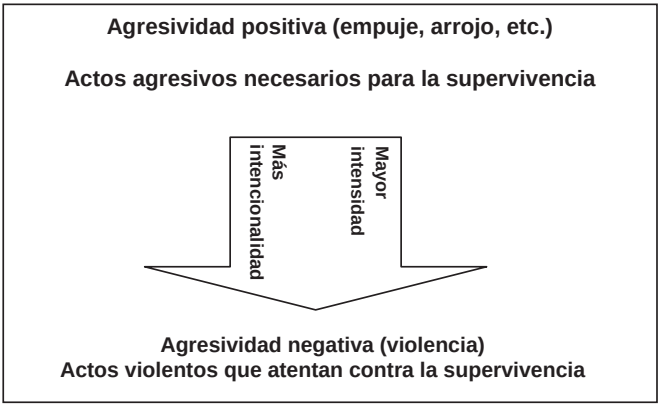
Esta definición es importante, debido a que se menciona que la violencia puede provenir de instituciones, pues a decir de varios autores, en las aulas siempre ha estado justificada la violencia de parte de los maestros, quienes con el fin de obtener un "comportamiento adecuado" del alumnado, agreden, ridiculizan y en ocasiones hacen partícipes al resto de la clase para agredir a un compañero en particular. Por ello, debemos preguntarnos, sí ¿estos actos junto con la situación de violencia generalizada que se vive actualmente, no han sido el semillero y el ejemplo que han seguido algunos de los alumnos en contra de sus propios compañeros?

Por su parte Pegoraro, señala que *la violencia es toda forma de interacción humana en la cual, mediante la fuerza, se produce daño a otra persona para la consecución de un fin. Es decir: entre las múltiple formas que hemos desarrollado los seres humanos para relacionarnos, la violencia es sólo un de ellas. Y es justo aquella que reúne tres características esenciales: que para la consecución de un fin recurre a la fuerza y le produce daño a alguien más. Es entonces una relación de fuerza, en cualquiera de sus modalidades (física, verbal, no verbal, psicológica, etc.) e intensidades y que, por tanto, acalla la palabra y el discurso. Fuerza que daña el funcionamiento orgánico o psicoemocional, que hiere o golpea, mata o presiona, suprime derechos o limita su ejercicio. Y siempre con un fin: sostener o sustituir un poder, un conjunto de intereses específicos, un ordenamiento social, una escala valorativa o un mundo de representaciones. Puede decirse, entonces, que la violencia es una realidad histórica, una realidad ontológicamente humana y una actividad socioculturalmente aprendida.*[18]

Finalmente, Paloma Cobo y Romeo Tello distinguen a la violencia de la agresividad, al señalar que no son lo mismo, toda vez que existe una actitud agresiva positiva, la cual es necesaria para la sobrevivencia, para salir adelante, pero cuando a la agresión se le agrega la intención de de dañar a otro y se incrementa levosamente la intensidad, entonces se convierte en violencia, la cual no es necesaria para la supervivencia, sino que atenta contra la propia supervivencia.

[18] PEGORARO, J.S., Reporte final de la evaluación del Proyecto "Contra la Violencia, eduquemos para la paz, por ti, por mi y por todo el mundo", con base en el Convenio de Cooperación No. 2004-05 entre UNICEF y GEM, celebrado el 25 de Junio de 2004 para la ejecución de este Proyecto, citado por BUSTOS Romero Olga et. al., disponible en www.unicef.org/.../EVALUACION_IMPACTO_GEM_16junio_2006.pdf, p. 5.

A continuación presentamos como lo representan a través de la siguiente gráfica:[19]



En este cuadro, vemos que existe una agresividad (positiva), la cual es nata y forma parte de un instinto de supervivencia de los seres humanos, en contraposición se encuentra el tipo de agresividad (negativa) o violencia, la cual atenta contra la propia supervivencia humana.

Es un hecho que la violencia es una construcción social, pues tal como lo indica Esther Díaz *los seres humanos no somos violentos o pacíficos por naturaleza sino por las prácticas y los discursos desde los que nos formamos y conformamos como sujetos históricos.*[20]

En este orden de ideas, podríamos asegurar que lo que está sucediendo en las aulas con nuestros niños es producto de lo percibido de la sociedad y que todos en general, nos hemos vuelto más violentos y el *bullying* es solo el reflejo y el resultado de una descomposición social generalizada.

Para autoras como Ana María Leva y Marcela Fraire, el problema radica en la ausencia o pérdida de valores, toda vez que en *las sociedades actuales ponen énfasis en la cultura del "tener" (consumismo), contradiciendo valores intelectuales, éticos, religiosos y estéticos, ejes para la realización personal y social del individuo.*

[19] COBO Ocejo, Paloma y Romeo Tello Garrido, op. cit. pp. 25-26.
[20] LEVA, Ana María y Marcela Fraire, Violencia en la Escuela, Prevención para crecer en valores, Landeira Ediciones, S.A., Argentina, p. 14.

Para ellas, estos valores junto con otros componentes de la cultura, son los móviles centrales del comportamiento humano y han sido definidos como:

> *"Es aquello que hace que algo sea digno de ser apreciado, deseado y buscado".*

> *"Los valores serían la dimensión prescriptiva que toda presentación cognitiva lleva implícita y que el individuo utiliza cotidianamente como marca de referencia en su interacción con los demás".*[21]

> *"Contenidos de aprendizaje referidos a creencias sobre aquello que se considera deseable. Principios normativos de conducta que provocan determinadas actitudes".*[22]

> *"Los valores representan el fundamento último de actitudes y normas, orientando nuestra conducta acorde a nuestros valores".*[23]

En tal virtud, de acuerdo con lo señalado por J. A. Alcántara las actitudes que asumimos serán acordes a nuestros valores éstos estarán al servicio de nuestras necesidades, lo que representan a través del siguiente cuadro:[24]

NECESIDADES	VALORES	ACTITUDES
... de seguridad	Valor de la paz	Confianza, justicia, pacificación
... de creatividad	Valor del trabajo	Espíritu de trabajo, solidaridad, creatividad
... de amistad	Valor de la amistad	Cooperación, comunicación de bienes. Comunicación de vida
... de pertenencia a un grupo	Valor de la comunidad	Participación en la vida social, tolerancia, solidaridad
... de información de conocimiento	Valor de la verdad de la ciencia	Curiosidad, sentido crítico, espíritu de estudio
... de autonomía, de libertad de autoposesión	Valor de la libertad	Liberación, sinceridad, responsabilidad
... de belleza	Valor de la belleza	Admiración, sensibilidad artística y amor a la naturaleza
... de orden, de limpieza	Valor del orden	Aseo personal, limpieza del entorno, orden
... de estimación, de reconocimiento	Valor de prestigio	Dignidad personal, respeto, humildad
... de salud	Valor del bienestar	Higiene, prevención de enfermedades, fortaleza
... de actividad	Valor de la expresión corporal, deporte y atletismo	Gimnasia, deportividad, atletismo
... de alimentación	Valor del alimento	Dietética, templanza culinaria
... de erotismo	Valor del amor erótico	Castidad, atractivo sexual, amor
... de juego	Valor del juego, diversión	Ecuanimidad, humor, diversión

[21] LEVA, Ana María y Marcela Fraire, op. cit., p. 19.
[22] Maslow, Garzón y Garcés y Mec citado por LEVA, Ana María y Marcela Fraire, Violencia en la Escuela, Prevención para crecer en valores, Landeira Ediciones, S.A., Argentina, p. 20.
[23] LEVA, Ana María y Marcela Fraire, op. cit., p. 20.
[24] J. A. Alcántara citado por LEVA, Ana María y Marcela Fraire, Violencia en la Escuela, Prevención para crecer en valores, Landeira Ediciones, S.A., Argentina, pp. 21-22.

Los valores tienen una importancia elemental en la vida de todo ser humano, la ausencia de ellos, hacen que surjan problemas como el bullying, ya que por solo mencionar un ejemplo, sí en mi casa me enseñan que debo respetar a todo ser humano y su diversidad, entendida como: la forma de ser, de vestir, de hablar, de relacionarse con otros, independientemente de mi manera de pensar o de ser, problemas como estos no existirían; sin embargo, la falta de valores no es el único responsable de este problema, ya que intervienen muchos factores como veremos más adelante, pero sí constituyen una pieza clave en la solución del mismo.[25]

B. CAUSAS DE LA VIOLENCIA

Para el estudio del tema que nos ocupa, resulta de gran importancia el revisar las causas de la violencia. Para Cobo y Tello algunas de las causas de la violencia son la desigual distribución de la riqueza; el elevado crecimiento demográfico; el desempleo; la proliferación del uso de drogas; la facilidad con la que se consigue un arma; la impunidad de los criminales y la corrupción de los órganos encargados de la impartición de justicia; la desintegración familiar; las familias disfuncionales; la violencia exhibida en los medios de comunicación de masas (radio, t.v., cine, prensa impresa, Internet) y los videojuegos.[26]

Sabemos que las familias y los medios de comunicación jugamos un papel determinante en el desarrollo de conductas violentas, por ello, debemos verificar el tipo de conductas que les estamos enseñando a nuestros hijos, toda vez que al interior del seno familiar los niños empiezan a comprender modelos de conducta para relacionarse con los demás. En ocasiones les estamos dando ejemplos de manera verbal o conductual, de formas agresivas o violentas para responder a las circunstancias de la vida cotidiana, actitudes amenazadoras o intimidantes, o de subordinación intransigente.[27]

Otros factores son la exposición prolongada a la televisión, la facilidad de acceso a películas no aptas niños o acceso a páginas de Internet sin ninguna supervisión por parte de los adultos, los videojuegos interactivos con contenido violento, etc., ya que en el desarrollo de conductas agresivas no positivas, son imitadas con facilidad por los niños que las ven en las pantallas.[28]

En particular, sobre la violencia a la que están expuestos los niños, a través de las caricaturas, el Observatorio de Medios de la Asociación Mexicana de Derecho a la Información (AMEDI), realizó un estudio para lo cual revisó la pro-

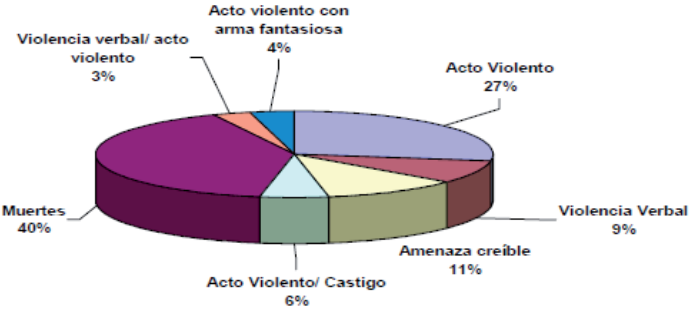
[25] Ibíd.
[26] COBO Ocejo, Paloma y Romeo Tello Garrido, op. cit., p. 28.
[27] Ibíd., p. 52.
[28] Ibíd.

gramación del Canal 5 de Televisa, a partir de un registro de diez horas continuas, de las 6:00 a las 16:00 horas, además lo acompañó de entrevistas a niños al salir de la escuela y se les pidió que realizaran una síntesis de las caricaturas, lo cual permitió una rápida imagen del efecto del programa. Los actos que determinaron con violencia resultan del comportamiento deliberado para causar daños físicos o psicológicos a otras personas por medio de amenazas, lo clasificaron de la siguiente manera:

- Violencia verbal: Uso del lenguaje con la finalidad de agredir, intimidar, sin recurrir a la fuerza física.
- Actos violentos: Acción que causa daño físico a un ser o grupo animado.
- Amenaza creíble: Dar a entender que se pretende efectuar un acto violento contra un ser o grupo de seres animados para intimidarlos.
- Acto violento como castigo: Respuesta como consecuencia de una acción violenta.
- Muerte: Es el fin de la vida. Ser definitiva es una de las características; sin embargo, en las caricaturas se presenta como reversible.[29]

En este estudio, se incluyó la distribución de las formas más comunes de violencia presentadas en las caricaturas:[30]

DISTRIBUCION DE LAS FORMAS DE VIOLENCIA



[29]ASOCIACIÓN MEXICANA DE DERECHO A LA INFORMACIÓN (AMEDI), ¿Entretenimiento infantil? Presencia de la violencia en la programación de caricaturas, En Zócalo, Comunicación Política Sociedad, Núm. 7, Vol. 88, Junio de 2007, México, p. 18.

[30]Ibíd., p. 20.

Los resultados de este ejercicio fueron los siguientes: Se registraron 582 actos violentos; 252 correspondieron a homicidios, los cuales se concentran en horarios y caricaturas específicas, ya que en una sola hora de 12:00 a 13:00 horas, los niños pueden ser testigos de 183 actos violentos, lo que hace un promedio de tres por minuto, presentados en las caricaturas *Piece y Avatar.*

Otras caricaturas consideradas de las más violentas, son La Liga de la Justicia con 75 muertes en sola media hora de transmisión de las 14:30 a las 15:00 horas (2.5 por minuto), donde personajes como *Superman, Batman, Robín, La Mujer Maravilla,* defienden a la Tierra y justifican los actos de violencia. En la caricatura *Los chicos del Barrio,* se registraron 68 actos agresivos, transmitidos de las 15:30 a las 16:00 horas, en ella, cinco amigos que viven en un barrio pobre, siempre están en constante rivalidad para ver quién puede destruir al barrio enemigo. Esta organización presentó la siguiente gráfica, en la que se puede apreciar el contenido de actos de violencia de diferentes caricaturas infantiles, en un concentrado por horario:[31]

CONCENTRADO POR HORARIO

HORARIO		Acto Violento	Violencia Verbal	Amenaza creible	Acto Violento/ Castigo	Muertes	Violencia verbal/ acto violento	Acto violento con arma	TOTAL
6:45	Los lumis	1	0	0	1	0	0	1	3
7:00hrs	Dora la exploradora	0	0	0	0	0	0	0	0
7:30hrs	Plaza Sesamo	0	0	0	0	0	0	0	0
8:00hrs	Los Picapiedra	6	4	1	1	0	0	0	12
8:30hrs	Scooby Doo	0	0	3	0	0	0	0	3
9:00hrs	El show de Porky	9	4	6	4	0	0	0	23
9:30hrs	Aventuras en pañales	0	0	0	0	0	0	0	0
10:00hrs	Thundercats	9	7	10	3	5	5	4	43
10:30hrs	El hombre araña	12	6	8	5	7	2	3	43
11:00hrs	Superman	17	1	5	7	3	0	3	36
11:30hrs	Batman	13	2	7	3	2	1	0	28
12:00hrs	One Pierce	25	10	7	5	55	7	2	111
12:30hrs	Avatar	18	2	5	5	51	0	4	85
13:00hrs	Pokemon	5	0	4	1	1	0	4	15
13:30hrs	Dragón Ball Z	5	3	6	0	3	3	0	20
14:00hrs	Jimmy Newtron	1	4	0	0	0	0	0	5
14:30hrs	La Liga de la Justicia	16	4	5	0	75	1	0	101
15:00hrs	Danny Phanton	9	1	2	0	0	0	0	12
15:30hrs	Chicos del Barrio	17	4	0	0	51	0	1	73
16:00hrs	Bob Esponja	9	1	0	0	0	0	0	10
TOTAL		172	53	69	35	253	19	22	623

[31] Ibíd., pp. 18-21.

Ante tanta violencia en las caricaturas infantiles, en este artículo se advierte de manera acertada, que es responsabilidad de la Secretaría de Gobernación, a través de la Subsecretaria de Normatividad y Medios y la Dirección General de RTC, quien debe atender lo dispuesto en la Ley Federal de Radio y Televisión (en especial los artículos 5, 59-TER y 63), los que se refieren al contenido de los principios que deben considerar los concesionarios al programar caricaturas en horarios para todo público, en especial la orientada a la población infantil, entre los que se encuentran: a. Propiciar el desarrollo armónico de la niñez; b. Estimular la creatividad, la integración familiar, y la solidaridad humana; c. Procurar la comprensión de los valores nacionales y el conocimiento de la comunidad internacional; d. Promover el interés científico, artístico y social de los niños; y, e. Proporcionar diversión y coadyuvar el proceso formativo de la infancia.

De manera adicional, la ley prohíbe las transmisiones que causen corrupción del lenguaje y sean contrarias a las buenas costumbres, ya sea mediante expresiones maliciosas, palabras o imágenes profaces, frases y escenas de doble sentido, apología de la violencia o del crimen; también se prohíbe todo aquello que sea denigrante u ofensivo para el culto cívico de los héroes y para las creencias religiosas, o discriminatorio de las razas, así como el empleo de recursos de baja comicidad y sonidos ofensivos.

En este mismo sentido, el artículo 5° de la Ley Federal de Radio y Televisión, señala que la radio y la televisión, tienen la función social de contribuir al fortalecimiento de la integración nacional y el mejoramiento de las formas de convivencia humana, para lo cual en sus transmisiones deben procurar, entre otras cosas: a. Afirmar el respeto a los principios de la moral social, la dignidad humana y los vínculos familiares; b. Evitar influencias nocivas o perturbadoras al desarrollo armónico de la niñez y la juventud; c. Contribuir a elevar el nivel cultural del pueblo y a conservar las características nacionales, las costumbres del país y sus tradiciones, la propiedad del idioma y a exaltar los valores de la nacionalidad mexicana; y, d. Fortalecer las convicciones democráticas, la unidad nacional y la amistad y cooperación internacionales.

Por ello, para estos autores hay mucho que reflexionar, esperando que las autoridades tomen cartas en el asunto y se vigile el puntual cumplimiento de estos ordenamientos, aunque también consideran que es responsabilidad de la familia, quienes no deben tomar a la ligera a lo que están expuestos sus niños en la televisión mexicana.[32]

[32]Ibíd., pp. 20-21.

Retomando las causas que generan el bullying, en el libro *"Violencia, medios y miedos", dentro del artículo "Los sentidos de la violencia en la escuela: un debate necesario previo a la definición de políticas y acciones"*, se indica que:

> *Las investigaciones más relevantes en el nivel internacional sobre los fenómenos de violencia en la escuela y sobre la aparición de nuevas manifestaciones de violencia dan cuenta de que ésta sólo puede ser comprendida en el contexto de sociedades profundamente desiguales y polarizadas. Estas condiciones potencian la violencia sobre los otros y sobre el propio cuerpo, generando un proceso que, parafraseando a Elías,[33] ha sido denominado como de "descivilización", fenómeno que da cuenta de un bajo control de las emociones de la agresión, de inestabilidad emocional.*
>
> *...*
>
> *En los países europeos y en E.E.U.U. ha comenzado a producirse una vasta literatura y estrategias de medición de los hechos de violencia en las escuelas y la intervención sobre ellos. Como señala Debarbieux, es común enfocar como actos de violencia a aquellos reconocidos por el Código Penal y a otros reconocidos como tales por la moral de la época y de un lugar. Pero los estudios sobre violencia en el medio escolar, que pretenden conocer los nuevos procesos que tienen lugar en la escuela: han comenzado a considerar en Europa: 1) los crímenes y delitos; 2) las incivilidades y 3) el sentimiento de inseguridad y sobre todo lo que llama "sentimiento de violencia". En el plano internacional, el concepto de "incivilidades" es utilizado para dar cuenta de la violencia escolar de índole simbólica, y por lo tanto, más opaca a la conciencia cotidiana.*[34]

C. RASGOS CARACTERÍSTICOS DEL BULLYING

Paloma Cobo y Romeo Tello establecen los que se deben de considerar como rasgos característicos de este fenómeno: que se trate de una acción agresiva e intencionalmente dañina; que se produzca en forma repetida; que se dé en una relación en la que haya un desequilibrio de poder; que se dé sin provocación de la víctima; y que se provoque daño emocional.[35]

D. CRITERIOS NECESARIOS PARA HABLAR DE BULLYING

Estos mismos autores han establecido una serie de criterios para hablar de bullying:

- Se trata de un comportamiento agresivo. Todo *bullie* tiene la clara intención de agredir a quien ha elegido como víctima.

---

[33] Elías, N., La sociedad de los individuos.
[34] DE LAJONQUIÉRE, Leandro, et. al., Violencia, medios y miedos, peligro, niños en la escuela, Los sentidos de las violencias, Ediciones Novedades Educativas, Buenos Aires, Argentina, 2005, p. 39.
[35] COBO Ocejo, Paloma y Romeo Tello Garrido, op. cit., p. 55.

• El bullying es resultado de una acción intencional, es decir, no es el resultado de la casualidad, tampoco es accidental.

• La víctima siempre recibe un daño emocional, que además puede manifestarse de manera física.

• El bullying es el resultado de una serie de agresiones que persisten durante varios días, semanas o meses. Por ello, se debe distinguir el bullying de cualquier tipo de agresiones aisladas.

• El abuso de poder de un individuo sobre otro es un aspecto inherente al acoso y maltrato. El *bully* actúa contra su víctima porque sabe que está a su merced (porque físicamente es más débil, porque es el blanco de las burlas del grupo, porque es inseguro, etc).

• De lo anterior se deriva la intimidación y la sensación de sometimiento que padece la víctima.

• El agresor actúa violentamente contra su víctima sin que exista una provocación por parte de ésta; esto hace más grave la situación de quien padece las agresiones, pues sabe que son gratuitas, arbitrarias y alevosas.

• El acoso y las agresiones pueden ser ejercidos por uno o varios agresores.

• Como se trata de una agresión abusiva y planeada ex profeso, a la víctima le resulta prácticamente imposible defenderse por sí misma, pues no solo no hay igualdad de fuerzas entre agresor y agredido, sino que además la víctima vive con más temor a medida que las agresiones aumentan.

• La diferencia en las edades no debe ser mayor a 3 años; si es así estaremos ante una situación de abuso, pero no de *bullying.*

Indican estos autores que cuando se habla de *bullying,* debemos referirnos a conductas agresivas que siempre tienen un ingrediente de intensidad e intencionalidad, la agresividad solo encierra la intensidad. Advierten que el abuso puede ser a través de golpes, empujones, patadas, amenazas, extorsiones, diversas maneras de encierro, etc.

Voors indicó que "*aunque la agresión entre jóvenes y niños es un comportamiento que ha existido siempre, podemos afirmar que, en comparación con épocas anteriores, hoy en día se manifiesta con mayor intensidad. Ahora comprende mati-*

ces sexuales, en mayor medida y a una edad más temprana; y en general el fenómeno "ofrece más peligro debido a una creciente brutalidad social e insensibilización ante la violencia".[36]

E. RIESGOS Y CONSECUENCIAS

De acuerdo con diversos estudios realizados, el bullying no solo afecta a la víctima, sino también al abusador, ya que puede traer como consecuencia: inseguridad; baja autoestima; problemas de conducta; problemas de ansiedad; problemas de salud (colitis, dolores de estómago, intensos dolores de cabeza, etc.); familias disfuncionales; los niños dejan de ir a la escuela; comportamientos agresivos e incluso delictivos; patologías de aislamiento social; desajustes sociales; personalidades depresivas; posibilidad de presentar trastornos psicopatológicos y sociopáticos; y aumentan los pensamientos de muerte y los riesgos suicidas;[37] por ello, es que es muy importante su atención y prevención.

F. PARTICIPANTES

Algunos autores determinan que los participantes del bullying, son: el abusador; la víctima; y los espectadores:[38]

De acuerdo con el estudio realizado por el Instituto Nacional para la Evaluación de la Educación (INEE) y la Fundación Este País: "Para entender la violencia en las Escuelas, percepciones de alumnos y maestros sobre violencia en las escuelas", hay mayor propensión a la violencia en alumnos de primaria y secundaria y el perfil del estudiante agresor es el siguiente:

- Son de género masculino, aunque no de forma exclusiva.
- Tienen más edad en relación con su grupo.
- Su vida escolar es irregular: repetición de grado, bajas calificaciones y cambio más o menos frecuente de escuela.
- Pertenecen a familias con mayor incidencia de conflictividad.

---

[36] Voors citado por COBO Ocejo, Paloma y Romeo Tello Garrido, Bullying en México, conductas violentas en niños y adolescentes, Edit. Quarzo, México, 2008, pp. 25, 56-57.
[37] COBO Ocejo, Paloma y Romeo Tello Garrido, op. cit., p. 170.
[38] Ibíd., p. 66.

- Sus padres están menos enterados de lo que hacen fuera de la escuela.
- No viven con ninguno de sus padres o sólo viven con su padre.[39]

Respecto del perfil del estudiante agredido, presentan las siguientes características:

- Son de género masculino, aunque no de forma exclusiva.
- Tienen bajo nivel de logro escolar.
- Sus padres están menos enterados de lo que hacen fuera de la escuela.
- Tienen alguna dificultad física o de aprendizaje.
- Existen semejanzas entre quienes ejercen la violencia y quienes la sufren.[40]

En este mismo estudio, se indica que algunas de las características de los hogares, que están asociadas con conductas violentas de los estudiantes, son:

- Hogares con un solo padre.
- Hogares donde la convivencia familiar es conflictiva.
- Padres poco vigilantes de las actividades de sus hijos fuera de la escuela.[41]

G. PORCENTAJE DE INCIDENCIA

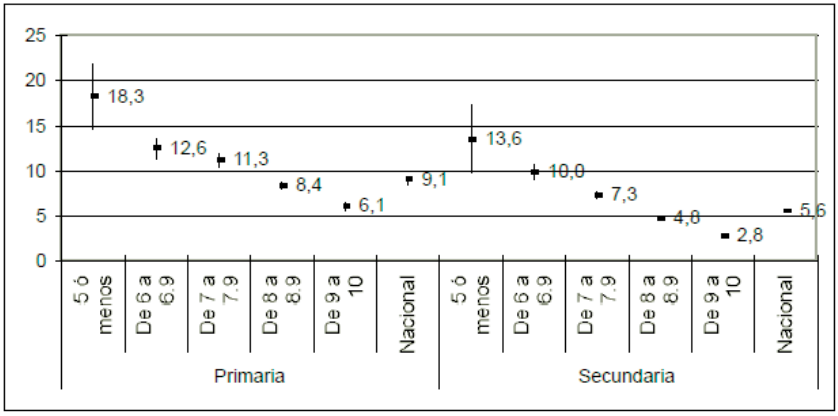
De acuerdo con Cobo y Tello, el 27% de los niños de escuela primaria y 10% de alumnos de secundaria, indican haber sido agredidos. Entre un 25% y 40% en edades que van desde primaria hasta secundaria, han sido agredidos al menos en una ocasión.[42]

---

[39] INSTITUTO NACIONAL PARA LA EVALUACIÓN DE LA EDUCACIÓN-FUNDACIÓN ESTE PAÍS, CONOCIMIENTO ÚTIL, Para entender la violencia en las Escuelas, percepciones de alumnos y maestros sobre violencia en las escuelas, p. 2.
[40] Ibíd., p. 3.
[41] Ibíd., p. 7.
[42] COBO Ocejo, Paloma y Romeo Tello Garrido, op. cit., p. 169.

A continuación presentamos algunas gráficas del estudio realizado por el Instituto Nacional para la Evaluación de la Educación (INEE)[43] "Disciplina, violencia y consumo de sustancias nocivas a la salud en escuelas primarias y secundarias de México", las cuales arrojan datos muy interesantes:[44]

GRÁFICA 1. ÍNDICE DE PARTICIPACIÓN EN ACTOS DE VIOLENCIA Y PROMEDIO DE CALIFICACIONES: PRIMARIA Y SECUNDARIA



Fuente: Base de datos del INEE 2005. Cuestionarios de contexto alumnos, primaria y secundaria.

TABLA 10. ÍNDICE DE PARTICIPACIÓN EN ACTOS DE VIOLENCIA Y TURNO: PRIMARIA Y SECUNDARIA

	Media estimada	Error estándar	Intervalo de confianza al 95%	
			Límite inferior	Límite superior
Primaria				
Matutino	8.5	.2	8.1	8.9
Vespertino	9.2	.4	8.3	10.0
Nacional	8.8	.2	8.4	9.1
Secundaria				
Matutino	5.5	.1	5.3	5.7
Vespertino	5.9	.2	5.4	6.4
Nacional	5.6	.1	5.4	5.8

Fuente: Base de datos del INEE 2005. Cuestionarios de contexto alumnos, primaria y secundaria.

[43] Organismo creado por Decreto Presidencial el 8 de agosto de 2002, que tiene como tarea ofrecer a las autoridades educativas y al sector privado herramientas idóneas para la evaluación de los sistemas educativos, en lo que se refiere a educación básica (preescolar, primaria y secundaria) y media superior.

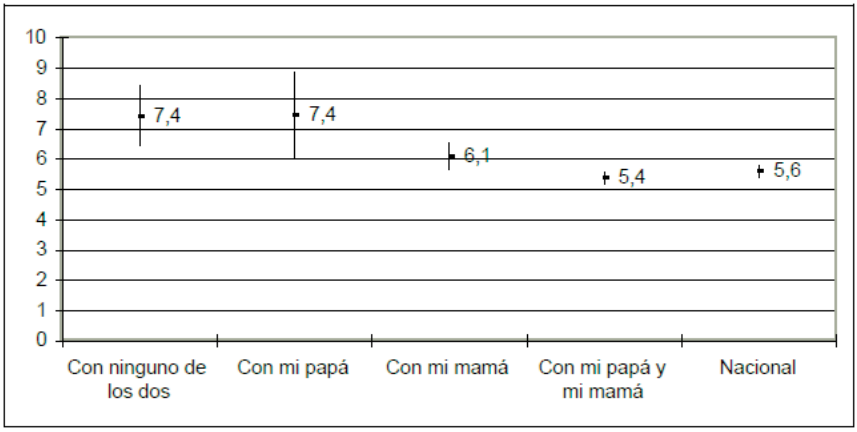
[44] INSTITUTO NACIONAL PARA LA EVALUACIÓN DE LA EDUCACIÓN, op. cit., pp. 39, 44, 46, 47, 48, 50, 58 y 59.

TABLA 11. ÍNDICE DE PARTICIPACIÓN EN ACTOS DE VIOLENCIA Y PERSONA CON QUIEN VIVE EL ALUMNO: PRIMARIA

	Media estimada	Error estándar	Intervalo de confianza al 95%	
			Límite inferior	Límite superior
Ambos padres	8.2	.2	7.9	8.6
Sólo la madre	10.1	.3	9.4	10.8
Ninguno de los dos	12.1	.9	10.4	13.9
Sólo el padre	14.3	1.1	12.0	16.6
Nacional	**8.8**	**.1**	**8.4**	**9.1**

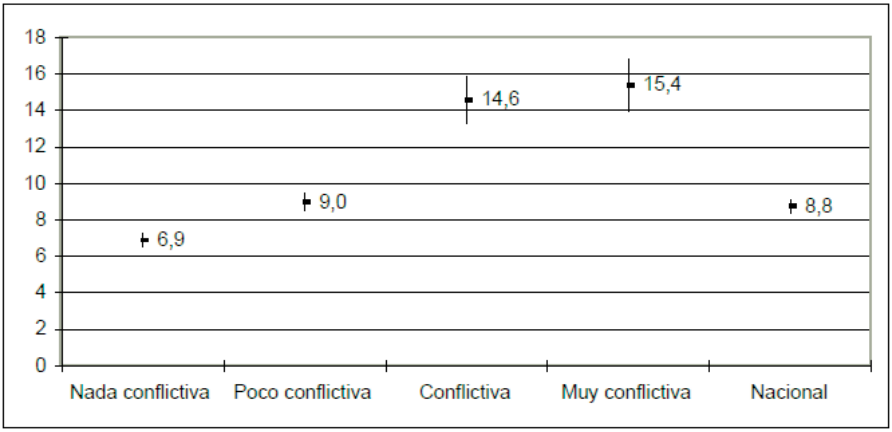
Fuente: Base de datos del INEE 2005. Cuestionarios de contexto alumnos, primaria.

GRÁFICA 8. ÍNDICE DE PARTICIPACIÓN EN ACTOS DE VIOLENCIA Y PERSONA CON QUIEN VIVE EL ALUMNO: SECUNDARIA



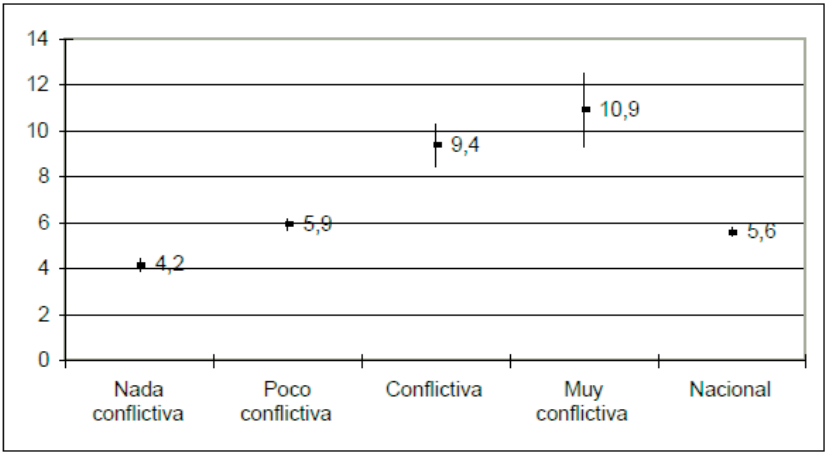
Fuente: Base de datos del INEE 2005. Cuestionarios de contexto alumnos, secundaria.

GRÁFICA 9. ÍNDICE DE PARTICIPACIÓN EN ACTOS DE VIOLENCIA Y NIVEL DE CONFLICTIVIDAD FAMILIAR: PRIMARIA



Fuente: Base de datos del INEE 2005. Cuestionarios de contexto alumnos, primaria.

GRÁFICA 11. ÍNDICE DE PARTICIPACIÓN EN ACTOS DE VIOLENCIA Y NIVEL DE CONFLICTIVIDAD FAMILIAR: SECUNDARIA



Fuente: Base de datos del INEE 2005. Cuestionarios de contexto alumnos, secundaria.

TABLA 14. PORCENTAJE DE ALUMNOS QUE HAN SIDO VÍCTIMAS DE VIOLENCIA ESCOLAR: PRIMARIA

¿En este año escolar...	Porcentaje estimado	Error estándar	Intervalo de confianza al 95%	
			Bajo	Alto
	%			
... te han robado algún objeto o dinero dentro de la escuela?	46.4	.6	45.2	47.6
...tus compañeros se burlan de ti constantemente?	24.2	.4	23.4	25.1
...te ha lastimado físicamente otro estudiante o grupo de estudiantes?	17.0	.4	16.3	17.8
¿Te da miedo ir a la escuela?	2.5	.1	2.2	2.7

Fuente: Base de datos del INEE 2005. Cuestionarios de contexto alumnos, primaria.

TABLA 15. PORCENTAJE DE ALUMNOS QUE HAN SIDO VÍCTIMAS DE VIOLENCIA ESCOLAR: SECUNDARIA

En este año escolar...	Porcentaje estimado	Error estándar	Intervalo de confianza 95%	
			Límite inferior	Límite superior
	%			
¿Te han robado un objeto o dinero dentro de la escuela?	43.6	.5	42.5	44.6
¿Te ha lastimado físicamente otro estudiante o grupo de estudiantes?	14.1	.2	13.6	14.5
¿Tus compañeros se burlan de ti constantemente?	13.6	.2	13.1	14.1
¿Has recibido amenazas de otro estudiante o grupo de estudiantes?	13.1	.3	12.5	13.6

Fuente: Base de datos del INEE 2005. Cuestionarios de contexto alumnos, secundaria.

Este estudio se realizó en el año 2007, presenta los resultados provenientes de dos vertientes: a) De los cuestionarios de contexto aplicados en 2005 a alumnos y docentes de primaria y secundaria, junto con los Exámenes de la Calidad y el Logro Educativos (Excale) en toda la República Mexicana, por lo que los resultados son generalizables a nivel nacional y para cada una de las modalidades educativas o estratos que constituyeron la muestra del estudio, estos cuestionarios incluyeron baterías relativamente pequeñas. b) Enfoque cualitativo, su muestra estuvo constituida por veinte escuelas secundarias de las modalidades públicas en que se ofrece este nivel educativo –secundarias generales, técnicas y telesecundarias. El objetivo principal del estudio fue describir estos distintos tipos de escuelas en varias dimensiones relativas a su organización, funcionamiento y las problemáticas que enfrentan. En este caso la información proviene fundamentalmente de entrevistas a alumnos, docentes y directivos de las secundarias estudiadas. El trabajo de campo correspondiente a este proyecto fue realizado en 2006.[45] Los resultados que proyectó este estudio, son:

• La magnitud de las manifestaciones violentas de los estudiantes es relativamente baja; sin embargo, existen algunos casos en los que la manifestación de violencia es alta y por tanto preocupante.

• Los alumnos agredidos al parecer también son quienes han participado en agresiones, si bien, hay más alumnos que declaran ser víctimas de violencia y no victimarios. El supuesto es que víctimas, testigos y agresores muchas veces cambian de roles, dependiendo de la dinámica que tengan los conflictos.

• Se identificaron un conjunto de aspectos asociados con las manifestaciones de violencia, entre los cuales destacan aspectos personales, de interacción del alumno con el centro escolar, de la familia y la escuela.

• Los hombres participan y son víctimas de violencia, en mayor medida que las mujeres.

• El tipo de agresiones difieren entre hombres y mujeres, lo cual no significa que sean exclusivas de uno u otro género. En los varones, son más frecuentes las agresiones físicas y verbales, en cambio, las mujeres utilizan, especialmente, otras formas de agresión verbal como la burla y algunas más sutiles, con un fuerte componente actitudinal (o de lenguaje no verbal), como la marginación.

• Los alumnos que presentan alguna condición personal desfavorable (dificultad para desplazarse, ver, oír, etc.) manifiestan ser objeto de mayor agresión por parte de sus compañeros, lo cual sugiere que los alumnos quienes no cuentan con esta condición son poco sensibles hacia este tipo de diferencias.

---

45 INSTITUTO NACIONAL PARA LA EVALUACIÓN DE LA EDUCACIÓN, Disciplina, violencia y consumo de sustancias nocivas a la salud en escuelas primarias y secundarias de México, México, 2007, p. 9.

• Los factores que determinan el bullying, son: rasgos personales, dinámicas y prácticas escolares que los influyen (bajo desempeño académico; extra edad; repetición o reprobación de grados escolares; y, cambio de escuela, tanto en primaria como en secundaria.

• Cuando estudiantes y profesores perciben que en su escuela hay exigencia académica y la disciplina es razonablemente estricta, las manifestaciones de violencia son menores; sin embargo, cuando los alumnos perciben que la disciplina es muy exigente hay un sensible aumento de conductas violentas, en virtud de que ellos son los más sancionados. También se encontró que cuando la disciplina es extremadamente rígida y se aplica discrecionalmente, produce efectos contraproducentes en los estudiantes y en el personal escolar, disminuyendo con ello la efectividad del sistema disciplinario y vulnerándolo.

• El uso de sanciones es la forma de controlar las conductas violentas. Destacan los reportes, se usan generalmente ante conductas de desacato, como medida de control de los estudiantes por parte de los profesores. Otro tipo de sanciones más severas son las suspensiones temporales y en los casos extremos la expulsión; éstas sí, cuando los problemas de comportamiento en los estudiantes son incontrolables por parte del personal escolar.

• Existe diferencia de opinión entre alumnos y docentes respecto a la magnitud de los problemas de convivencia; por un lado, los maestros tienden a minimizarlos, por otro, los alumnos perciben que no son atendidos cuando se enteran de ellos, particularmente si se trata de expresiones de agresión menos evidentes a los ojos de los adultos, como la burla.

• Los alumnos de escuelas indígenas en primaria y de escuelas privadas en secundaria son los que presentan los mayores índices de violencia. Por lo que se puede pensar que las diferencias culturales y socioeconómicas no son tan determinantes como otras variables.

• La composición y dinámica familiar aparecen también como elementos que influyen en la manifestación de conductas violentas de los estudiantes. Cuando los jóvenes viven en hogares monoparentales o en donde no están los padres, el nivel de violencia incrementa; lo mismo sucede cuando perciben que al interior de sus hogares la convivencia es conflictiva, y cuando los padres no están atentos a lo que hacen sus hijos fuera de la escuela.

• El consumo de drogas se relaciona con el bajo desempeño académico y altera las relaciones interpersonales en la escuela, lo cual confirma los resultados encontrados en otras investigaciones sobre el tema. El consumo de sustancias ilícitas es un fenómeno que se identificó en algunas de las escuelas estudiadas: en dos de las escuelas una proporción importante de estudiantes presentaban serios problemas de adicción. Adicionalmente, se observa que en el nivel de educación secundaria, cada vez son más las mujeres que consumen sustancias nocivas.

• La escuela no es ajena a los problemas sociales que viven sus estudiantes. Los problemas de violencia y adicción tienen origen en factores familiares y sociales que se expresan al interior de las escuelas.[46]

Ante esta problemática, el Instituto Nacional para la Evaluación de la Educación, presenta la solución en tres ejes:

1. La política de integración educativa: Se considera necesario mejorar los mecanismos implementados para favorecer una integración plena, socialmente incluyente y que estimule la convivencia solidaria entre quienes padecen alguna discapacidad y los que no.

2. La política de reprobación: Se considera necesario reflexionar en qué medida las condiciones en las cuales opera el sistema contribuye a que una cantidad importante de alumnos tenga extra edad, repruebe un ciclo escolar o se cambie de escuela, ya que diversos especialistas en educación se han manifestado, por la conveniencia de que el sistema educativo ofrezca a los estudiantes las oportunidades suficientes para ingresar y terminar la formación básica en los tiempos establecidos para ello.

3. La política de la formación para la convivencia: Existen evidencias de que la escuela influye positivamente para contrarrestar la indisciplina, violencia y consumo de sustancias nocivas. Esta cuestión se ha estudiado particularmente en el movimiento de escuelas eficaces, el cual que afirma que la escuela tiene posibilidades reales de hacer la diferencia en los resultados educativos de los estudiantes. Algunos resultados de este estudio, muestran la posibilidad de que la escuela haga la diferencia, especialmente porque hay menos manifestaciones violentas cuando existen sistemas de disciplina razonablemente exigentes.

En tal virtud, es deseable favorecer que las instituciones educativas cuenten con sistemas de disciplina consistentes, donde se apliquen sanciones de manera racional y proporcionada a los actos a los cuales se refieren, ajustada a las circunstancias e involucrando el punto de vista de los estudiantes; asimismo, es importante abrir la posibilidad de que los propios estudiantes intervengan activamente en dicho sistema, de tal manera que las situaciones que alteran el orden se enfrenten de manera reflexiva y directa, para con ello disminuir las manifestaciones de violencia y propiciar formas de convivencia más armónicas.

También necesario promover acciones orientadas desde el currículo y la estructura organizativa de las instituciones escolares, tales como la formación en valores, la práctica de hábitos democráticos, la promoción de relaciones interpersonales de colaboración y solidaridad, el respeto a la diversidad, etc.

[46]Ibíd, pp. 187-189.

Respecto al consumo de sustancias nocivas para la salud, es necesario que la escuela refuerce su papel de formadora de hábitos para la salud, en el sentido de ofrecer conocimientos y formar actitudes que permitan a los estudiantes actuar de manera responsable ante la disponibilidad de drogas que circulan en el medio en el que se desenvuelven.

Se debe buscar que los profesores no sólo se vean a sí mismos como transmisores de conocimiento, sino como agentes activos en la construcción del clima social de la escuela; lo que incluye hacer esfuerzos por no aislar o discriminar a los estudiantes con conductas disruptivas.[47]

H. LUGARES DONDE SE LLEVA A CABO

En el estudio realizado por la Secretaría de Educación Pública y la Procuraduría de Justicia del Distrito Federal, "Escuela sin violencia, Estudio exploratorio sobre maltrato e intimidación entre compañeros y compañeras", se indica que los encuestados de nivel secundaria, respondieron a la pregunta ¿en qué lugar te intimidan?: 40% en el baño; 19% en el salón sin la presencia del profesor; 17% en el recreo con el maestro presente; 9% camino a la escuela; 7% camino a casa; 4% en el recreo sin presencia del maestro; y 4% en el salón ante la presencia del profesor.[48]

Cobo y Tello señalan que los actos violentos que involucran el bullying, pueden ocurrir en los patios, durante el recreo y en los descansos; en los pasillos y sobre todo donde no hay adultos presentes.[49]

Se ha detectado que el bullying puede iniciarse a edades preescolar, y que va cambiando la forma en que se manifiesta, pero siempre con conductas que estuvieron presentes en el pasado. Sin embargo, la mayoría de los autores, coinciden en que es raro que se empiece a manifestar después de los 10 años, y que por otro lado, empieza a descender a los 16 años.[50]

Por lo que de acuerdo con estos resultados, se debe poner especial énfasis de vigilancia en los lugares y horarios en los que sucede.

---

[47] Ibíd., pp. 189-190.
[48] SECRETARÍA DE EDUCACIÓN PÚBLICA-PROCURADURÍA DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL, op. cit., p. 20.
[49] COBO Ocejo, Paloma y Romeo Tello Garrido, op. cit., p. 169.
[50] Ibíd., p. 168.

IV. TIPOS DE BULLYING

De acuerdo con este mismo estudio al bullying lo clasifican en: verbal, físico, psicológico, sexual y ciberbullying. De ellos, a nivel primaria presenta la siguiente distribución: verbal (39%); físico (32%); psicológico (13%); sexual (10%); ciberbullying (5%).[51]

Cobo y Tello indican que el bullying como una forma de abuso se puede presentar de diferentes formas, ya sea física, verbal o hasta de forma gesticular. Es una conducta que se manifiesta mediante: golpes, empujones, patadas, amenazas, extorsión, encierro de las víctimas (salones, baños, cubículos, etc.), diversas formas de exclusión, por ejemplo, mediante rumores que se difunden para dañar a otra persona, etc.[52]

Tipos de Bullying

- Físico
- Verbal
- Gesticular
- Cyberbullying

Desde el punto de vista de la víctima, el *bullying* puede ser directo o indirecto, es directo, cuando se trata de abuso físico y verbal; e indirecto, cuando se trata de exclusión, robos, chismes.[53]

A continuación daremos las definiciones que proporcionan de *bullying físico, verbal, gesticular y ciberbullying:*

*El **bullying físico** incluye toda acción corporal como golpes, empujones, patadas, formas de encierro, daño a pertenencias, etc. Además de que estas acciones constituyen la forma más habitual de bullying, es importante hacer notar que en los últimos años se han mezclado (con una frecuencia alarmante) con diversas formas de abuso sexual.*

Para estos autores el acoso físico es el más evidente, debido a que en su mayoría se dejan huellas corporales; y conforme van creciendo los jóvenes, las agresiones se vuelven más peligrosas, pues se llevan a cabo con mayor fuerza y con una intencionalidad más explícita.

---

[51] SECRETARÍA DE EDUCACIÓN PÚBLICA-PROCURADURÍA DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL, op. cit., p. 20.
[52] COBO Ocejo, Paloma y Romeo Tello Garrido, op. cit., p. 166.
[53] Ibíd., p. 168.

Indican que en nuestro país todavía no es tan fácil obtener armas de fuego, de lo cual difiero, pues sabemos que actualmente estamos padeciendo de un grave problema de inseguridad, en el que por supuesto ha incrementado, debido a la facilidad con el que se obtiene un arma de fuego y que también hay un gran contrabando de las mismas; sin embargo, sí reconocen que en ciudades como Monterrey, Guadalajara, Villahermosa, Tijuana, Culiacán y el D.F. y en pequeños poblados, cada vez personas compran armas para defenderse o estar preparadas ante la situación de inseguridad creciente en estas ciudades.

Consideran que esto representa un gran problema, pues cada vez más niños tienen acceso a pistolas o armas de fuego guardadas al interior de sus hogares, lo que abre la posibilidad de que en algún momento entren en contacto con ellas, lo que ha causado que en países como Estados Unidos de América, se hayan dado una serie de casos de *bullying* en los que estuvieron implicadas armas de fuego, por lo que existe un peligro latente de que el *bullying* se empiece a convertir en crímenes y situaciones delictivas, por ello, recomiendan que en México se ponga especial cuidado en la prevención.

*El **bullying verbal** incluye acciones no corporales, pero igualmente dañinas, como poner apodos, insultar, amenazar, generar rumores, expresar dichos raciales o sexistas con la finalidad de discriminar, difundir chismes, realizar acciones de exclusión, bromas insultantes y repetidas, etc. Para pensar en este tipo de bullying, es imprescindible tomar en cuenta que los niños son mucho más sensibles que los adultos ante estas cuestiones. Es necesario recordar que la opinión de los pares (en edades que van desde los 4 hasta los 14 o 15 años) es muy importante porque constituye una parte esencial entre los factores que ayudarán a formar la identidad y la personalidad.*

Se considera que este tipo de bullying es el más utilizado por las mujeres, sobre todo en la adolescencia. Algunos autores como Harris y Petrie, consideran este tipo es el más común de acoso.

*En relación al **bullying gesticular** advierten que estas agresiones son las más difíciles de detectar, ya que pueden consistir en una mirada, una señal obscena, una cara desagradable, un gesto, etc. Se trata de formas de agresión, amenaza o exclusión que por lo común se llevan a cabo a espaldas de cualquier persona que pueda advertir la situación y, en consecuencia, ayudan a quien expresa estos gestos y señas y a permanecer en el anonimato.*

*El **ciberbullying** se da a través de teléfonos celulares con llamadas y mensajes de texto, y por Internet, con correos, por medio del chat, o en páginas como "La jaula". Normalmente los mensajes (de cualquier tipo) incluyen amenazas, difamaciones, groserías y diferentes formas de comunicación agresiva y violenta.*

Advierten que estas herramientas tecnológicas dan la oportunidad de enviar mensajes desde el anonimato, sin que el emisor del mensaje se vea en la necesidad de dar la cara, de asumir la responsabilidad de sus palabras.

Para Cobo y Tello, el *bullying* en cualquiera de sus manifestaciones trae implícito un daño emocional y psicológico, a diferencia del estudio realizado por la SEP-PGJDF en donde incluyen a la violencia psicológica como otro de los tipos del *bullying*.[54] Al respecto considero que, en efecto el bullying siempre deriva en daño emocional y psicológico.

Otros autores, como Trixia Valle en su libro *"¡Ya no quiero ir a la escuela!"*, presenta la siguiente tipología:

• ***Bullying sexual:*** Puede ser esa forma aparentemente distraída con que se toca a una persona y negar inmediatamente la acción. Presionar a una persona a hacer algo que no quiere, como por ejemplo ver pornografía; insistir en dar un beso cuando no se quiere; cuando se manipula o se condiciona el afecto o la amistad y se pone a prueba al otro a través del chantaje. El extremo de esta práctica es el abuso sexual, al usar la fuerza para obligar al otro a tener relaciones contra su voluntad.

• ***Bullying de exclusión social:*** Tendencia a excluir al chico o chica que según el líder del grupito o de la banda es un "tonto", "un nerd", "un teto", etc. Se le ignora, se le aísla de forma deliberada, se le aplica la famosa "ley del hielo". Muchas veces la víctima tarda en entender la intención de tal exclusión y el conjunto se deleita al ejercer dicho rechazo.

• ***Bullying psicológico:*** Infundir el temor en la víctima es el eje de esta práctica. Se le acecha, persigue, se le obliga a hacer cosas que no quiere, como usar drogas o alcohol. Se le intimida para causar miedo. El niño o joven vive con angustia el encontrarse con el abusador en los pasillos, patios o a la salida de la escuela. El agresor, al ejercer su poder, puede hacerlo casi de forma tiránica, más aún si el conjunto del grupo le atribuye cualidades de héroe por su audacia, su fuerza, su simpatía o incluso su patanería.

• ***Bullying físico:*** Pasar al empujón, los jalones, a la pamba y finalmente a una golpiza colectiva en donde los cómplices alientan, observan complacidos o indiferentes y otros con celulares graban las riñas.

• ***Ciberbullying:*** Hoy la práctica de grabar las riñas en las escuelas y subirlas al YouTube se ha convertido en una constante, como si fuera algo gracioso. Es una forma más de ridiculizar y devaluar al otro. A esto de asocian los espacios como el de La jaula, un portal que permitía que alumnos y alumnas de las diferentes escuelas difundieran chismes, calumnias, groserías de cualquiera que no le ca-

[54]COBO Ocejo, Paloma y Romeo Tello Garrido, op. cit., pp. 58-63.

yera bien. Son espacios de denostación del otro, en donde el anonimato permite que los tonos de los insultos denigren la imagen de cualquiera. El abuso por internet tiene una expresión más alarmante, que es la de los acosadores adultos que se hacen pasar por jóvenes y que hábilmente a través de los foros (chat, Messenger, Hi Fi, etc.) consiguen seducir a sus víctimas con efectos graves en la salud física y mental de los jóvenes.

• ***Bullying entre hermanos:*** Es común que en las familias, la interacción entre hermanos responda al lugar que ocupa cada uno según el orden de nacidos. Sin darse cuenta a veces, muchos padres promueven la competencia, lo que hace que se exacerbe la rivalidad. Ante ello, entre hermanos se tiende a ridiculizar lo que uno tiene de virtud y los otros no. Se desacredita o miente sobre cosas o actos que hace uno de ellos, pero se es incapaz de asumir las propias responsabilidades. En el espacio familiar la agresión traducida en el pellizco, zape, cerillito o empujones va generando una lucha permanente por ganar la aprobación y atención de los padres. La devaluación y estigma del hermano victimizado se traslada después a otros ámbitos de la vida.[55]

Por otro lado, en un estudio realizado por la Dirección de Pedagogía de la Universidad de Guadalajara, denominado *"Violencia escolar: maltrato entre iguales en escuelas de la zona metropolitana de Guadalajara, Informe de Estudio,* se estableció la siguiente tipología:[56]

Cuadro 4. Tipos de maltrato	
A la propiedad	• Esconder cosas • Romper cosas • Robo de dinero o cosas
Físicos	• Lo golpeen • Empujones • Jalones
Psicológicos	• Lo obliguen a hacer cosas • Le pongan apodos • Lo ridiculicen • Hablen mal de él • Lo amenacen • Lo amenacen con armas
Exclusión	• Lo rechacen • Lo ignoren • Le impidan participar en alguna actividad • Lo hacen menos
Sexuales	• Le hagan caricias de carácter sexual • Le hagan caricias no deseadas
Verbales[6]	• Lo insulten

[55] MILENIO ON LINE, Los diferentes tipos de bullying, Expertos como la terapeuta Marie France Irigoyen identifican varios tipos de acoso moral entre niños y jóvenes, pero también entre adultos; una práctica que es mucho más cotidiana de lo que podríamos imaginar, 5 de Julio de 2009, México, citado el 4 de Septiembre de 2011, disponible en línea: http://impreso.milenio.com/node/8602845

[56] UNIVERSIDAD DE GUADALAJARA, Dirección de Psicopedagogía, "Violencia escolar: maltrato entre iguales en escuelas de la zona metropolitana de Guadalajara, Informe de Estudio, Colección Salud Materno-Infantil Serie de Procesos Educativos, Guadalajara, Jalisco, México, Octubre, 2008, p. 38.

Además de estos tipos de bullying, otros escritores han hecho otras clasificaciones, por lo que podemos advertir, que ante tan complejo problema en el que intervienen diversos factores, no se han puesto de acuerdo en sobre su definición y tipología, por lo que por el momento nos quedaremos con estas clasificaciones.

V. ASPECTOS LEGALES DEL BULLYING

Iniciaremos señalando que la niñez es la etapa más vulnerable del desarrollo humano, pues los niños dependen en su totalidad de las personas y del medio que les rodea, quienes les deben de asegurar tanto bienestar físico, como emocional, por lo que en materia de *bullying,* esta obligación recae en los padres, cuidadores, tutores, familiares e instituciones educativas a las que acudan.

En este orden de ideas, México se ha comprometido a través de diversos instrumentos internacionales a la protección de los derechos de los niños. El 21 septiembre de 1990, ratificó la Convención sobre los Derechos de los Niños, sin embargo, no fue sino hasta el 7 de abril del 2000, que nuestro país hizo las adecuaciones legales al artículo 4° Constitucional, que incorpora los derechos de las niñas y los niños, señalando como derechos básicos: la alimentación, la salud, la educación y el sano esparcimiento para su desarrollo integral. Para el 29 de mayo del mismo año, se publica en el D.O.F. la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, a través de la cual se reconocen los derechos contemplados en la Constitución y en la Convención sobre los Derechos de los Niños, pero a pesar de estos esfuerzos, sabemos que los hace falta mucho camino por recorrer para garantizar de manera efectiva, todos los derechos a la niñez mexicana.

Debemos resaltar, el hecho de que las políticas públicas a favor de la niñez, han contribuido a establecer directrices sociales coherentes para la infancia en los planos federal y estatal; a incorporar los derechos de la infancia como un elemento central a largo plazo; a asegurar la aplicación de la Ley de Protección para Niñas, Niños y Adolescentes; a incrementar la asignación de recursos públicos en beneficio de la infancia; y, a aumentar la igualdad en el acceso a los servicios sociales básicos en todas las áreas geográficas, estratos sociales y grupos étnicos.

En este sentido, la mayoría de los estados de la República cuentan con una ley que protege los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, entre los que contempla derechos: a la vida; a un ambiente familiar sano; a la identidad; a la salud; de prioridad; a la educación; a la libertad de expresión, participación, reunión y asociación; a la no discriminación; a vivir sin violencia; a ser protegidos contra toda forma de explotación; a ser protegido en su integridad, su libertad y contra el maltrato y el abuso sexual; al debido proceso en caso de infracción a la Ley Penal, y todos aquellos que contempla nuestra Carta Magna para todos los individuos.

Estos derechos también se encuentran establecidos a nivel federal, en la Ley para la Protección de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes, la cual además de estos derechos contempla el derecho a vivir en familia; al descanso y al juego; de la libertad de pensamiento y del derecho a una cultura propia; establece un capítulo de derechos para los niños y niñas con discapacidad, también incluye el interés superior de la infancia, como principio rector.

Sin embargo, considero que está haciendo falta la implementación de políticas públicas eficaces que hagan posible garantizar de manera efectiva los derechos que establece la Constitución Política y las leyes que de ella emanan. Para lograrlo, sería bueno destinar un mayor presupuesto para poder crear un programa nacional a favor de este sector de la población, el cual contemple diversas áreas de prevención, como: delincuencia juvenil, drogadicción, trata de personas, explotación laboral y sexual, así como actividades que fomenten los lazos familiares, el sentido de pertenencia, principios y valores, escuelas para padres, aprendizaje de oficios y espacios recreativos para los jóvenes, entre otros.

Adicionalmente, se debería legislar a favor del trabajo de las mujeres, debido a la función social que cumplimos como transmisoras de valores y principios, y en consecuencia, como pilares fundamentales de la sociedad, ya que en la actualidad nos encontramos en conflicto entre nuestro entorno laboral y el familiar, la mayoría trabajamos todo el día, lo que hace que los hijos se encuentren encargados, solos, o con poca vigilancia. En tal virtud, se deberían incluir medidas más flexibles, como: reducción de horarios para las mujeres que tengan hijos menores de edad; trabajo por horas; trabajo desde la casa; acumulación de vacaciones, para poder gozar incluso meses de vacaciones sin el riesgo de perder el empleo, solo por mencionar algunas para poder estar más al pendiente de los hijos, toda vez que la ausencia de las madres en casa es lo que ha venido gestando una descomposición social generalizada.

Estas medidas parecen como un sueño, pero las estadísticas muestran que en otros países la implementación de estas medidas han traído como resultado, mejor desempeño de las personas en sus trabajos, resultado benéfico a la economía de las empresas y al mundo, pero sobre todo que las personas se sientan más felices, creando así un círculo virtuoso.

Por otro lado, se necesita establecer políticas públicas que alienten a los hombres a compartir las responsabilidades y a participar en todos los aspectos relativos a la familia y las tareas del hogar, incluidos la crianza de los hijos y la obligación de alimentarlos, la conducta sexual y reproductiva, y las prácticas de planificación de la familia, para que tanto hombres como mujeres puedan desarrollar relaciones basadas en la igualdad y el respeto mutuo.

Se deben de crear escuelas para padres con la obligación de que todo el núcleo familiar tome cursos en ellas sobre valores, principios e información para

educar adecuadamente a sus hijos. Estas, podrían funcionar por las tardes, lo que les permitirá a las mujeres aligerar la carga de la educación de los hijos y también saber que mientras están trabajando, sus hijos están aprendiendo valores y principios. Dichas escuelas podrían utilizar a los mismos jóvenes que acudieran a ellas para ser capacitadores de más niños y adolescentes.

En el caso de las madres solteras, es importante que el gobierno establezca políticas públicas que las apoyen en todos los ámbitos, tal vez mediante un apoyo gubernamental, pero también garantizando que en todos los centros de trabajo cuenten con guarderías que tengan los mismos horarios que las madres trabajadoras, pues en lugares como la propia Cámara de Diputados el horario es hasta la 3 de la tarde, cuando muchas madres trabajamos hasta la noche.

En consecuencia, las políticas públicas a favor de las mujeres, niños, niñas y jóvenes deben ser integrales, además de generar las condiciones necesarias para que las mujeres violentadas puedan acudir ante el sistema de administración de la justicia y en tal virtud estén a salvo los niños, las niñas y los jóvenes. Es importante que se establezcan programas sociales que integren a los jóvenes a actividades productivas, en donde se les enseñe un arte u oficio o se les creen espacios deportivos y de diversas actividades.

Regresando al tema que nos ocupa, en nuestro país no contamos con una ley a nivel federal sobre bullying, por ello, en el mes de febrero de 2011, la bancada del Partido Nuevo Alianza en la Cámara de Diputados, urgió a aprobar una iniciativa que instrumente políticas públicas en materia educativa, que frenen este problema, que afecta a las dos terceras partes de primaria y secundaria.[57]

En actual legislatura de la Cámara de Diputados, únicamente han sido presentadas doce iniciativas en materia de bullying o violencia escolar, de las cuales, la única que ha sido discutida, analizada y turnada a la Cámara de Senadores, para continuar con el análisis y posterior aprobación es la del Dip. Jorge Kahwagi Macari, las demás o han sido desechadas o se encuentran en discusión en la Comisión a la que se turnaron. La iniciativa turnada a la Cámara de Senadores, plantea reformas a los artículos 14 y 30 de la Ley General de Educación, a fin de que en cada centro escolar establezca los lineamientos para implementar programas para diagnosticar, prevenir, controlar y erradicar la violencia en el ámbito escolar, obligando a las instituciones educativas a generar indicadores sobre su avance en la aplicación de programas para prevenir y eliminar cualquier forma de discriminación y de violencia, con la finalidad de que sean sujetas a evaluación sobre la materia, dichos indicadores serían de dominio público. Por lo que, debemos esperar a ver el resultado del análisis de estas iniciativas:[58]

---

[57] SDPnoticias.com, Demanda Nueva Alianza políticas públicas contra bullying, México, 26 de Febrero de 2011, citado el 19 de Septiembre de 2011, disponible en: http://sdpnoticias.com/nota/8349-Demanda_Nueva_Alianza_politicas_publicas_contra_bullying

[58] CÁMARA DE DIPUTADOS, Gaceta Parlamentaria, disponible en: http://gaceta.diputados.gob.mx/

1. Fecha: 2012-03-29
Que reforma y adiciona diversas disposiciones de la Ley General de Educación, en materia de bullying.
Presentada por el diputado David Hernández Vallín, PRI.
Turnada a la Comisión de Educación Pública y Servicios Educativos.
Dictaminada en sentido negativo el miércoles 25 de abril de 2012, se considera asunto totalmente concluido.
Gaceta Parlamentaria, número 3481-IV, jueves 29 de marzo de 2012. (3778)

2. Fecha: 2012-03-01
Que reforma el título quinto de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, en materia de bullying.
Presentada por la diputada Daniela Nadal Riquelme, PRI.
Turnada a la Comisión de Atención a Grupos Vulnerables.
Prórroga otorgada el miércoles 11 de abril de 2012, con base en el artículo 185 del Reglamento de la Cámara de Diputados.
Gaceta Parlamentaria, número 3462-IV, jueves 1 de marzo de 2012. (3607)

3. Fecha: 2012-02-28
Que reforma el artículo 42 de la Ley General de Educación, en materia de bullying.
Presentada por el diputado Ariel Gómez León, PRD.
Turnada a la Comisión de Educación Pública y Servicios Educativos.
Dictaminada en sentido negativo el miércoles 25 de abril de 2012, se considera asunto totalmente concluido.
Gaceta Parlamentaria, número 3457-IV, jueves 23 de febrero de 2012. (3588)

4. Fecha: 2012-02-28
Que reforma los artículos 7o. y 49 de la Ley General de Educación, con el fin de prevenir y erradicar la violencia escolar.
Presentada por la diputada Laura Arizmendi Campos, Movimiento Ciudadano.
Turnada a la Comisión de Educación Pública y Servicios Educativos.
Dictaminada en sentido negativo el miércoles 25 de abril de 2012, se considera asunto totalmente concluido.
Gaceta Parlamentaria, número 3460-V, martes 28 de febrero de 2012. (3601)

5. Fecha: 2011-09-14
Que reforma y adiciona diversas disposiciones de las Leyes General de Educación, Federal de Radio y Televisión, y General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, así como del Código Penal Federal.
Presentada por la diputada Augusta Valentina Díaz de Rivera Hernández, PAN.
Turnada a las Comisiones Unidas de Educación Pública y Servicios Educativos, de Radio, Televisión y Cinematografía, de Equidad y Género y de Justicia.
Gaceta Parlamentaria, número 3344-VI, jueves 8 de septiembre de 2011. (2738)

6. Fecha: 2011-04-29
Que reforma y adiciona diversas disposiciones de las Leyes Generales de Educación y de Salud, para combatir todas las formas de violencia en las escuelas de nivel básico.
Presentada por la diputada Leticia Quezada Contreras, PRD.
Turnada a las Comisiones Unidas de Educación Pública y Servicios Educativos y de Salud.
Prórroga por 45 días, otorgada el miércoles 20 de julio de 2011, con base en el artículo 183, numeral 2, del Reglamento de la Cámara de Diputados.
Gaceta Parlamentaria, número 3248-VII, martes 26 de abril de 2011. (2423)

7. Fecha: 2011-04-07
Que reforma y adiciona diversas disposiciones de las Leyes General de Educación; Orgánica de la Administración Pública Federal; de Premios, Estímulos y Recompensas Civiles; General de Cultura Física y Deporte; de Asistencia Social; Federal de Radio y Televisión; Federal para prevenir y eliminar la Discriminación; y del Instituto Mexicano de la Juventud, en materia de violencia y acoso escolar.
Presentada por la diputada Claudia Edith Anaya Mota, PRD.
Turnada a las Comisiones Unidas de Educación Pública y Servicios Educativos y de Gobernación, con opinión de las Comisiones de Salud, de Juventud y Deporte y de Radio, Televisión y Cinematografía.
Gaceta Parlamentaria, número 3230-VIII, martes 29 de marzo de 2011. (2236).

8. Fecha: 2011-04-07
Que expide la Ley que crea la Comisión Nacional para la Cultura de Paz y la no Violencia.
Presentada por el diputado Rafael Yerena Zambrano, PRI.
Turnada a la Comisión de Gobernación, con opinión de la Comisión de Presupuesto y Cuenta Pública.
Gaceta Parlamentaria, número 3235-IV, martes 5 de abril de 2011. (2241).

9. Fecha: 2011-03-23
Que reforma el artículo 7o. de la Ley General de Educación, para establecer en los planes de estudios la promoción de la no violencia dentro de los planteles escolares.
Presentada por el diputado Alfonso Primitivo Ríos Vázquez, PT.
Turnada a la Comisión de Educación Pública y Servicios Educativos.
Prórroga por 45 días, otorgada el miércoles 27 de abril de 2011, con base en el artículo 183, numeral 2, del Reglamento de la Cámara de Diputados.
Dictaminada en sentido negativo el miércoles 14 de septiembre de 2011, se considera asunto totalmente concluido.
Gaceta Parlamentaria, número 3206-A-IV, martes 22 de febrero de 2011. (2099).

10. Fecha: 2011-03-01
Que reforma el artículo 69 y adiciona el 73 Bis a la Ley General de Educación, para prevenir y evitar la violencia escolar (bullying).
Presentada por el diputado Jaime Arturo Vázquez Aguilar.
Turnada a la Comisión de Educación Pública y Servicios Educativos.
Prórroga por 45 días, otorgada el miércoles 27 de abril de 2011, con base en el artículo 183, numeral 2, del Reglamento de la Cámara de Diputados.
Dictaminada en sentido negativo el jueves 8 de septiembre de 2011, se considera asunto totalmente concluido.
Gaceta Parlamentaria, número 3206-A-I, martes 22 de febrero de 2011. (1921).

11. Fecha: 2011-03-03
Que reforma los artículos 14 y 30 de la Ley General de Educación.
Presentada por el diputado Jorge Antonio Kahwagi Macari, Nueva Alianza.
Turnada a la Comisión de Educación Pública y Servicios Educativos.
Returnada el jueves 3 de marzo de 2011, con base en el artículo sexto transitorio del Reglamento de la Cámara de Diputados.
Dictaminada y aprobada en la Cámara de Diputados con 383 votos en pro, el miércoles 27 de abril de 2011. Votación.
Turnada a la Cámara de Senadores.
Gaceta Parlamentaria, número 2947-II, jueves 11 de febrero de 2010. (525).

12. Fecha: 2010-11-09
Que reforma y adiciona diversas disposiciones de la Ley General de Educación, para prevenir el *bullying.*
Presentada por el diputado Jaime Arturo Vázquez Aguilar.
Turnada a la Comisión de Educación Pública y Servicios Educativos.
Returnada el jueves 24 de marzo de 2011, con base en el artículo sexto transitorio del Reglamento de la Cámara de Diputados.
Dictaminada en sentido negativo el miércoles 14 de septiembre de 2011, se considera asunto totalmente concluido.
Gaceta Parlamentaria, número 3134-II, martes 9 de noviembre de 2010. (1458)

Sin embargo, a pesar de que no contamos con una legislación federal, diversas entidades de la República han hecho ajustes en la legislación a fin de prevenir o regular el bullying: Aguascalientes, B.C.S., Distrito Federal, Jalisco, Puebla, Querétaro y Tamaulipas; y en otras más, las legislaturas locales se encuentran trabajando para expedir ordenamientos que buscan eliminar el bullying, ante la problemática que representa: B.C., Campeche, Coahuila, Colima, Chihuahua, Durango, Estado de México, Guanajuato, Hidalgo, Nayarit, Nuevo León, San Luis Potosí, Sonora, Tlaxcala y Veracruz.

En el Distrito Federal se realizaron modificaciones a la Ley de Salud, por lo que actualmente el Gobierno del Distrito Federal, tiene la obligación de ejecutar programas de atención al acoso escolar para las víctimas, agresores y testigos. El pleno de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, modificó únicamente los artículos 63 y 74 de esta ley, para reconocer el acoso escolar como una forma de violencia y un problema de salud entre menores de edad y en las escuelas, aunque en un principio junto con estos artículos, se proponía reformar también los artículos 5 y 17. En consecuencia, la reforma quedó aprobada en los siguientes términos:

> ***Artículo 63.-*** *El Gobierno, en coordinación con las autoridades competentes, fomentará y apoyará:*
>
> *I a II. …*
>
> *III.*
>
> *La creación de programas de atención médica a la salud mental, incluyendo, entre otros, programas especializados de apoyo psicológico para víctimas de violencia intrafamiliar y abuso infantil,* ***de prevención de los problemas de salud pública relacionados con la violencia e intimidación en el ámbito escolar que incorpore la atención correspondiente a la víctima, agresor y observadores, y***
>
> *IV. …*
>
> ***Artículo 74.-*** *Para procurar los objetivos de la promoción de la salud, especialmente en niños y jóvenes, el Gobierno impulsará, de conformidad a las disposiciones legales aplicables en materia educativa, la impartición de una asignatura específica en los planes y programas de estudio, que tenga como propósito la educación para la salud.*
>
> *La educación para la salud tiene por objeto:*
>
> *I a II. …*
>
> *II.*
>
> *Orientar y capacitar a la población preferentemente en materia de nutrición, prevención y combate de los problemas alimenticios, salud mental, salud bucal, educación sexual y reproductiva, planificación familiar, riesgos de automedicación, programas contra el tabaquismo y alcoholismo, prevención de farmacodependencia, salud ocupacional, salud visual, salud auditiva, uso adecuado de los servicios de salud, prevención de accidentes, prevención y rehabilitación de las discapacidades y detección oportuna de enfermedades,* ***prevención y atención de la problemática relacionada con la violencia e intimidación en el entorno escolar, entre otros.***[59]

[59] ASAMBLEA LEGISLATIVA DEL DISTRITO FEDERAL, Comisión de Salud y Asistencia Social, Dictamen de la Comisión de Salud y Asistencia Social del Proyecto de Decreto por el que se reforman los artículos 5, 17, 63 y 74 de la ley de salud del distrito federal, 26 de Enero de 2011, México, citado el 20 de Septiembre de 2011, disponible en línea: www.aldf.gob.mx/archivo-f28070c9a01d-04c2097518af655bd0e4.pdf, pp. 12-13.

Podemos observar que el tratamiento que se da al bullying es de un problema de salud pública, por lo que propone la creación de un Consejo para la prevención, diagnóstico y tratamiento del acoso escolar, integrado por diversas instancias de gobierno y representantes de la sociedad; la creación de comités de convivencia escolar en cada escuela y una línea telefónica de denuncia a la Secretaría de Educación local.

Además de estas reformas, el Gobierno del Distrito Federal, expidió el documento "Escuelas Aprendiendo a convivir: un proceso de intervención contra el maltrato e intimidación entre escolares –Bullying-, el cual en cinco capítulos busca guiar a las escuelas para una adecuada convivencia escolar, contiene temas como: la importancia de la educación; la escuela como parte de la sociedad; convivencia escolar y escuela como factor protector; educando para la Paz; Derechos de los niños, las niñas y las y los jóvenes; Derechos Humanos; las habilidades psicosociales (autoestima, reconocimiento y manejo de emociones, resolución creativa de conflictos, comunicación asertiva, empatía); manejo de límites en el aula; proceso de intervención; el taller "Escuelas aprendiendo a convivir"; atención individual y familiar; los grupos terapéuticos de niños y niñas; los grupos de apoyo para responsables de cuidado y crianza de niños, niñas y jóvenes; el cine-debate; capacitación a instituciones; el Seminario de Reflexión Permanente, entre otros.[60] Debemos mencionar que estos programas de intervención para erradicar el bullying, han resultado muy eficaces en otros países, esperemos que en las escuelas del Distrito Federal, se implemente a la brevedad y sirvan de ejemplo para resolver este problema en el resto de la República Mexicana.

Adicionalmente, el día 15 de Febrero de 2011 la Procuraduría de Justicia del Distrito Federal, notificó a los medios de comunicación la creación de la Unidad Especializada para la Atención de Estudiantes menores de 18 años, que sean víctimas de acoso escolar, delitos y agresiones, la cual estará adscrita a la Fiscalía Central de Investigación para la Atención de Niños, Niñas y Adolescentes[61], sin embargo, consideramos que al ser menores de edad y por lo tanto inimputables, no pueden ser sujetos a un proceso judicial, en virtud de que por poner un ejemplo, un menor de 8 años delinque y de acuerdo con su edad, lo envían al Tutelar de Menores, los cuales reciben a menores de 18 años, ese niño no va a recibir la atención adecuada que se debe, pues sabemos que los tutelares de menores, no reintegran a los jóvenes a la sociedad, por lo que se debe buscar una mejor solución en el que participe un equipo multidisciplinario, aunque la solución al problema no se ve a la vuelta de la esquina, pues para poder implementar políticas públicas

---

[60] GOBIERNO DEL DISTRITO FEDERAL, Escuelas Aprendiendo a convivir: un proceso de intervención contra el maltrato e intimidación entre escolares –Bullying-, citado el 20 de Septiembre de 2010, México, mayo 2010, disponible en línea: www.educacion.df.gob.mx/docs/escuelasaprendiendoaconvivir.pdf

[61] EL ECONOMISTA.MX, Crean fiscalía contra el bullying, Lizbeth Padilla, México, 15 de Febrero de 2011, citado el 19 de Septiembre de 2011, disponible en línea: http://eleconomista.com.mx/distrito-federal/2011/02/15/crean-fiscalia-contra-bullying

y reformas legales, se requiere de presupuesto y lo que menos ha importado a nuestros gobernantes, es lo que sucede en las cárceles y tutelares de menores, por ello, siguen pendientes discusiones como la disminución de la edad penal, programas efectivos de reinserción social, trabajo al interior de las cárceles para que sean productivas y no sean un costo para el Estado, etc.

Finalmente, queremos comentar que como la violencia va dirigida en un alto porcentaje hacia las niñas, éstas encuentran una relativa protección mediante la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, publicada el 1º de febrero de 2007, la cual contiene conceptos clave como los tipos de violencia, sus modalidades y crea mecanismos o instrumentos para combatirla, buscando garantizar a las niñas y mujeres mexicanas el derecho de vivir sin violencia y cumplir con los acuerdos internacionales asumidos en la materia. En este sentido, el artículo 6 presenta los tipos de violencia contra las Mujeres y niñas:

> *I. La violencia psicológica. Es cualquier acto u omisión que dañe la estabilidad psicológica, que puede consistir en: negligencia, abandono, descuido reiterado, celotipia, insultos, humillaciones, devaluación, marginación, indiferencia, infidelidad, comparaciones destructivas, rechazo, restricción a la autodeterminación y amenazas, las cuales conllevan a la víctima a la depresión, al aislamiento, a la devaluación de su autoestima e incluso al suicidio;*
>
> *II. La violencia física.- Es cualquier acto que inflige daño no accidental, usando la fuerza física o algún tipo de arma u objeto que pueda provocar o no lesiones ya sean internas, externas, o ambas;*
>
> *III. La violencia patrimonial.- Es cualquier acto u omisión que afecta la supervivencia de la víctima. Se manifiesta en: la transformación, sustracción, destrucción, retención o distracción de objetos, documentos personales, bienes y valores, derechos patrimoniales o recursos económicos destinados a satisfacer sus necesidades y puede abarcar los daños a los bienes comunes o propios de la víctima;*
>
> *IV. Violencia económica.- Es toda acción u omisión del Agresor que afecta la supervivencia económica de la víctima. Se manifiesta a través de limitaciones encaminadas a controlar el ingreso de sus percepciones económicas, así como la percepción de un salario menor por igual trabajo, dentro de un mismo centro laboral;*
>
> *V. La violencia sexual.- Es cualquier acto que degrada o daña el cuerpo y/o la sexualidad de la Víctima y que por tanto atenta contra su libertad, dignidad e integridad física. Es una expresión de abuso de poder que implica la supremacía masculina sobre la mujer, al denigrarla y concebirla como objeto, y*
>
> *VI. Cualesquiera otras formas análogas que lesionen o sean susceptibles de dañar la dignidad, integridad o libertad de las mujeres.*

En consecuencia, esperamos que el Congreso expida una ley en materia de bullying, que aplique a nivel federal y así se cubra el vacío legal existente.

Enseguida revisaremos las políticas públicas y medidas implementadas en otros países.

V. DERECHO COMPARADO

Es importante que revisemos qué han hecho otros países para solucionar este problema, pues como ya lo mencionamos, actualmente existe una violencia generalizada que no es exclusiva de las instituciones de educación pública, ni de un solo país.

A manera de introducción, revisaremos algunas políticas públicas y legislación implementada en países de América Latina y en Australia, para posteriormente entrar de lleno al análisis de lo que sucede en Estados Unidos y en España.

Iniciaremos señalando que países como Argentina, cuentan con un Programa de Ayuda entre Iguales, el modelo se acerca a de los grupos de autoayuda y son utilizados en las escuelas cuando hay violencia, cuando víctimas y victimarios son identificados institucionalmente como tales, los cuales requieren de tratamiento especial para sostener su convivencia diaria escolar.

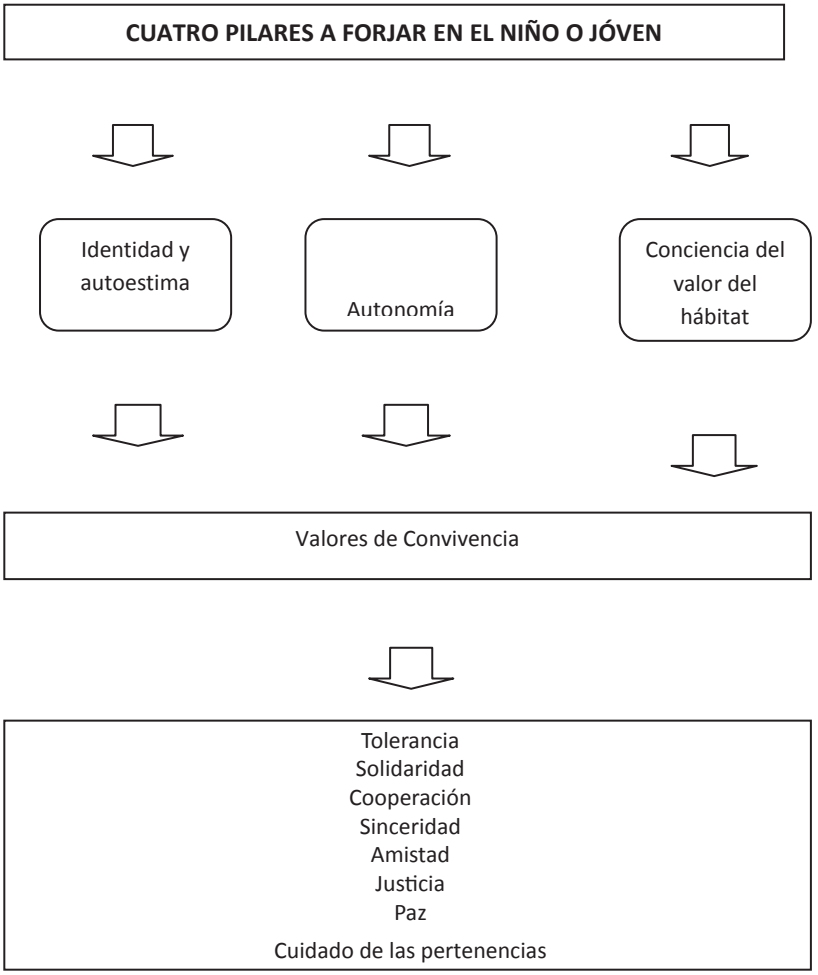
El programa respeta los ejes de la cultura escolar, sus valores y organización social, nunca están en contra de lo que el profesorado considera como los fines educativos y la política general de la institución. La escuela dispone un proyecto de trabajo y equipos técnicos entrenados para sostener la técnica y entrenar a los niños.

Advierten que estos programas de ayuda entre iguales facilitan: el desarrollo de la autoestima de los niños; la creación de un clima social en el que la solidaridad y el apoyo son un valor práctico; el desarrollo de la capacidad de tomar decisiones de forma autónoma y reflexiva; y el aprendizaje de técnicas para ayudar a otros y a uno mismo de forma eficaz.

La finalidad del programa es que niños y niñas con problemas, encuentren en la conversación y el apoyo con otros niños y niñas, un ámbito de reflexión optimizado para afrontar por ellos mismos sus problemas.

Las habilidades que se desarrollan con este modelo son: escuchar; resolver problemas; mediar conflictos, sin implicarse en ellos; y liderar grupos. No incluye el dar consejos o resolver conflictos o problemas de otros.

Los métodos de entrenamiento contemplan técnicas de escucha activa, confidencialidad, expresión y comprensión de sentimientos, modulación de emociones, resistencia a la frustración y actitudes reflexivas, entre otras habilidades empáticas. También se estimula la observación de la expresión no verbal, el lenguaje corporal, la fluidez o el bloqueo emocional de la comunicación, la emisión de mensajes y la recepción de los mismos.[62] Este modelo lo representan en el siguiente flujográma:[63]



[62] LEVA, Ana María y Marcela Fraire, op. cit., pp. 80-81.
[63] Ibíd., p. 93.

Respecto de la importancia de los valores, Ana María Leva y Marcela Fraire, advierten que ante la crisis de valores existente y su incidencia en la educación, es fundamental insistir en orientar actitudes coherentes a nuestros valores.[64]

Por otro lado, en **Chile** se aprobó la "Ley N° 20.536: Nueva normativa que regula la violencia escolar", publicada el 17 de septiembre de 2011, la cual tiene como finalidad definir y sancionar los hechos que pueden ser considerados como acoso escolar, ya sea dentro o fuera de un establecimiento educativo. Al mismo tiempo, establece multas en caso que una institución educativa no actúe de forma oportuna ante un hecho de violencia escolar.

Esta ley define como acoso escolar todo acto de agresión u hostigamiento reiterado, realizado por estudiantes que atenten en contra de otro estudiante, valiéndose de una situación de superioridad o de indefensión de la víctima, que le provoque maltrato, humillación o temor fundado de verse expuesta a un mal de carácter grave. Estos actos agresivos pueden ser cometidos por un solo estudiante o por un grupo, y puede ser tanto dentro como fuera del establecimiento educacional.

Para que una agresión sea calificada de acoso debe ser reiterada en el tiempo y el responsable debe encontrarse en una posición de superioridad física o psicológica que le impida al afectado defenderse, y por tanto constituya abuso. Es decir una agresión ocasional, o bien una pelea entre compañeros no se califica como acoso.

También la ley señala que la agresión puede ser por medios tecnológicos o cualquier otro medio, por tanto la ley incluye al hostigamiento realizado por medios virtuales, no necesariamente se tiene que dar al interior de las instituciones educativas.

Esta ley considera especialmente graves los hechos de violencia ya sea física o psicológica, que cometan adultos a alumnos miembros de la comunidad educativa.

De manera adicional, los establecimientos educativos deben contar con un Comité de Buena Convivencia Escolar u otra entidad de características similares; deben tener un reglamento interno que regule las relaciones entre el establecimiento y los distintos actores de la comunidad escolar, el cual en materia de convivencia escolar, debe incorporar políticas de prevención, medidas pedagógicas, protocolos de actuación y diversas conductas que constituyan falta a la buena convivencia escolar, graduándolas de acuerdo a su menor o mayor gravedad; debe establecer las medidas disciplinarias correspondientes a tales conductas,

[64] Ibíd., p. 85.

que podrán incluir desde una medida pedagógica hasta la cancelación de la matrícula. La aplicación de dichas medidas deberá garantizarse en todo momento el justo procedimiento, el cual deberá estar establecido en el reglamento.

La ley sanciona a las instituciones educativas cuando sus autoridades habiendo conocido de un hecho de acoso escolar no hayan adoptado las medidas, correctivas, pedagógicas o disciplinarias que correspondían, de acuerdo a su reglamento interno. Si realizada la denuncia se logra determinar que las autoridades no actuaron conforme a estos criterios, se inicia un procedimiento por parte del Ministerio de Educación, que puede concluir con una sanción contra el establecimiento, la sanción puede ser de hasta 50 UTM a beneficio fiscal.[65]

En **Perú,** se aprobó la "Ley No. 29719 Ley que promueve la convivencia sin violencia en las instituciones educativas", en ella se establece que: todas las escuelas deben contar con por lo menos un psicólogo; obliga a todas las partes involucradas en el problema (maestros, padres de familia, Ministerio de Educación, director de las instituciones educativas, entidades de los Estados, Instituto Nacional de Defensa de de la Competencia y de Protección Intelectual); exige a las escuelas que entreguen a inicios de año, un Boletín informativo que difunda las Normas y Principios de Sana Convivencia y Disciplina Escolar; también que se elimine toda forma de hostigamiento y acoso entre los estudiantes cometido por cualquier medio; por otro lado, el Ministro de Educación debe elaborar un Boletín y las sanciones por el incumplimiento.[66]

En **Australia**, han considerado al *bullying* como un factor de riesgo asociado con el comportamiento antisocial y criminal, y para ponerle fin cuentan con el Programa de Ciudadanía Responsable, el cual incluye un programa de justicia restaurativa, que busca dar a los estudiantes un espacio en el que puedan expresar sus ideas libremente, pero también les enseñan a construir relaciones sanas. El programa se basa en cinco principios, que le son presentados a los alumnos: Repara el daño causado (Principio 4: Reparación); Espera lo mejor de los otros (Principio 1: El cambio es posible); Conocimiento de los Sentimientos/Daño Causado (Principio 3: Conocimiento); Cuida de otros (Principio 5: Construye comunidades de cuidado); Sé responsable de tú comportamiento/Sentimientos (Principio 2: Responsabilidad por el hecho sin denigrarte). Todos los estudiantes de primaria deben participar en estos talleres, en grupos no mayores a 15 alumnos.[67]

---

[65] MINISTERIO DE EDUCACIÓN, Ley N° 20.536: Nueva normativa que regula la violencia, citado el 21 de Septiembre de 2011, Chile, disponible en línea: escolarhttp://www.600mineduc.cl/servicios/serv_noti_comp.php?id=328

[66] EDUCACIÓNENRED.COM, Ley No. 29719 Ley que promueve la convivencia sin violencia en las instituciones educativas, 25 de Junio de 2011, Perú, citado el 20 de Septiembre de 2011, disponible en línea: http://www.educacionenred.com/Noticia/?portada=7961

[67] MORRISON, Brenda, Australian Institute of Criminology, No. 219, Bullying and Victimisation in Schools: A Restaurative Justice Approach, Trends & Issues in crime and criminal justice, Austalia, p.4.

A. ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

En un reporte de bullying realizado por el Departamento de Educación de los Estados Unidos (2001), se concluyó que el 14 por ciento de jóvenes entre 12 a 18 años fueron víctimas de bullying los 6 meses anteriores. El 3 por ciento señaló ser víctima directa, contra el 7 por ciento que indicó ser víctima de acoso indirecto, o social, y el 5 por ciento señaló ser víctima de ambos tipos de bullying directo e indirecto.

Los alumnos que sufrieron bullying son generalmente estudiantes más jóvenes de ambos sexos y son más a menudo blancos que de raza negra. No se detectó relación directa entre quien sufre acoso y los ingresos domésticos, la urbanización o si se trata de escuelas públicas o privadas.

Los estudiantes acosados advirtieron que en sus escuelas hay poca supervisión de oficiales de policía o personal de seguridad de la escuela.

El cuatro por ciento de los jóvenes acosados, reconocieron portar un arma a la escuela para protegerse, en comparación con los estudiantes que no son acosados escolarmente (1 por ciento). El 15 por ciento de los alumnos que sufren de bullying han participado en peleas, contra el 4 por ciento de alumnos que no han sido acosados.[68]

El problema de violencia en este país adquirió una gran importancia a partir de 1994, con la promulgación de la Gun Free School Act (GFSA), por parte de Bill Clinton, que requería que cada Estado sancionara leyes para la expulsión de alumnos involucrados en problemas de armas o drogas, por un periodo no menor a un año. En este año, el problema había alcanzado dimensiones alarmantes y de esta forma pensaba solucionarse el problema. La expulsión era obligatoria por un año calendario, y el alumno debía:

- Ser escolarizado en su casa con profesores particulares siguiendo el programa oficial de estudios.
- Asistir a una escuela perteneciente a otra jurisdicción, o
- Permanecer en el sistema judicial para adolescentes.[69]

---

[68] U.S. DEPARTMENT OF EDUCATION, Student Reports of Bullying, Results From the 2001 School Crime Supplement to the National Crime Victimization Survey, U.S. Department of Education Statistical Analysis Report, Estados Unidos, citado el 15 de Agosto de 2011, disponible en línea: nces.ed.gov/pubs2005/2005310.pdf, p. 14.

[69] AMERICAN SCHOOL & UNIVERSITY, Security Solutions: Knowing Legislation, Estados Unidos de América, 1 de Junio de 2002, citado el 15 de Julio de 2011, disponible en línea: http://asumag.com/mag/university_knowing_legislation/

Esta ley fue la primera a nivel nacional para la identificación del problema.

En 1995, Parry Aftab una abogada especializada en delitos tecnológicos fundó la organización benéfica *WiredSafety*, así como un portal contra el cyberbullying. La primera ley contra el *ciberbullying* se dio en California (1999), le siguieron Estados como Florida, Texas, Missouri, sin embargo a nivel federal no existe una disposición legal que lo regule, aunque el acoso ha sido recientemente incorporado en la ley federal *Violence Against Women Act* (Acta contra la violencia hacia las mujeres).

En el año 2001, se dictó la ley *No Child Left Behind Act* (Ley para no dejar a ningún niño atrás), la cual define al acoso escolar como aquellas conductas relativas a la identidad de un alumno o a la percepción de esa identidad, concernientes a su raza, color, nacionalidad, sexo, minusvalía, orientación sexual, religión o cualesquiera otras características distintivas que fueren definidas por las autoridades regionales o municipales competentes, siempre que: a) Se dirijan contra uno o más alumnos; b) Entorpezcan significativamente las oportunidades educativas o la participación en programas educativos de dichos alumnos; c) Perjudiquen la disposición de un alumno a participar o aprovechar los programas o actividades educativas dentro del centro escolar al hacerle sentir un temor razonable a sufrir alguna agresión física. En esta ley, el Presidente Bush trabajó con republicanos y demócratas para aprobarla, la cual buscaba mejorar la vida de los niños y aumentar la competitividad estadounidense, por lo que en su Título I, se comprendía a los niños que tenían algún tipo de desventaja.[70]

A continuación, mencionamos algunas leyes que aplican en materia de *bullying* en los Estados Unidos de América:

• Title VI Civil Rights Act of 1964 (Título VI Declaración de Derechos Civiles de 1964), este título sostiene que "ninguna persona en los Estados Unidos debe, en base a raza, color o nacionalidad, ser excluida de participar, negársele los beneficios de o ser sujeto de discriminación en cualquier programa o actividad que reciba asistencia financiera federal", por lo que si algún niño, niña o joven es acosado en la escuela puede demandar bajo este Título VI.

• Title IX of Education Amendments of 1972 (Título IX de Enmiendas a la Educación de 1972), en este título se prohíbe la discriminación con base al sexo.

Los actos de violencia sexual es este país son muy comunes, las cifras muestran que los estudiantes sufren de actos de violencia sexual desde temprana edad y existe una alta probabilidad de que sufran un ataque sexual antes de gra-

[70] EDUCATION WEEK, No Child Left Behind, Estados Unidos de Nortamérica, 19 de Septiembre de 2011, citado el 17 de Julio de 2011, disponible en: http://www.edweek.org/ew/issues/no-child-left-behind/

duarse, por ejemplo, datos recientes muestran que cada año se denuncian cerca de 4,000 incidentes de agresión sexual y más de 800 violaciones e intentos de violación en las escuelas secundarias públicas. En efecto, antes de graduarse, más de una en diez muchachas de escuela secundaria son forzadas a tener relaciones sexuales dentro o fuera de la escuela.

Cuando llegan a la universidad, casi el 20% de las mujeres serán víctimas de un ataque sexual o un ataque sexual frustrado, al igual que cerca del 6% de los hombres universitarios.

Las víctimas de asalto sexual son más propensas a sufrir desajustes en sus estudios, depresión, trastorno de estrés postraumático, abuso del alcohol y drogas, y a veces el suicidio.

En este Título IX, como ya se indicó prohíbe la discriminación por razón de sexo en cualquier programa o actividad de educación financiado con fondos federales, cubren la violencia sexual y las escuelas tienen la responsabilidad de tomar medidas inmediatas y eficaces para responder a la violencia sexual de conformidad con los requisitos que señala el propio título. Esta violencia sexual, significa actos sexuales físicos cometidos contra la voluntad de una persona o cuando la persona es incapaz de dar su consentimiento, por ejemplo: estado de ebriedad. Este título impone a las escuelas la obligación de que:

- Una vez que la escuela conoce de una posible violencia sexual, tome medidas inmediatas y apropiadas para investigar o determinar lo que ocurrió.

- Si la violencia sexual ha ocurrido, la escuela debe tomar medidas rápidas y eficaces para ponerle fin, prevenir su repetición y atender sus efectos, sea o no la violencia sexual objeto de una investigación penal.

- La escuela debe tomar medidas para proteger al denunciante cuando sea necesario, incluidas las medidas cautelares adoptadas antes del resultado final de la investigación.

- La escuela debe proporcionar un procedimiento de quejas para que los estudiantes puedan presentar denuncias de discriminación sexual, incluidas denuncias de violencia sexual. En estos procedimientos ambas partes deben tener igual oportunidad de presentar testigos y otras pruebas, y los mismos derechos de apelación.

- Los procedimientos de queja de la escuela deben utilizar el criterio de preponderancia de evidencia para resolver las quejas de discriminación sexual.

- La escuela debe notificar a ambas partes del resultado de la denuncia.

El gobierno estadounidense ofrece asistencia técnica para ayudar a las escuelas con el cumplimiento voluntario de las leyes de derechos civiles y colabora con las escuelas para desarrollar modalidades para prevenir y luchar contra la discriminación. Para recibir ayuda técnica, la escuela debe comunicarse con la oficina de cumplimento de la OCR en su distrito.

Una queja de discriminación puede ser presentada por cualquier persona que considere que una escuela que recibe asistencia financiera federal ha discriminado a alguien por razón de raza, color, origen nacional, sexo, discapacidad, o edad. No es necesario que la persona u organización que presente la queja sea la víctima, y puede presentar una denuncia en nombre de otra persona o grupo. Para obtener información sobre cómo presentar una queja ante la OCR, cuentan con la página: http://www2.ed.gov/about/offices/list/ ocr/complaintintro.html[71].

• Section 504 of Rehabilitation Act of 1973 and Title II of Americans with Disabilities Act of 1990 (Sección 504 de la Declaración de Rehabilitación y Título II Declaración de Americanos con Discapacidades), prohíbe la discriminación por alguna discapacidad,[72] por lo que también es aplicable en materia de bullying, pues como ya se mencionó en ocasiones los estudiantes son acosados y violentados por sufrir alguna discapacidad física.

• Children's Online Privacy Protection Act of 1998 (Ley de Privacidad Infantil en Internet). Esta ley es muy novedosa y aplica para el ciberbullying, se trata de una ley federal que entró en vigor en Abril de 2000 y surge debido a que en algunos estudios realizados por la Comisión de Comercio Federal de este país y otros grupos, revelaron que los sitos comerciales estaban recaudando una importante cantidad de información personal de niños con fines comerciales. En 1998, el Congreso aprobó esta ley, la cual concede a los padres la potestad de ejercer el control sobre la información que pueden recolectar los sitios web sobre sus hijos, además de que:

• No se puede solicitar por Internet ninguna información o dato de carácter personal a menores de 13 años, sin el consentimiento de sus padres o representantes legales.

• Los padres o representantes legales tienen el derecho a conocer qué información les están solicitado a sus hijos y qué uso se da a la misma.

• Los padres tienen el derecho de acceso a la información obtenida de sus hijos, así como el derecho a decidir sobre su transferencia a terceros o sobre su cancelación.

---

[71] U.S. DEPARTMENT OF EDUCATION, Dear Colleague Letter, Estados Unidos de América, disponible en línea: http://www2.ed.gov/about/offices/list/ocr/letters/colleague-201010.html

[72] Ibíd.

• No se puede solicitar datos a menores de edad más información de la que sea razonablemente necesaria para el acceso a los sitios web y su participación en las actividades (juegos o concursos).

• Las autorizaciones que deban otorgar los padres o representantes de los menores, deben ser verificables.

• Los sitios web y los servicios on-line deben presentar sus políticas de privacidad bien establecidas, debiéndose indicar quién solicita los datos, el tipo de datos de carácter personal que se solicitan, el uso posterior que se le va a dar a dicha información.

• A través de esta ley por medio de los proveedores del servicio en Internet, se puede investigar a una persona cuando esté en peligro la seguridad del menor.[73]

La ley requiere que todo sitio comercial y de servicios de Internet dirigido a niños menores de 13 años debe:

• Anunciar claramente la política de privacidad con enlaces a la información proporcionada en la página principal del sitio y en cada área en donde el sitio recopile información personal infantil.

• Describir el tipo de información infantil que se recopila, por ejemplo: nombre, dirección, correo electrónico, pasatiempos y edad. Explicar cómo se recopila la información, si directamente del niño o niña o por medio de métodos menos identificables, como "cookies".

• Dar a conocer cómo el sitio utiliza la información, ya sea por medio de la mercadotecnia para niños, notificando a los partícipes de una competencia o si se comparte con una tercera entidad.

• Proveer a los padres un contacto de las personas que están recopilando este tipo de información, como la dirección, el número de teléfono y el correo electrónico.

• Obtener autorización de los padres antes de recopilar, utilizar o dar a conocer información personal de un niño.

• Proveer a los padres la habilidad de revisar, corregir y borrar información que ha sido recopilada sobre sus hijos a través de este tipo de servicios.

---

[73]CHILDREN'S ONLINE PRIVACY PROTECTION ACT OF 1998, Estados Unidos de América, citado el 18 de Julio de 2011, disponible en línea: http://www.ftc.gov/ogc/coppa1.htm

De manera adicional, en diversas páginas de internet se da consejos a los padres para que estén al pendiente del uso de computadoras por parte de sus hijos, los consejos giran en torno a:

• Aconsejar a sus niños que en los cuartos de "chat" no den información que pueda identificarlos como datos familiares, dirección, número telefónico o nombre de la escuela a la que asisten. Esta información no debe proveerse por medio de un correo electrónico a menos de que conozcan a la persona. Tampoco deben mandar fotos personales o de su familia sin el permiso de los padres. Lo mejor es que los niños utilicen nombres de pantalla o "screen names" diferentes a los que utilizan en su casa.

• Explicar a los niños que una contraseña jamás debe compartirse con alguien, ni siquiera con una persona que diga que trabaja para la compañía que provee el servicio de Internet.

• Advertir a los niños que no deben responder a mensajes que amenacen, humillen o que sugieran algo que los incomode e instruirles para que informen a sus padres sobre ello.

• Imponer reglas razonables para el uso de la Internet, incluyendo el tiempo límite. Estar al pendiente del uso de la Internet a altas horas de la noche, ya que puede ser una bandera roja de que existe un problema.

• Convertir el uso de la Internet en una actividad familiar. Ubicar la computadora en un cuarto familiar y no en la habitación del niño o niña.

• Procurar conocer a las amistades cibernéticas de los niños de la misma manera en que se hace con otras amistades. Jamás permitir una cita en persona entre el menor y un desconocido sin que alguno de los padres esté presente, por lo menos durante el primer encuentro.

• Explicarles que las personas no necesariamente son lo que aparentan ser en línea.

• También explicarles que no todo lo que lean en línea es verdad.

• Conocer los servicios de Internet que utilizan los niños y las maneras de canalizarlos a sitios de niños.[74]

---

[74] PRIVACY RIGHTS CLEARINGHOUSE, La privacidad y la seguridad infantil en Internet: Una guía útil para padres, Estados Unidos de América, citado el 15 de Julio de 2011, disponible en: https://www.privacyrights.org/spanish/pi21.htm

El gobierno indica que sí se tiene sospecha de que un sitio o servicio de Internet no está cumpliendo con esta ley, pueda levantar una queja ante la Federal Trade Commission (Comisión Federal de Comercio).[75]

Finalmente, debemos comentar que al mes de octubre de 2010, 45 estados de la Unión Americana, contaban con leyes sobre bullying.Nueva York es el Estado que más recientemente aprobó su legislación, pero hay otras que son muy antiguas, tales como la aprobada en New Jersey, que data del año 2002, aunque en el 2010 dictaron una "Declaración de Derechos anti-bullying", la cual prevé el entrenamiento del personal de la escuela pública acerca del bullying, intimidación, y acoso, así como en la prevención del suicidio.[76]

B. ESPAÑA

En España al contrario de otros países europeos, la percepción del problema de acoso escolar no se produce hasta el año 1999, cuando un joven cansado por el hostigamiento reiterado que recibía por parte de sus compañeros decidió quitarse la vida. A partir de esa fecha, el acoso escolar se empezó a tratar como un problema que no sólo afectaba a los menores, sino a la sociedad en su conjunto y se empezaron a plantear estrategias que pudieran erradicarlo.

El Defensor del Menor de la Comunidad de Madrid, define el acoso escolar como una acción reiterada a través de diferentes formas de acoso (físico o psicológico) u hostigamiento entre dos alumnos o entre un alumno y un grupo de compañeros en el que la víctima está en situación de inferioridad respecto al agresor o agresores.

La circular del Fiscal General del Estado (Instrucción 10/2005) delimita el acoso escolar como incidentes entre alumnos o estudiantes que se prolongan durante un período de tiempo, pudiendo consistir en actos violentos que lo integran: agresiones físicas, amenazas, vejaciones, coacciones, insultos o en el aislamiento deliberado de la víctima que degenera en una relación jerárquica de dominación- sumisión entre acosador/es y acosado. También se caracteriza por el deseo consciente de herir, amenazar o asustar por parte de un alumno frente a otro no sólo físicamente, sino también psicológicamente o emocionalmente que es menos visible para los profesores, pero que es extremadamente doloroso.[77]

---

[75] Ibíd.

[76] BULLYING STATISTICS, Bullying Laws, Estados Unidos de América, citado el 15 de Julio de 2011, disponible en: http://www.bullyingstatistics.org/content/bullying-laws.html

[77] LOSADA Alonso Nazario José María, et. al., Acoso Escolar: Desde la Sensibilización Social a una propuesta de Intervención. Reflexiones desde la legislación española, citado el 15 de Agosto de 2011, España, disponible en línea: letrasjuridicas.cuci.udg.mx/.../revista-numero-04-primavera-marzo-septiembre-de-2007?, p. 3.

En el libro "Acoso Escolar: Desde la Sensibilización Social a una propuesta de Intervención. Reflexiones desde la legislación española", el maltrato entre iguales puede manifestarse de diversas formas, ya que en ocasiones son un conjunto de las mismas. Este tipo de agresiones son las siguientes:

> *1) Intimidaciones verbales como son insultos, motes,*[78] *rumores, hablar mal de alguien.*
> *2) Intimidaciones psicológicas: Amenazas para provocar miedo, obtener algún objeto o dinero, u obligar a la víctima a hacer cosas contra su voluntad.*
> *3) Agresiones físicas ya sean directas (peleas, palizas, agresiones menores) o indirectas (destrozo de materiales personales, pequeños robos).*
> *4) Aislamiento social, bien sea impidiendo al menor a participar en determinadas actividades o ignorando su presencia. También se dan casos de acoso de tipo racista que se suelen centrar en minorías étnicas o culturales (palabras peyorativas, estereotipadas) o acoso sexual que hacen que la víctima se sienta incómoda o humillada.*
> *5) Aquel en el que se utilizan nuevas tecnologías.*[79]

Por otro lado, el documento "Adolescencia y Violencia: ¿Crisis o Patología? Con el puño cerrado no se puede intercambiar un apretón de manos", indica que los delitos cometidos por menores en este país, se han incrementado enormemente, que en la década de los noventas se incrementaron en un 34%, pero que en los últimos años, ha llegado a aumentar en un 366%. Las cifras reales advierten que de 4,500 delitos contabilizados al principio de los noventas, se pasó a 6,020 en el inicio del nuevo siglo y la cifra recogida en la actualidad es de 22,039, de acuerdo con datos del Ministerio del Interior.

El 20% de los abusos sexuales, son cometidos por menores de 18 años, según datos que maneja Javier Urra, exdefensor del menor y psicólogo de la fiscalía de menores. En cinco años los homicidios cometidos por menores subieron de 8 a 38, y cerca de mil menores acabaron el año pasado en un centro tutelado, y de estos se fugaron más de cien. Las sentencias condenatorias subieron a un 46%.

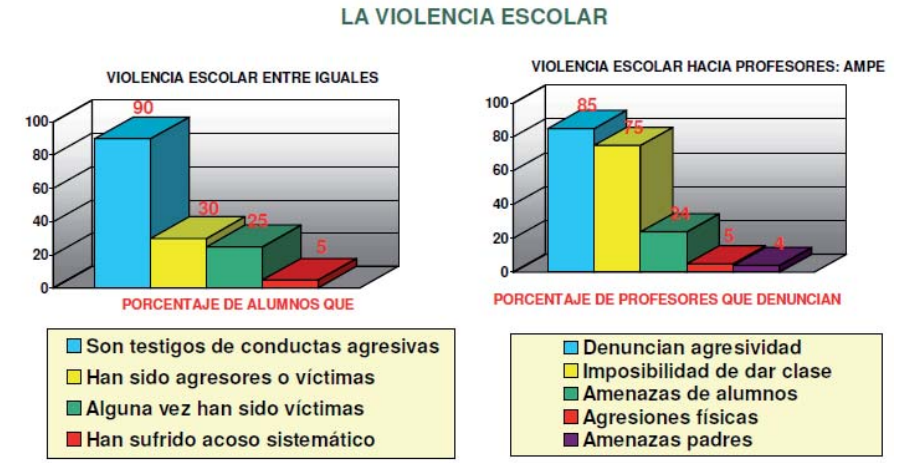
En las escuelas la violencia está de moda y las cifras son alarmantes: casi un 6% de los alumnos españoles han sufrido Bullying, que convierte a algunos alumnos en víctimas de sus propios compañeros:

- El 90% son testigos de una conducta de este tipo en su entorno.
- El 30% han participado en alguna ocasión ya sea como víctima o como agresor.
- Entre el 25 y el 30% de los estudiantes de primer ciclo de ESO (educación secundaria) afirma haber sido víctima alguna vez de agresiones.

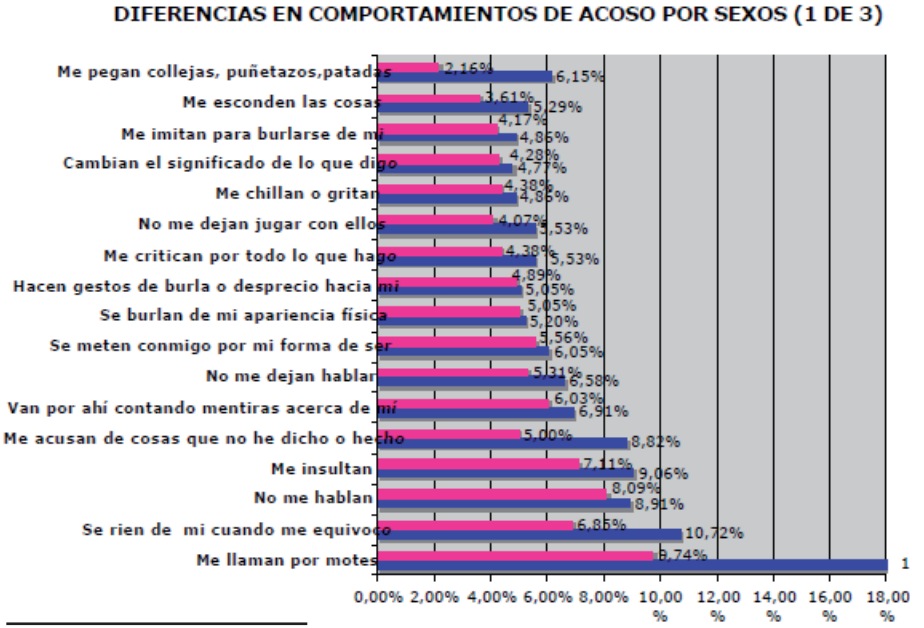
---

[78] Es lo que conocemos como apodos.
[79] Ibíd., p. 7.

• El 5.6% es actor o paciente de una intimidación sistemática que es lo que define el fenómeno de acoso escolar o bullying:[80]



En la siguiente gráfica, podemos apreciar el tipo de violencia que se ejerce en las escuelas españolas y diferenciarlas por género:[81]



[80] CLÍNICA DE PSICOLOGÍA ISABEL MENÉNDEZ BENAVENTE, "Adolescencia y Violencia: ¿Crisis O Patología? Con el puño cerrado no se puede intercambiar un apretón de manos", citado el 22 de Septiembre de 2011, España, disponible en línea: www.acosomoral.org/pdf/adolescencia_y_violencia.PDF, pp.1-2.

Actualmente, el número de denuncias por acoso escolar va en aumento; la mayoría de los casos se producen entre menores en edades comprendidas entre los 12 y 14 años, estos casos no transcienden más allá de las meras denuncias, debido a que hasta los 14 años la Ley Orgánica de la Responsabilidad de los Menores (LO 5/2000) no considera que estos actos sean punibles o constitutivos de delito.[82] Legalmente aplica la Ley Orgánica 8/2006 de 4 de diciembre, por la que se modifica mediante la Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores; esta ley aplica para exigir la responsabilidad de las personas mayores de catorce años y menores de dieciocho por la comisión de hechos tipificados como delitos o faltas en el Código Penal o las leyes penales especiales, quienes gozarán de todos los derechos reconocidos en la Constitución y en el ordenamiento jurídico, particularmente en la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor, así como en la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 y en todas aquellas normas sobre protección de menores contenidas en los Tratados válidamente celebrados por España.

Esta ley determina que los menores serán responsables cuando hayan cometido algún delito y no concurra en ellos ninguna de las causas de exención o extinción de la responsabilidad criminal prevista en el Código Penal vigente y prevé medidas terapéuticas para su tratamiento. Adicionalmente, regula la competencia de los Jueces de Menores; los derechos de las víctimas y de los perjudicados; las bases de la responsabilidad de los menores; la definición de las medidas susceptibles de ser impuestas a los menores y reglas generales de determinación de las mismas; el régimen general de aplicación y la duración de las medidas; la pluralidad de infracciones; la modificación de la medida impuesta; la mayoría de edad del condenado; la prescripción; la instrucción del procedimiento; las medidas cautelares; las fases del procedimiento; los aspectos relativos a la sentencia; la ejecución de medidas; las medidas de privación de la libertad, entre otras.[83]

Respecto del tema que nos ocupa, establece que si un menor es condenado por bullying, el juez puede imponer medidas a un menor infractor como el alejamiento de la víctima, los familiares de esta u otras personas, también contempla la prohibición de comunicarse o molestar a la víctima.

Las novedades en la Ley de Responsabilidad Penal del Menor atribuyen la responsabilidad civil derivada de un delito, además al propio menor que lo realiza, a sus padres, tutores y guardadores, según los casos: ahí pueden encontrarse los

---

[81] OÑATE Cantero, Araceli y Iñaki Piñuel y Zabala, Informe Cisneros VII "Violencia y Acoso Escolar" En alumnos de Primaria, ESO y Bachiller, Informe Preliminar, Instituto de Innovación Educativa y Desarrollo Directivo, citado el 22 de Septiembre de 2011, España, Septiembre de 2005, disponible en: www.internenes.com/acoso/docs/ICAM.pdf

[82] LOSADA Alonso Nazario José María, op. cit., p. 5.

[83] NOTICIAS JURIDICAS.COM, Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, España, citado el 22 de Septiembre de 2011, disponible en línea: http://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/lo5-2000.html

centros educativos, los profesores y las administraciones educativas. Esto quiere decir que los padres de una víctima podrían iniciar un juicio contra la institución educativa.

En relación al ciberbullying, la Organización No Gubernamental "Protégeles" junto con el Defensor del Menor crearon una línea de ayuda contra el bullying, en la cual psicólogos y expertos en seguridad infantil prestan ayuda a menores que sufren esta situación.[84] Hoy en día, existen diversas asociaciones sin ánimo de lucro que luchan contra el ciberacoso y asesoran a las víctimas, realizan campañas de concienciación ciudadana e incluso realizan denuncias a la policía.

El *ciberbullying* no está tipificado como delito en el Código Penal de España; sin embargo, esto no ha sido impedimento para que los ilícitos cometidos no hayan sido castigados, pues al realizarse el *ciberbullying* se cae en otras conductas que sí se encuentran tipificadas, tal es el caso de delitos contra la intimidad; amenazas; alteración, destrucción o los daños en datos, programas o documentos electrónicos ajenos; pornografía infantil y delitos contra el honor.

Finalmente, debemos comentar que en este país han regulado el acoso laboral, que aunque no es materia de nuestro presente estudio, en el Código Penal de España, está tipificado dentro de los delitos de torturas y contra la integridad moral, a lo que establece: "1. El que infligiera a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años. Con la misma pena serán castigados los que, en el ámbito de cualquier relación laboral o funcionarial y prevaliéndose de su relación de superioridad, realicen contra otro de forma reiterada actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, supongan grave acoso contra la víctima".[85]

---

[84] PROTEGELES.COM, Historia y Objetivos, citado el 15 de Agosto de 2011, España, disponible en línea: http://www.protegeles.com/es_que_es1.asp

[85] NOTICIAS JURÍDICAS, Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, España, citado el 15 de Agosto de 2011, disponible en línea: http://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/lo10-1995.html

COMENTARIOS FINALES

Podemos señalar que el comportamiento humano ha sufrido una transformación con el paso del tiempo, dando como resultado conductas cada vez más violentas y los maestros son testigos del cambio de este comportamiento y de la descomposición generalizada de la sociedad reflejada en las aulas.

A lo largo del trabajo, pudimos observar que de acuerdo con los estudios realizados, el fenómeno del bullying no diferencia de razas, zonas urbanas o rurales, escuelas privadas o públicas, niños, niñas o jóvenes, por lo que debe ser responsabilidad de toda la comunidad educativa abordar este problema en su justa medida.

Por ello, considero que la mayoría de los estudios se enfocan en su definición, clasificación, modus operandi, secuelas psicológicas de la víctima, personalidad del victimario, etc.; sin embargo, creo se debe trabajar más en la manera de resolverlo, pues como pudimos observar hay países que llevan años trabajando en ello y han sabido implementar políticas públicas efectivas para controlarlo, como es el caso de Estados Unidos de América y España.

Como ya se dijo, en nuestro país la solución no se ve a la vuelta de la esquina, pues para poder implementar políticas públicas y reformas legales, se requiere de presupuesto, sin embargo, lo que menos ha importado a nuestros gobernantes es lo que sucede en las cárceles y tutelares de menores, por ello, siguen pendientes discusiones como la disminución de la edad penal y programas efectivos que reinserten a los delincuentes a la sociedad y sean productivos, que esperamos pronto se resuelvan tantos pendientes en materia de readaptación social, pues nuestro gobierno tiene desde hace décadas este pendiente que urge resolver ante el grave problema de inseguridad que tiene México.

Finalmente, quiero recalcar que el bullying lacera la autoestima y la confianza del alumno que la padece, que puede generar estados depresivos o de permanente ansiedad, o llegar al extremo del suicidio, como ya ha pasado en muchos países del mundo.

BIBLIOGRAFÍA

AGUILERA García, María Antonieta, Gustavo Muñoz Abundez y Adriana Orozco Martínez, Disciplina, violencia y consumo de sustancias nocivas a la salud en escuelas primarias y secundarias de México, Edit. Instituto Nacional para la Evaluación de la Educación, México, 2007, p. 204.

BRITES DE VILA, Gladys y Marina Müller, Prevenir la violencia, Convivir en la diversidad, Editorial Bonum, 4ª. ed., Argentina, 2005, p. 126.

COBO Ocejo, Paloma y Romeo Tello Garrido, Bullying en México, conductas violentas en niños y adolescentes, Edit. Quarzo, México, 2008, p. 227.

COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DEL DISTRITO FEDERAL, Violencia intrafamiliar y maltrato infantil, México, 2007, p. 63.

COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DEL DISTRITO FEDERAL-INSTITUTO NACIONAL DE PSIQUIATRÍA, Sugerencias para la detección de violencia contra niñas, niños y adolescentes en el Distrito Federal y para la toma de decisiones, México, 2008, p. 58.

DE LAJONQUIÉRE, Leandro, Daniela Gutiérrez, Carina Kaplan, Alejandro Spiegel, Maximiliano Durán, Sebastián Januszevsky, Laura Pipito, Ana Villanueva, Ana Ambramowski, Claudia L. Saucedo Ramos, María Ferroni, Elida Penecino, Ángela Sánchez, Mirta Sánchez, Sandra Nicastro y Mercedes Minnicelli, Violencia, medios y miedos, peligro, niños en la escuela, Los sentidos de las violencias, Ediciones Novedades Educativas, Buenos Aires, Argentina, 2005, p. 122.

DÍEZ Ripollés, José Luis, Los delitos contra la seguridad de menores e incapaces, Edit. Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 1999, p. 187.

FRIEDLANDER, Kate, Psicoanálisis de la Delincuencia Juvenil, Editorial Paidos, 2ª. ed., Buenos Aires, 1956, p. 301.

GARRIDO Genovés, Vicente y Luis Montoro González,, La reeducación del delincuente juvenil, Los programas de éxito, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 1992, p. 294.

GOBIERNO DEL DISTRITO FEDERAL, Secretaría de Educación Pública del Distrito Federal, Escuelas aprendiendo a convivir: Un proceso de intervención contra el maltrato e intimidación entre escolares –bullying-, México, Mayo 2010, p. 155.

INSTITUTO NACIONAL PARA LA EVALUACIÓN DE LA EDUCACIÓN, Disciplina, violencia y consumo de sustancias nocivas a la salud en escuelas primarias y secundarias de México, México, 2007, p. 204.

INSTITUTO NACIONAL PARA LA EVALUACIÓN DE LA EDUCACIÓN-FUNDACIÓN ESTE PAÍS, CONOCIMIENTO ÚTIL, Para entender la violencia en las Escuelas, percepciones de alumnos y maestros sobre violencia en las escuelas, p. 8.

INSTITUTO NACIONAL DE LAS MUJERES MÉXICO, ¿Cómo educamos a nuestros/as hijos/as? Encuesta de Maltrato Infantil y Factores Asociados 2006, México, 2006, p. 165.

LEVA, Ana María y Marcela Fraire, Violencia en la Escuela, Prevención para crecer en valores, Landeira Ediciones, S.A., Argentina, p.348.

MORRISON, Brenda, Australian Institute of Criminology, No. 219, Bullying and Victimisation in Schools: A Restaurative Justice Approach, Trends & Issues in crime and criminal justice, Austalia, p. 6.

PATFOORT, Pat, Erradicar la violencia, construyendo la no violencia, Grupo Editorial Lumen, Buenos Aires, 2004, p. 175.

RINCÓN, María Guadalupe, Bullying, Acoso escolar, Edit. Trillas, México, 2011, p. 198.

RUÍZ Garza, Mauricio G., Menores infractores, Una pedagogía especializada, Ediciones Castillo, Monterrey, N.L., México, 1998, p. 326.

SECRETARÍA DE EDUCACIÓN PÚBLICA-SNTE-SSP, Guía básica de prevención de la violencia en el ámbito escolar, México, p. 96.

UNIVERSIDAD DE GUADALAJARA, Dirección de Psicopedagogía, "Violencia escolar: maltrato entre iguales en escuelas de la zona metropolitana de Guadalajara, Informe de Estudio, Colección Salud Materno-Infantil Serie de Procesos Educativos, Guadalajara, Jalisco, México, Octubre, 2008, p. 209.

WITEMBERG, Sally y Ana Castanedo, ¿Por qué me tratas así?, Como combatir, solucionar y aliviar el maltrato infantil, Grupo Editorial Norma, México, 2007, p. 208.

HEMEROGRAFÍA

ASOCIACIÓN MEXICANA DE DERECHO A LA INFORMACIÓN (AMEDI), ¿Entretenimiento infantil? Presencia de la violencia en la programación de caricaturas, En Zócalo, Comunicación Política Sociedad, Núm. 7, Vol. 88, Junio de 2007, México, pp. 18-21.

CÁMARA DE DIPUTADOS, Gaceta Parlamentaria, disponible en: http://gaceta.diputados.gob.mx/

CLÍNICA DE PSICOLOGÍA ISABEL MENÉNDEZ BENAVENTE, "Adolescencia y Violencia: ¿Crisis O Patología? Con el puño cerrado no se puede intercambiar un apretón de manos", citado el 22 de Septiembre de 2011, España, disponible en línea: www.acosomoral.org/pdf/adolescencia_y_violencia.PDF, pp.1-2.

DIDRIKSSON, Axel, Un país que se diluye, En Proceso, Núm. 33, Vol. 1738, Febrero de 2010, México, p. 53.

DIRECCIÓN GENERAL DE EDUCACIÓN POR LOS DERECHOS HUMANOS, Juventud por la Paz, una apuesta por la Educación, En DFensor: órgano oficial de difusión de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, Núm. 8, Vol. 5, Mayo de 2010, México, pp. 52-54.

FUNDACIÓN RAFAEL PRECIADO HERNÁNDEZ, A.C., Papeles para la reflexión, La educación como herramienta de política pública para combatir la violencia, Año III, número 101 Noviembre de 2010, México, p. 5.

GARCÍA Tinoco, Miguel, Atacarán bullying desde la primaria, En Excélsior, 25 de Abril de 2010, Sección Nacional, p. 20.

GÓMEZ DEL CAMPO, Mariana, Bullying y acoso escolar, En Crónica, 14 de Septiembre de 2010, México, p.17.

MILENIO ON LINE, Los diferentes tipos de bullying, Expertos como la terapeuta Marie France Irigoyen identifican varios tipos de acoso moral entre niños y jóvenes, pero también entre adultos; una práctica que es mucho más cotidiana de lo que podríamos imaginar, 5 de Julio de 2009, México, citado el 4 de Septiembre de 2011, disponible en línea: http://impreso.milenio.com/node/8602845

NAVA Saucedo, Diana Carolina y María Guadalupe López Álvarez, Educación y discriminación de género. El sexismo en la escuela primaria. Un estudio de caso en Ciudad Juárez, En El Cotidiano, Núm. 25, Vol. 164, Nov.-Dic. de 2010, México, pp. 47-52.

SANTIBAÑEZ Alejandre, Narce, Bullying y pobreza provocan deserción escolar en secundaria, UNICEF Y SERAJ promueven campaña para evitarla, En CN CIMACNOTICIAS, México, 14 de Abril de 2009, pp. 1-2.

SPDnoticias.com, Demanda Nueva Alianza políticas públicas contra bullying, En Notimex, 26 de Febrero de 2011, México.

VICENT Galtung, Johan y J. Eduardo Rodríguez, Acoso Escolar, Bullying, diagnóstico, análisis y tratamiento, En Revista AZ, Noruega-México, Sección Mundos, Septiembre 2009, México, pp. 30-31.

VIVAS, María Luisa, "Sexting" o la adolescencia peligrosa, En Proceso, Núm. 34, Vol. 1808, México, pp. 36-41.

ZEBADÚA, Emilio, Las consecuencias del bullying, En Crónica, Sección Opinión, Observador Global, 21 de Marzo de 2011, México, p. 1.

EN LA WEB

AMERICAN SCHOOL & UNIVERSITY, Security Solutions: Knowing Legislation, Estados Unidos de América, 1 de Junio de 2002, disponible en línea: http://asumag.com/mag/university_knowing_legislation/

ASAMBLEA LEGISLATIVA DEL DISTRITO FEDERAL, Comisión de Salud y Asistencia Social, Dictamen de la Comisión de Salud y Asistencia Social del Proyecto de Decreto por el que se reforman los artículos 5, 17, 63 y 74 de la ley de salud del distrito federal, 26 de Enero de 2011, México, disponible en línea: www.aldf.gob.mx/archivo-f28070c9a01d04c2097518af655bd0e4.pdf, p. 13.

BULLYING STATISTICS, Bullying Laws, Estados Unidos de América, disponible en línea: http://www.bullyingstatistics.org/content/bullying-laws.html

CLÍNICA DE PSICOLOGÍA ISABEL MENÉNDEZ BENAVENTE, "Adolescencia y Violencia: ¿Crisis O Patología? Con el puño cerrado no se puede intercambiar un apretón de manos", España, disponible en línea: www.acosomoral.org/pdf/adolescencia_y_violencia.PDF, pp.1-2.

CHILDREN'S ONLINE PRIVACY PROTECTION ACT OF 1998, Estados Unidos de América, disponible en línea: http://www.ftc.gov/ogc/coppa1.htm

DEFINICIÓN DE VIOLENCIA ESCOLAR, México, disponible en línea: http://definicion.de/violencia-escolar/

DENUNCIA-ONLINE.ORG, Sobre delitos en Internet, España, disponible en: http://www.denuncia-online.org/faq.shtml

EDUCACIÓNENRED.COM, Ley No. 29719 Ley que promueve la convivencia sin violencia en las instituciones educativas, 25 de Junio de 2011, Perú, disponible en línea: http://www.educacionenred.com/Noticia/?portada=7961

EDUCATION WEEK, No Child Left Behind, Estados Unidos de Nortamérica, 19 de Septiembre de 2011, disponible en: http://www.edweek.org/ew/issues/no-child-left-behind/

EL ECONOMISTA.MX, Crean fiscalía contra el bullying, Lizbeth Padilla, México, 15 de Febrero de 2011, disponible en línea: http://eleconomista.com.mx/distrito-federal/2011/02/15/crean-fiscalia-contra-bullying

ESCAMILLA Martínez, Josúe, Registran 300 casos de bullying, En eldiariodevictoria, 19 de Junio de 2010, México, disponible en Internet: http://eldiariodevictoria.com.mx/

GOBIERNO DEL DISTRITO FEDERAL, Escuelas Aprendiendo a convivir: un proceso de intervención contra el maltrato e intimidación entre escolares –Bullying-, México, mayo 2010, disponible en línea: www.educacion.df.gob.mx/docs/escuelasaprendiendoaconvivir.pdf

HISTORIA CLÁSICA, El Código de Hammurabi, Ley 194, México, disponible en Internet: http://www.historiaclasica.com/2007/06/el-cdigo-de-hammurabi-leyes-101-150.html

LOSADA Alonso Nazario José María, Ramiro Losada Gómez, Miguel Ángel Alcázar Córcoles, José Carlos Bouso Sáiz, Gregorio Gómez-Jarabo García, Acoso Escolar: Desde la Sensibilización Social a una propuesta de Intervención. Reflexiones desde la legislación española, España, disponible en línea: letrasjuridicas.cuci.udg.mx/.../revista-numero-04-primavera-marzo-septiembre-de-2007?

MINISTERIO DE EDUCACIÓN, Ley N° 20.536: Nueva normativa que regula la violencia, Chile, disponible en línea: escolarhttp://www.600mineduc.cl/servicios/serv_noti_comp.php?id=328

NOTICIAS JURÍDICAS, Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, España, disponible en línea: http://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/lo10-1995.html

OÑATE Cantero, Araceli y Iñaki Piñuel y Zabala, Informe Cisneros VII "Violencia y Acoso Escolar" En alumnos de Primaria, ESO y Bachiller, Informe Preliminar, Instituto de Innovación Educativa y Desarrollo Directivo, España, Septiembre de 2005, disponible en: www.internenes.com/acoso/docs/ICAM.pdf

NOTICIAS JURIDICAS.COM, Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, España, disponible en línea: http://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/lo5-2000.html

NOTICIAS JURÍDICAS, Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, España, disponible en línea: http://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/lo10-1995.html

PEGORARO, J.S., Reporte final de la evaluación del Proyecto "Contra la Violencia, eduquemos para la paz, por ti, por mi y por todo el mundo", con base en el Convenio de Cooperación No. 2004-05 entre UNICEF y GEM, celebrado el 25 de Junio de 2004 para la ejecución de este Proyecto, citado por BUSTOS Romero Olga et. al., disponible en www.unicef.org/.../EVALUACION_IMPACTO_GEM_16junio_2006.pdf, p. 5.

PRIVACY RIGHTS CLEARING HOUSE, La privacidad y la seguridad infantil en Internet: Una guía útil para padres, Estados Unidos de América, disponible en: https://www.privacyrights.org/spanish/pi21.htm

PROTEGELES.COM, Historia y Objetivos, España, disponible en Internet: http://www.protegeles.com/es_que_es1.asp

SECRETARÍA DE EDUCACIÓN PÚBLICA-PROCURADURÍA DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL, Escuela sin violencia, Estudio exploratorio sobre maltrato e intimidación entre compañeros y compañeras, México, última actualización 15 de Abril de 2010, disponible en línea: http://www.educacion.df.gob.mx/

SDPnoticias.com, Demanda Nueva Alianza políticas públicas contra bullying, México, 26 de Febrero de 2011, disponible en: http://sdpnoticias.com/nota/8349-Demanda_Nueva_Alianza_politicas_publicas_contra_bullying

TAPIA Quintana, Daniel y Vanessa Maya Alvarado, Cyberbullying in Mexico: the importance of implementing earlier public policies to limit its growth, Selectedworks, disponible en: http://works.bepress.com/daniel_tapia/2

UNICEF México, Panorama General: México, formato html, disponible en línea: http://www.unicef.org/spanish/infobycountry/mexico_2332.html

U.S. DEPARTMENT OF EDUCATION, Dear Colleague Letter, Estados Unidos de América, disponible en línea: http://www2.ed.gov/about/offices/list/ocr/letters/colleague-201010.html

U.S. DEPARTMENT OF EDUCATION, Student Reports of Bullying, Results From the 2001 School Crime Supplement to the National Crime Victimization Survey, U.S. Department of Education Statistical Analysis Report, Estados Unidos, disponible en línea: nces.ed.gov/pubs2005/2005310.pdf, p. 31.

LEGISLACIÓN

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
Código Penal Federal.
Ley de Acceso a las Mujeres a una Vida Libre de Violencia.

MARCO JURÍDICO DE LOS ASENTAMIENTOS HUMANOS EN MÉXICO

MTRO. JESÚS RUIZ MUNILLA*

* Maestro en Amparo, por la Universidad Autónoma de Durango. Director de Estudios de Constitucionalidad, del Centro de Estudios de Derecho e Investigaciones Parlamentarias, de la Cámara de Diputados.

I. INTRODUCCIÓN

El explosivo crecimiento de la población mexicana en zonas urbanas durante la década de los 50's, 60's y 70's del siglo pasado, produjo enorme problemas de bienestar y de servicios. Durante los últimos 30 años, si viene s cierto el índice de crecimiento se ha contenido, la mayor parte de la población se ha asentado en zonas urbanas, por lo cual es necesario analizar si el marco jurídico vigente de los asentamientos humanos resulta adecuado o requiere de modificaciones, y en todo caso, cuáles o en qué sentido deben ser éstas.

El método que vamos a seguir en el presente trabajo de investigación es el descriptivo, atendiendo a la finalidad de proporcionar información ágil y breve a los señores legisladores y sus respectivos equipos de colaboradores, para que si lo consideran necesario y oportuno, tengan herramientas a la mano para presentar las respectivas iniciativas de reformas legales que lleguen a considerarse necesarias.

Partimos de una hipótesis inicial, que es considerar suficiente y coherente el marco jurídico respectivo de los asentamientos humanos. A lo largo del desarrollo del presente tema veremos si esta afirmación inicial es cierta, o por el contrario, el marco jurídico de los asentamientos humanos es obsoleto, incoherente e insuficiente para regular las nuevas situaciones que se han presentado.

II. MARCO CONSTITUCIONAL DE LOS ASENTAMIENTOS HUMANOS EN MÉXICO

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el tercer párrafo de su artículo 27, dispone lo siguiente:

> *Artículo 27. La propiedad de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional, corresponde originariamente a la Nación, la cual ha tenido y tiene el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares, constituyendo la propiedad privada.*
>
> *Las expropiaciones sólo podrán hacerse por causa de utilidad pública y mediante indemnización.*
>
> *La nación tendrá en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público, así como el de regular, en beneficio social, el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación, con objeto de hacer una distribución equitativa de la riqueza pública, cuidar de su conservación, lograr el desarrollo equilibrado del país y el mejoramiento de las condiciones de vida de la población rural y urbana. En consecuencia, se dictarán las medidas necesarias para ordenar los asentamientos humanos y establecer adecuadas provisiones, usos, reservas y destinos de tierras, aguas y bosques, a efecto de ejecutar obras públicas y de planear y regular la fundación, conservación, mejo-*

ramiento y crecimiento de los centros de población; para preservar y restaurar el equilibrio ecológico; para el fraccionamiento de los latifundios; para disponer, en los términos de la ley reglamentaria, la organización y explotación colectiva de los ejidos y comunidades; para el desarrollo de la pequeña propiedad rural; para el fomento de la agricultura, de la ganadería, de la silvicultura y de las demás actividades económicas en el medio rural, y para evitar la destrucción de los elementos naturales y los daños que la propiedad pueda sufrir en perjuicio de la sociedad.

Por su parte, el artículo 73, que es el numeral que establece las facultades del Congreso de la Unión, le otorga la siguiente:

XXIX-C. *Para expedir las leyes que establezcan la concurrencia del Gobierno Federal, de los Estados y de los Municipios, en el ámbito de sus respectivas competencias, en materia de asentamientos humanos, con objeto de cumplir los fines previstos en el párrafo tercero del artículo 27 de esta Constitución.*

Es decir, la materia de los asentamientos humanos es concurrente entre la Federación, los Estados, y los Municipios, excluyendo al Distrito Federal, lo cual era lógico, toda vez que como se dirá más adelante, esta redacción fue introducida mediante reforma de enero de 1976. Sin embargo, el Distrito Federal es considerado dentro del artículo 122, que es el que regula lo concerniente al Distrito Federal, que en su Base Quinta, párrafo G, señala:

G. Para la eficaz coordinación de las distintas jurisdicciones locales y municipales entre sí, y de éstas con la federación y el Distrito Federal en la planeación y ejecución de acciones en las zonas conurbadas limítrofes con el Distrito Federal, de acuerdo con el artículo 115, fracción VI de esta Constitución, en materia de asentamientos humanos; protección al ambiente; preservación y restauración del equilibrio ecológico; transporte, agua potable y drenaje; recolección, tratamiento y disposición de desechos sólidos y seguridad pública, sus respectivos gobiernos podrán suscribir convenios para la creación de comisiones metropolitanas en las que concurran y participen con apego a sus leyes.

Las comisiones serán constituidas por acuerdo conjunto de los participantes. En el instrumento de creación se determinará la forma de integración, estructura y funciones.

A través de las comisiones se establecerán:

a) Las bases para la celebración de convenios, en el seno de las comisiones, conforme a las cuales se acuerden los ámbitos territoriales y de funciones respecto a la ejecución y operación de obras, prestación de servicios públicos o realización de acciones en las materias indicadas en el primer párrafo de este apartado;

b) Las bases para establecer, coordinadamente por las partes integrantes de las comisiones, las funciones específicas en las materias referidas, así como para la aportación común de recursos materiales, humanos y financieros necesarios para su operación; y

c) Las demás reglas para la regulación conjunta y coordinada del desarrollo de las zonas conurbadas, prestación de servicios y realización de acciones que acuerden los integrantes de las comisiones.

O sea, esta reforma del 22 de Agosto de 1996, creó la figura de "comisiones metropolitanas" para atender diversas materias entre distintos órdenes de gobierno, y entre ellas está incluida la materia de asentamientos humanos.

Cabe hacer notar que el tema de los "asentamientos humanos" fue incluido en nuestra Carta Magna mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 6 de Febrero de 1976, en donde se reformó el párrafo tercero del artículo 27, se adicionó la fracción XXIX-C del artículo 73, y se adicionaron las fracciones IV y V al artículo 115, éste último para facultar a los Estados y Municipios para expedir leyes, reglamentos y disposiciones administrativas, en el ámbito de sus competencias, en materia de asentamientos humanos.

Posteriormente, por decreto publicado en el DOF el día 3 de febrero de 1983, se reformó entre otras disposiciones, las fracciones IV y V del artículo 115, en cuya nueva redacción de esta última, quedó todo lo relativo a los asentamientos humanos, en los siguientes términos:

> *V.-Los Municipios, en los términos de las leyes federales y estatales respectivas, estarán facultados para formular, aprobar y administrar la zonificación y planes de desarrollo urbano municipal; participar en la creación y administración de sus reservas territoriales; controlar y vigilar la utilización del suelo en sus jurisdicciones territoriales; intervenir en la regularización de la tenencia de la tierra urbana; otorgar licencias y permisos para construcciones, y participar en la creación y administración de zonas de reservas ecológicas. Para tal efecto, y de conformidad con los fines señalados en el párrafo Tercero del artículo 27 de esta Constitución, expedirán los reglamentos y disposiciones administrativas que fueren necesarios.*

Posteriormente, por reforma del 23 de diciembre de 1999, se adicionó esta fracción V del artículo 115, para incluir entre las atribuciones de los Municipios, la de:

a) Participar en la formulación de planes de desarrollo regional, los cuales deberán estar en concordancia con los planes generales de la materia;

b) Autorizar [además de controlar y vigilar] la utilización del suelo en sus jurisdicciones territoriales;

c) Participar en la elaboración y aplicación de programas de ordenamiento [además de la creación y administración] de zonas de reservas ecológicas;

d) Intervenir en la formulación y aplicación de programas de transporte público de pasajeros cuando afecten su ámbito territorial;

e) Celebrar convenios para la administración y custodia de las zonas federales.

¿Cuál fue la causa, motivo o razón que originó la reforma Constitucional de 1976 y la posterior expedición de la ley general de la materia? Sin duda, como opina el Lic. Oscar López Velarde Vega, "el crecimiento urbano desordenado, el aglomeramiento incontrolado en las ciudades, y el del tránsito de la vida rural a la urbana"[1].

El panorama del ordenamiento jurídico respectivo era que, en opinión del mismo autor citado, "antes de 1976 en casi todos los Estados de la República Mexicana existían ordenamientos jurídicos, tales como, leyes de planificación y urbanización, de fraccionamientos y de cooperación para obras y servicios públicos, así como, reglamentos de construcciones y zonificación, cuyas disposiciones legales estaban encaminadas a regular, primordialmente, aspectos de urbanización y no de planeación del desarrollo urbano.

Sin embargo, la agudización de la problemática de los asentamientos humanos; la carencia o aplicación de normas jurídico-urbanísticas en la gran mayoría de las Entidades Federativas; la inexistente unidad y eficacia normativa; la ausencia de planeación urbana; y la falta de coordinación en las acciones e inversiones públicas que en materia de desarrollo urbano realizaban la Federación, los Estados y los Municipios, y, en algunos casos, la contradicción entre los programas que llevaban a cabo los tres niveles de gobierno señalados, hicieron impostergable la necesidad de que el Estado Mexicano contara con una estructura jurídica para la planeación y regulación de los asentamientos humanos, que vinculara bajo un esquema de coordinación, colaboración, concurrencia y coherencia las atribuciones que en sus ámbitos de competencias, tienen los Gobiernos Federal, Estatales y Municipales".[2]

Esta ha sido la evolución constitucional de la materia de asentamientos humanos.

III. MARCO LEGAL DE LOS ASENTAMIENTOS HUMANOS

En concordancia con las disposiciones constitucionales antes señalas, el día 26 de mayo de 1976 se publicó en el DOF la Ley General de Asentamientos Humanos, que tenía por objeto: "establecer la concurrencia de los Municipios, de las Entidades Federativas y de la Federación, para la ordenación y regulación de los asentamientos humanos en el Territorio Nacional; fijar las normas básicas para

[1] Estructura jurídica y organización administrativa para la planeación y regulación de los asentamientos humanos, México, SAHOP, Dirección General de Asuntos Jurídicos y de Legislación, 1980, pág. 2.
[2] Ídem, pág. 3

planear la fundación, conservación, mejoramiento y crecimiento de los centros de población; y, definir los principios conforme a los cuales el Estado ejercerá sus atribuciones para determinar las correspondientes provisiones, usos, reservas y destinos de áreas y predios".

Esa ley constaba de 47 artículos y se encontraba dividida en cuatro capítulos, titulados de la siguiente forma:

CAPÍTULO PRIMERO. DISPOSICIONES GENERALES (Arts. 1° a 7°)

CAPÍTULO SEGUNDO. DE LA CONCURRENCIA Y DE LA COORDINACIÓN DE AUTORIDADES (Arts. 8° a 17)

CAPÍTULO TERCERO. DE LAS CONURBACIONES (Arts. 18 a 27)

CAPÍTULO CUARTO. DE LAS REGULACIONES A LA PROPIEDAD DE LOS CENTROS DE POBLACIÓN (Arts. 28 a 47)

En su momento, esta Ley general fue un ordenamiento jurídico fue para algunos, *"de vanguardia, que fomentó el proceso de regulación de los asentamientos humanos en todo el país, ya que a partir de su entrada en vigor, las entidades federativas expidieron sus respectivas leyes, reglamentos, planes o programas y otras disposiciones jurídicas en materia de desarrollo urbano; se establecieron instancias federales, estatales y municipales dedicadas a la planeación y administración urbanas, y se capacitaron cuadros de profesionistas en la materia"*[3]

Para otros autores de pensamiento identificado con la derecha[4], la expedición de la ley en comento fue un "intento de dictadura", basados entre otras muchas[5], por las siguientes razones:

a) El nacimiento de la Ley de la materia tuvo su origen en la creación del INFONAVIT en el año 1971, que sin embargo, surgió de manera inversa, es decir, primero surgió el Instituto y luego comenzó a adquirir tierras para la construcción de viviendas baratas, lo cual incrementó la especulación de los terrenos y los encareció. En opinión de Víctor Molina Aznar, primero el gobierno federal habría tenido que "haber inventariado los terrenos baldíos y aquéllos susceptibles de ser adquiridos a bajo precio o ser declarados de utilidad pública. Una vez hecho esto, proceder a incorporar todos los predios al patrimonio nacional y después cedérselos al INFONAVIT como parte o la totalidad de la aportación que correspondía al gobierno federal"[6]

[3] El marco jurídico e institucional de los asentamientos humanos en México, Senado de la República, Comisión de Desarrollo Urbano y Vivienda, LVI Legislatura, México, 1994, pág. 5

[4] Como Rigoberto López Valdivia, Luis Pazos y el mismo Víctor Molina Aznar.

[5] En documento de la iniciativa privada transcrito, se mencionan hasta 17 causas de ilegalidad.

[6] MOLINA AZNAR, Víctor B., Otro intento de dictadura: el proyecto de Ley General de Asentamientos Humanos, México, 1976, pág. 14.

b) Aunque los propósitos declarados de la ley son que los mexicanos tengan casa y se evite la especulación de terrenos, "en realidad el proyecto de ley comentado lleva como propósito real doblegar a los ricos; dominarlos, utilizando la amenaza de la expropiación [...] es un arma política, ya que con amenazar a alguna persona propietaria de un predio que éste pasará a ser de interés público debido a la realización de una supuesta o real obra pública, es para que el individuo así presionado se bata en retirada"[7].

La misma obra citada, reproduce las conclusiones de un documento elaborado por el Doctor Ignacio Burgoa Orihuela, intitulado "Los Asentamientos Humanos y la Constitución", que entre otras cosas, dice:

> *"La citada iniciativa, en lo que concierne a las desorbitadas facultades que confiere a diferentes órganos estatales, locales, federales y municipales es contraria al Artículo 27, párrafo tercero de la Constitución..."; "... este derecho, en nombre de la Nación o del pueblo de México, lo ejerce, en materia legislativa, el Congreso de la Unión..."; "el Congreso de la Unión, por ende, no puede, sin abdicar de su condición de representante legislativo de la Nación o del pueblo mexicano, autorizar a otros órganos del Estado, sean federales, locales o municipales, la imposición de la referidas modalidades".*
>
> *"La iniciativa de Ley General sobre Asentamientos Humanos opera ese desplazamiento inconstitucional de la facultad del Congreso de la Unión, consistente en imponer legalmente modalidades a la propiedad privada, a favor de distintas autoridades que de ninguna manera representan a la nación o al pueblo mexicanos"*[8]

Otros visos de posible inconstitucionalidad fueron señalados:

> *"Habilita a los Ayuntamientos para determinar, sin sujeción a ninguna norma abstracta y general reguladora, los destinos, usos, provisiones y reservas en relación con predios urbanos, según se establece en el Artículo 37, arbitrariedad que se corrobora por los Artículos 33, 38, 40 y demás relativos de la misma iniciativa"*
>
> *"La garantía de audiencia instituida en el segundo párrafo del artículo 14 constitucional también se infringe por diversos preceptos de la multicitada iniciativa, ya que en el ordenamiento proyectado no se establece ningún procedimiento al través del cual se brinde a los presuntos afectados por los actos aplicativos correspondiente, ninguna oportunidad defensiva ni probatoria. Ostentando este vicio de inconstitucionalidad se encuentran Artículos 8 y 39, entre otros, ya que declaran la nulidad de pleno derecho de los contratos y convenios que se estimen contrarios a la ley propuesta, imponen obligaciones de hacer y prevén la destrucción de obras materiales en caso de incumplimiento, sin consignar ninguna de las aludidas oportunidades"*[9]

[7] Idem, pág. 15
[8] Idem, pág. 25.
[9] Idem, pág. 26-27.

Es importante abundar sobre el contenido y significado de esta ley, pues de este punto se debe partir para comprender a la actual ley vigente.

En un artículo escrito en el mismo año de 1976, Iván Zavala Echavarría decía, respecto de la entonces iniciativa de Ley General de Asentamientos Humanos, que había despertado uno de los más enconados debates entre las autoridades gubernamentales y algunos sectores de la iniciativa privada, principalmente con asiento en la ciudad de Monterrey, y se formulaba la siguiente pregunta: "*¿Qué hay en la iniciativa presidencial, que suscita un encono de dimensiones conspirativas?*".[10]

Después de ir explicando el contenido y alcance de la ley en análisis, hacía referencia al artículo 38, numeral que determinaba las consecuencias jurídicas de la propia ley, y que disponía:

> *"El derecho de propiedad, el de posesión o cualquier otro derivado de la tenencia de predios urbanos, serán ejercidos de conformidad con las limitaciones y modalidades previstas en la presente Ley y de acuerdo con los*[11] *correspondientes decretos de provisiones, usos, reservas y destinos de tierras, aguas y bosques que expidan las autoridades competentes".*

Por su parte, sigue reseñando Iván Zavala, el Secretario de la Presidencia, Ignacio Ovalle Fernández, declaró:

> *"Lo que el gobierno se propone con la iniciativa es dotar al Estado de un instrumento que le permita orientar el desarrollo urbano en forma conveniente a los intereses generales; el que se está tratando es un problema ante todo de carácter político, en el que lo que está a discusión el tipo de país que queremos ser, y los que están en contra de la iniciativa son los especuladores de terrenos urbanos".*[12]

En resumen, el artículo más objetado era el 18, que otorgaba facultades a los ayuntamientos; por lo tanto la oposición empresarial se fijó en 2 aspectos: que los ayuntamientos no expidieran decretos, y que la Federación, al elaborar los planes de desarrollo urbano, fuera asesorada por los organismos empresariales.

De todo lo anterior, el autor citado deduce que el problema suscitado no era un enfrentamientos entre el Gobierno y el Grupo Monterrey de empresarios, ni tampoco un problema de índole económica, sino más bien un problema de tipo político, basado en la influencia que la empresa privada tenía en la decisiones de gobierno, "la participación empresarial no aparece en ninguna parte de una ley que regulará la riqueza inmueble urbana del país, con lo cual los hombres de empresa son apartados de las decisiones de un Estado que, desde 1941 por lo menos, venía siendo su instrumento".[13]

---

[10] ZAVALA ECHAVARRÍA, Iván, Sobre el significado político de la iniciativa de Ley General de Asentamientos Humanos, en Estudios Políticos 2, 6 (abril-junio 1976) México, pag. 119.
[11] Idem, pag. 120.
[12] Ibidem.
[13] Idem, pág. 122.

Por su parte, desde la extrema izquierda, María Teresa Gutiérrez Haces afirmaba en 1978: "En realidad la verdadera beneficiaria [de la distribución de las actividades económ*icas y de la población en el territorio] sigue siendo la burguesía: ya que el desarrollo regional permite integrar al sistema capitalista nuevas regiones que hasta la fecha se han mantenido en una economía de subsistencia. En estas regiones, las condiciones de salario bajo, de débil organización reivindicativa de la clase trabajadora, y de mayor control de las fuerzas políticas tradicionales, permite una mayor explotación de los trabajadores"*.[14]

La planificación en México *"Es un instrumento que utiliza el gobierno para detener los conflictos sociales; o sea, para mantener el consenso y reproducir las condiciones mismas de funcionamiento del sistema capitalista en su conjunto"*[15]

Como podemos darnos cuenta, dicho proyecto de ley fue atacado tanto desde sectores ubicado en la derecha empresarial, como desde la intelectualidad de izquierda.

Posteriormente, el 21 de Julio de 1993 se publicó otra nueva Ley, vigente hasta el día de hoy.

Esta normativa está integrada por:

CAPITULO PRIMERO. DISPOSICIONES GENERALES (Arts. 1° a 5°)

CAPITULO SEGUNDO. DE LA CONCURRENCIA Y COORDINACION DE AUTORIDADES (Arts. 6° a 10°).

CAPITULO TERCERO. DE LA PLANEACION DEL ORDENAMIENTO TERRITORIAL DE LOS ASENTAMIENTOS HUMANOS Y DEL DESARROLLO URBANO DE LOS CENTROS DE POBLACION (Arts. 11° a 19)

CAPITULO CUARTO. DE LAS CONURBACIONES (Arts. 20 a 26)

CAPITULO QUINTO. DE LAS REGULACIONES A LA PROPIEDAD EN LOS CENTROS DE POBLACION (Arts. 27 a 39)

CAPITULO SEXTO. DE LAS RESERVAS TERRITORIALES (Art. 40 a 47)

CAPÍTULO SÉPTIMO. DE LA PARTICIPACION SOCIAL (Arts. 48 a 50)

---

[14] GUTIÉRREZ HACES, María Teresa, La ideología del gobierno mexicano en materia de Asentamientos Humanos, en Problemas para el Desarrollo, 9, 34 (mayo-julio 1978), México, pág. 20-21.

[15] Ibidem.

CAPITULO OCTAVO. DEL FOMENTO AL DESARROLLO URBANO (Arts. 51 a 52)

CAPITULO NOVENO. DEL CONTROL DEL DESARROLLO URBANO (Arts. 53 a 60)

El objeto de la ley, es el siguiente (art. 1°):

I. *Establecer la concurrencia de la Federación, de las entidades federativas y de los municipios, para la ordenación y regulación de los asentamientos humanos en el territorio nacional;*

II. *Fijar las normas básicas para planear y regular el ordenamiento territorial de los asentamientos humanos y la fundación, conservación, mejoramiento y crecimiento de los centros de población;*

III. *Definir los principios para determinar las provisiones, reservas, usos y destinos de áreas y predios que regulen la propiedad en los centros de población, y*

IV. *Determinar las bases para la participación social en materia de asentamientos humanos.*

En cuanto a la distribución de competencias, fijas las siguientes:

ARTÍCULO 7o.- *Corresponden a la* Federación, *a través de la Secretaría de Desarrollo Social, las siguientes atribuciones:*

I. *Proyectar y coordinar la planeación del desarrollo regional con la participación que corresponda a los gobiernos estatales y municipales;*

II. *Coordinar las acciones que el Ejecutivo Federal convenga con los gobiernos locales para el desarrollo sustentable de las regiones del país;*

II bis. *Promover la implantación de sistemas o dispositivos de alta eficiencia energética en las obras públicas de infraestructura y equipamiento urbano, para garantizar el desarrollo urbano sostenible;*

III. *Prever a nivel nacional las necesidades de reservas territoriales para el desarrollo urbano con la intervención, en su caso, de la Secretaría de la Reforma Agraria, considerando la disponibilidad de agua determinada por la Secretaría de Agricultura y Recursos Hidráulicos, y regular en coordinación con los gobiernos estatales y municipales los mecanismos para satisfacer dichas necesidades;*

IV. *Elaborar, apoyar y ejecutar programas para el establecimiento de provisiones y reservas territoriales para el adecuado desarrollo de los centros de población, en coordinación con las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal correspondientes y los gobiernos estatales y municipales, y con la participación de los sectores social y privado;*

V. *Promover y apoyar mecanismos de financiamiento para el desarrollo regional y urbano, con la participación de las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal correspondientes, de los gobiernos estatales y municipales, de las instituciones de crédito y de los diversos grupos sociales;*

VI. *Promover la construcción de obras de infraestructura y equipamiento para el desarrollo regional y urbano, en coordinación con los gobiernos estatales y municipales y con la participación de los sectores social y privado;*

VII. *Formular y ejecutar el programa nacional de desarrollo urbano, así como promover, controlar y evaluar su cumplimiento;*

VIII. *Coordinarse con las entidades federativas y los municipios, con la participación de los sectores social y privado, en la realización de acciones e inversiones para el ordenamiento territorial de los asentamientos humanos y el desarrollo urbano de los centros de población, mediante la celebración de convenios y acuerdos;*

IX. *Asesorar a los gobiernos estatales y municipales que lo soliciten, en la elaboración y ejecución de sus planes o programas de desarrollo urbano y en la capacitación técnica de su personal;*

X. *Proponer a las autoridades de las entidades federativas la fundación de centros de población;*

XI. *Verificar en coordinación con la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, que las acciones e inversiones de las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal se ajusten, en su caso, a la legislación y planes o programas en materia de desarrollo urbano;*

XII. *Vigilar las acciones y obras relacionadas con el desarrollo regional y urbano que las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal ejecuten directamente o en coordinación o concertación con las entidades federativas y los municipios, así como con los sectores social y privado;*

XIII. *Formular recomendaciones para el cumplimiento de la política nacional de ordenamiento territorial de los asentamientos humanos y de los convenios y acuerdos que suscriba el Ejecutivo Federal con los sectores público, social y privado en materia de desarrollo regional y urbano, así como determinar en su caso, las medidas correctivas procedentes;*

XIV. *Participar en la ordenación y regulación de zonas conurbadas de centros de población ubicados en el territorio de dos o más entidades federativas;*

XV. *Promover, apoyar y realizar investigaciones científicas y tecnológicas en materia de desarrollo regional y urbano, y*

XVI. *Las demás que le señale esta Ley y otras disposiciones jurídicas.*

ARTICULO 8o.- *Corresponden a las entidades federativas, en el ámbito de sus respectivas jurisdicciones, las siguientes atribuciones:*

I. *Legislar en materia de ordenamiento territorial de los asentamientos humanos y de desarrollo urbano de los centros de población, atendiendo a las facultades concurrentes previstas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos;*

II. *Formular, aprobar y administrar el programa estatal de desarrollo urbano, así como evaluar y vigilar su cumplimiento;*

III. *Promover la participación social conforme a lo dispuesto en esta Ley;*

IV. *Autorizar la fundación de centros de población;*

V. *Participar en la planeación y regulación de las conurbaciones, en los términos de esta Ley y de la legislación estatal de desarrollo urbano;*

VI. *Coordinarse con la Federación, con otras entidades federativas y con sus municipios, para el ordenamiento territorial de los asentamientos humanos y el desarrollo urbano de los centros de población;*

VII. *Convenir con los sectores social y privado la realización de acciones e inversiones concertadas para el desarrollo regional y urbano;*

VIII. *Participar, conforme a la legislación federal y local, en la constitución y administración de reservas territoriales, la regularización de la tenencia de la tierra urbana, la dotación de infraestructura, equipamiento y servicios urbanos, así como en la protección del patrimonio cultural y del equilibrio ecológico de los centros de población;*

IX. *Convenir con los respectivos municipios la administración conjunta de servicios públicos municipales, en los términos de las leyes locales;*

X. *Apoyar a las autoridades municipales que lo soliciten, en la administración de la planeación del desarrollo urbano;*

XI. *Imponer medidas de seguridad y sanciones administrativas a los infractores de las disposiciones jurídicas y de los programas estatales de desarrollo urbano, conforme lo prevea la legislación local;*

XII. *Coadyuvar con la Federación en el cumplimiento del programa nacional de desarrollo urbano, y*

XIII. *Las demás que les señalen esta Ley y otras disposiciones jurídicas federales y locales.*

ARTICULO 90.- *Corresponden a los municipios, en el ámbito de sus respectivas jurisdicciones, las siguientes atribuciones:*

I. *Formular, aprobar y administrar los planes o programas municipales de desarrollo urbano, de centros de población y los demás que de éstos deriven, así como evaluar y vigilar su cumplimiento, de conformidad con la legislación local;*

II. *Regular, controlar y vigilar las reservas, usos y destinos de áreas y predios en los centros de población;*

III. *Administrar la zonificación prevista en los planes o programas municipales de desarrollo urbano, de centros de población y los demás que de éstos deriven;*

IV. *Promover y realizar acciones e inversiones para la conservación, mejoramiento y crecimiento de los centros de población;*

V. *Proponer la fundación de centros de población;*

VI. *Participar en la planeación y regulación de las conurbaciones, en los términos de esta Ley y de la legislación local;*

VII. *Celebrar con la Federación, la entidad federativa respectiva, con otros municipios o con los particulares, convenios y acuerdos de coordinación y concertación que apoyen los objetivos y prioridades previstos en los planes o programas municipales de desarrollo urbano, de centros de población y los demás que de éstos deriven;*

VIII. *Prestar los servicios públicos municipales, atendiendo a lo previsto en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en la legislación local;*

IX. *Coordinarse y asociarse con la respectiva entidad federativa y con otros municipios o con los particulares, para la prestación de servicios públicos municipales, de acuerdo con lo previsto en la legislación local;*

X. *Expedir las autorizaciones, licencias o permisos de uso de suelo, construcción, fraccionamientos, subdivisiones, fusiones, relotificaciones y condominios, de conformidad con las disposiciones jurídicas locales, planes o programas de desarrollo urbano y reservas, usos y destinos de áreas y predios;*

XI. *Intervenir en la regularización de la tenencia de la tierra urbana, en los términos de la legislación aplicable y de conformidad con los planes o programas de desarrollo urbano y las reservas, usos y destinos de áreas y predios;*

XII. *Participar en la creación y administración de reservas territoriales para el desarrollo urbano, la vivienda y la preservación ecológica, de conformidad con las disposiciones jurídicas aplicables;*

XIII. Imponer medidas de seguridad y sanciones administrativas a los infractores de las disposiciones jurídicas, planes o programas de desarrollo urbano y reservas, usos y destinos de áreas y predios en los términos de la legislación local;

XIV. Informar y difundir permanentemente sobre la aplicación de los planes o programas de desarrollo urbano, y

XV. Las demás que les señale esta Ley y otras disposiciones jurídicas federales y locales.

Los municipios ejercerán sus atribuciones en materia de desarrollo urbano a través de los cabildos de los ayuntamientos o con el control y evaluación de éstos.

Establece también la existencia de un Programa Nacional de Desarrollo Urbano, así como de Programas Estatales y Municipales, integrados dentro del Plan Nacional de Desarrollo.

Por su parte, establece también:

ARTICULO 14.- *El programa nacional de desarrollo urbano será aprobado por el Presidente de la República mediante decreto y estará sometido a un proceso permanente de control y evaluación. Sus modificaciones se realizarán con las mismas formalidades previstas para su aprobación.*

La Secretaría promoverá la participación social en la elaboración, actualización y ejecución del programa nacional de desarrollo urbano, atendiendo a lo dispuesto en la Ley de Planeación.

ARTICULO 15.*- Los planes o programas estatales y municipales de desarrollo urbano, de centros de población y sus derivados, serán aprobados, ejecutados, controlados, evaluados y modificados por las autoridades locales, con las formalidades previstas en la legislación estatal de desarrollo urbano, y estarán a consulta del público en las dependencias que los apliquen.*

ARTICULO 16.- *La legislación estatal de desarrollo urbano determinará la forma y procedimientos para que los sectores social y privado participen en la formulación, modificación, evaluación y vigilancia de los planes o programas de desarrollo urbano.*

En la aprobación y modificación de los planes o programas se deberá contemplar el siguiente procedimiento:

I.- *La autoridad estatal o municipal competente dará aviso público del inicio del proceso de planeación y formulará el proyecto de plan o programa de desarrollo urbano o sus modificaciones, difundiéndolo ampliamente;*

II.- *Se establecerá un plazo y un calendario de audiencias públicas para que los interesados presenten por escrito a las autoridades competentes, los planteamientos que consideren respecto del proyecto del plan o programa de desarrollo urbano o de sus modificaciones;*

III.- Las respuestas a los planteamientos improcedentes y las modificaciones del proyecto deberán fundamentarse y estarán a consulta de los interesados en las oficinas de la autoridad estatal o municipal correspondiente, durante el plazo que establezca la legislación estatal, previamente a la aprobación del plan o programa de desarrollo urbano o de sus modificaciones, y

IV.- Cumplidas las formalidades para su aprobación, el plan o programa respectivo o sus modificaciones serán publicados en el órgano de difusión oficial del gobierno del estado y en los periódicos de mayor circulación de la entidad federativa o municipio correspondiente y, en su caso, en los bandos municipales.

A diferencia de la ley anterior de 1976, la ley en vigor contiene un capítulo Sexto específico para las "reservas territoriales", entendidas estas como "las áreas de un centro de población que serán utilizadas para su crecimiento", de acuerdo con la definición dada por el artículo 2°, fracción XVI.

Del mismo modo, y deriva precisamente de las críticas que recibió la anterior ley de 1976, la vigente está dotada de un capítulo, el Séptimo, que establece y regula la participación de los sectores social y privado dentro del desarrollo urbano, en los siguientes términos:

ARTICULO 48.- *La Federación, las entidades federativas y los municipios promoverán acciones concertadas entre los sectores público, social y privado, que propicien la participación social en la fundación, conservación, mejoramiento y crecimiento de los centros de población.*

ARTICULO 49.- *La participación social en materia de asentamientos humanos comprenderá:*

I. La formulación, modificación, evaluación y vigilancia del cumplimiento de los planes o programas de desarrollo urbano, en los términos de los artículos 16 y 57 de esta Ley;

II. La determinación y control de la zonificación, usos y destinos de áreas y predios de los centros de población;

III. La construcción y mejoramiento de vivienda de interés social y popular;

IV. El financiamiento, construcción y operación de proyectos de infraestructura, equipamiento y prestación de servicios públicos urbanos;

V. El financiamiento y operación de proyectos estratégicos urbanos, habitacionales, industriales, comerciales, recreativos y turísticos;

VI. La ejecución de acciones y obras urbanas para el mejoramiento y conservación de zonas populares de los centros de población y de las comunidades rurales e indígenas;

VII. La protección del patrimonio cultural de los centros de población;

VIII. La preservación del ambiente en los centros de población, y

IX. La prevención, control y atención de riesgos y contingencias ambientales y urbanos en los centros de población.

ARTICULO 50.- *La Federación, las entidades federativas y los municipios, en el ámbito de sus respectivas competencias conforme a la legislación aplicable, promoverán la constitución de agrupaciones comunitarias que participen en el desarrollo urbano de los centros de población, bajo cualquier forma jurídica de organización.*

Capítulo que va unido con el siguiente, el Octavo, que regula lo concerniente al "Fomento del Desarrollo Urbano", de la siguiente manera:

ARTICULO 51.- *La Federación, las entidades federativas y los municipios fomentarán la coordinación y la concertación de acciones e inversiones entre los sectores público, social y privado para:*

I. La aplicación de los planes o programas de desarrollo urbano;

II. El establecimiento de mecanismos e instrumentos financieros para el desarrollo regional y urbano y la vivienda;

III. El otorgamiento de incentivos fiscales, tarifarios y crediticios para inducir el ordenamiento territorial de los asentamientos humanos y el desarrollo urbano de centros de población;

IV. La canalización de inversiones en reservas territoriales, infraestructura, equipamiento y servicios urbanos;

V. La satisfacción de las necesidades complementarias en infraestructura, equipamiento y servicios urbanos, generadas por las inversiones y obras federales;

VI. La protección del patrimonio cultural de los centros de población;

VII. La simplificación de los trámites administrativos que se requieran para la ejecución de acciones e inversiones de desarrollo urbano;

VIII. El fortalecimiento de las administraciones públicas estatales y municipales para el desarrollo urbano;

IX. La modernización de los sistemas catastrales y registrales de la propiedad inmobiliaria en los centros de población;

X. La adecuación y actualización de las disposiciones jurídicas locales en materia de desarrollo urbano;

XI. El impulso a la educación, la investigación y la capacitación en materia de desarrollo urbano, y

XII. La aplicación de tecnologías que protejan al ambiente, reduzcan los costos y mejoren la calidad de la urbanización.

XIII.- Promover la construcción y adecuación de la infraestructura, el equipamiento y los servicios urbanos que requiera la población con discapacidad.

ARTICULO 52.- *La Secretaría de Hacienda y Crédito Público en coordinación con la Secretaría, tomará las medidas necesarias para que las instituciones de crédito no autoricen operaciones contrarias a la legislación y a los planes o programas de desarrollo urbano.*

Asimismo, las secretarías de Hacienda y Crédito Público y de Desarrollo Social se coordinarán a efecto de que las acciones e inversiones de las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal cumplan en su caso, con lo dispuesto en esta Ley.

Por lo que se refiere a las entidades federativas, cada una ha emitido leyes que regulan lo relativo a los asentamientos urbanos, ubicando sus competencias y atribuciones dentro de los parámetros que ordena la Ley General de Asentamientos Humanos antes analizada.

Las leyes y/o Códigos locales que tratan el fenómeno de las zonas conurbadas son los siguientes:

Entidad Federativa	**Ordenamiento jurídico que regula las zonas conurbadas**
Aguascalientes	Código Urbano para el Estado de Aguascalientes
Aguascalientes	Ley de Desarrollo Urbano del Estado de Baja California
Baja California Sur	Ley de Desarrollo Urbano para el Estado de Baja California Sur
Campeche	Ley de Asentamientos Humanos del Estado de Campeche
Coahuila	Ley de Asentamientos Humanos y Desarrollo Urbano del Estado de Coahuila de Zaragoza
Colima	Ley de Asentamientos Humanos del Estado de Colima
Chiapas	Ley Orgánica Municipal del Estado de Chiapas
Chihuahua	Ley de Desarrollo Urbano del Estado de Chihuahua

Distrito Federal	Ley de Desarrollo Urbano del Distrito Federal
Durango	Ley General de Desarrollo Urbano para el Estado de Durango
Guanajuato	Ley de Desarrollo Urbano para el Estado de Guanajuato
Guerrero	Ley de Desarrollo Urbano del Estado de Guerrero número 211
Hidalgo	Ley de Asentamientos Humanos, Desarrollo Urbano y Ordenamiento Territorial del Estado de Hidalgo
Jalisco	Ley de Desarrollo Urbano del Estado de Jalisco
Estado de México	Código Administrativo del Estado de México
Michoacán	Código de Desarrollo Urbano del Estado de Michoacán de Ocampo
Morelos	Ley de Ordenamiento Territorial y Asentamientos Humanos del Estado de Morelos
Nayarit	Ley de Asentamientos Humanos y Desarrollo Urbano para el Estado de Nayarit
Nuevo León	Ley de Ordenamiento Territorial de los Asentamientos Humanos y de Desarrollo Urbano del Estado de Nuevo León
Oaxaca	Ley de Desarrollo Urbano para el Estado de Oaxaca
Puebla	Ley de Desarrollo Urbano Sustentable del Estado de Puebla
Querétaro	Código Urbano para el Estado de Querétaro
Quintana Roo	Ley de Asentamientos Humanos del Estado de Quintana Roo
San Luis Potosí	Ley de Desarrollo Urbano del Estado de San Luis Potosí
Sinaloa	Ley de Desarrollo Urbano del Estado de Sinaloa
Sonora	Ley de Ordenamiento Territorial y Desarrollo Urbano del Estado de Sonora
Tabasco	Ley de Ordenamiento Sustentable del Territorio del Estado de Tabasco
Tamaulipas	Ley para el Desarrollo Urbano del Estado de Tamaulipas
Tlaxcala	Ley de Ordenamiento Territorial para el Estado de Tlaxcala
Veracruz	Ley de Desarrollo Regional y Urbano del Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave
Yucatán	Ley de Asentamientos Humanos del Estado de Yucatán
Zacatecas	Código Urbano del Estado de Zacatecas

Como podemos darnos cuenta de todo lo anteriormente dicho, en materia de "asentamientos humanos" existe lo que la doctrina ha denominado "concurrencia de facultades" entre los diferentes niveles de gobierno: Federación, Estados, Distrito Federal y Municipios.

Adicionalmente, el marco normativo de los asentamientos humanos, en virtud de lo amplio de tal materia, se integra por Tratados Internacionales con rango constitucional, de acuerdo con la reciente reforma al artículo 1° Constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de Junio del año 2011, así como Leyes Federales, Generales y Estatales en materias tales como el medio ambiente, la disposición de residuos y desperdicios, los recursos hidráulicos, suelos, subsuelos, confinamientos y servicios públicos, entre otros.

Un problema legal que existe en esta y otras materias, es que el artículo 124 Constitucional dispone: *"Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados"*; sin embargo, en muchos casos, como es la materia de los asentamientos humanos, la propia Constitución no atribuye expresamente y con detalle cuáles serán las facultades a cargo de la Federación (art. 73, XXIX-C), para poder comprender cuáles serán reservadas a los Estados.

Lo mismo sucede en otras áreas tales como: educación (art. 3°, VIII); seguridad pública (art. 73, XXIII); protección civil (art. 73, XXIX-I); Deporte (art. 73, XXIX-J); y salubridad general (art. 73, XVI).

Sin embargo, el sistema de facultades concurrentes antes señalado tiene algunos matices, ya que se han ido ampliando las facultades de la federación con base en la fracción XXX del artículo 73 constitucional, que faculta al Congreso para *"expedir todas las leyes que sean necesarias a objeto de hacer efectivas las facultades anteriores, todas las otras concedidas por esta Constitución a los Poderes de la Unión".*

IV. INICIATIVAS DE LEY PRESENTADAS SOBRE EL TEMA

Durante la LXI Legislatura de la H. Cámara de Diputados, fueron presentadas diez iniciativas de reforma a la Ley General de Asentamientos Humanos, que en su gran mayoría, se han abocado a cuestiones medioambientales.

La primera iniciativa, fue presentada el 11 de febrero de 2010, por la diputada Janet Graciela González Tostado, diputada del PRI por el Estado de Puebla, para reformar el artículo 7° y establecer dentro de las facultades a cargo de la Federación, a través de la Secretaría de Desarrollo Social, la obligación de establecer planes para la reutilización de aguas grises y la captación y tratamiento de agua de lluvia.

Esta iniciativa fue turnada a las Comisiones unidas de Vivienda y Desarrollo Social, sin que hasta el momento se haya emitido el dictamen correspondiente.

La segunda iniciativa, fue una Minuta de la Cámara de Senadores por la que se adicionaba la fracción II-Bis al artículo 7°, misma que fue aprobada por el pleno el 5 de octubre de 2010 y publicada en el Diario Oficial de la Federación el 30 de Noviembre de 2010. Tenía por objeto establecer dentro de las facultades a cargo de la Federación, a través de la Secretaría de Desarrollo Social, la de "Promover la implantación de sistemas o dispositivos de alta eficiencia energética en las obras públicas de infraestructura y equipamiento urbano, para garantizar el desarrollo urbano sostenible".

La tercera iniciativa, fue para redefinir y regular de una mejor manera las denominadas zonas metropolitanas, presentada por la diputada Adriana Fuentes Cortés, diputada del PAN por el Estado de Querétaro, el 29 de abril de 2010, misma que fue turnada a la Comisión de Desarrollo Social, sin que haya dictaminado hasta el momento.

La cuarta iniciativa, fue presentada por el diputado Jorge Kahwagi Macari, del Partido Nueva Alianza, el día 27 de Agosto de 2010, con el objetivo de adicionar la fracción XX al artículo 3°, para que en el proceso de mejoramiento del nivel y calidad de vida de la población urbana y rural se incentive a las personas, organizaciones civiles o empresariales que participen como patrocinadores de forma parcial o total en el desarrollo de proyectos de mejoramiento y embellecimiento de la infraestructura urbana, mediante el reconocimiento permanente de sus acciones en las propias obras . Esta iniciativa fue turnada a la Comisión de Desarrollo Metropolitano sin que hasta el momento se haya dictaminado.

La quinta iniciativa, fue presentada el 28 de Septiembre de 2010 por la Diputada María de Lourdes Reynoso Femat, diputada del Partido Acción Nacional por el Estado de Aguascalientes, con el objetivo de que la Federación, a través de la Secretaría de Desarrollo Social, pueda convenir con las Entidades Federativas y Municipios, el establecimiento de reservas de suelo destinadas al desarrollo de vivienda para las familias en situación de pobreza o vulnerabilidad, de acuerdo con los programas federales en la materia.
Fue turnada a las Comisiones de Desarrollo Social y Vivienda, sin haber sido dictaminada hasta el momento.

La sexta iniciativa, fue presentada el 13 de Octubre de 2010 por el Diputado Alejandro del Mazo Maza, diputado del Partido Verde Ecologista de México por el Estado de México, con el objetivo de restringir el uso de zonas de riesgo.

Fue turnada a la Comisión de Desarrollo Social, sin haber sido dictaminada hasta el momento.

La séptima iniciativa fue presentada el 9 de Diciembre de 2010 por la diputada Ivideliza Reyes Hernández, diputada del Partido Acción Nacional por el Estado de Nayarit, con la finalidad de que en los planos o programas de desarrollo urbano estatales y municipales, se establezcan vías de acceso libres a los bienes de uso común, y cuando se trate de asentamientos humanos colindantes con la zona federal marítimo terrestre, se deberán determinar accesos libres a dicha zona al menos cada mil metros.

Fue turnada a la Comisión de Desarrollo Social sin haber sido dictaminada hasta el momento.

La octava iniciativa, fue presentada el 8 de marzo de 2011 por los diputados Gloria Trinidad Luna Ruiz y Jesús Gerardo Cortez Mendoza, ambos del Partido Acción Nacional, para facultar a cualquier ciudadano a presentar denuncia en materia de desarrollo urbano.

Fue turnada a la Comisión de Desarrollo Social, sin haber sido dictaminada hasta la fecha.

La novena iniciativa, fue presentada el 20 de Septiembre de 2011, por el diputado del PAN, Liev Vladimir Ramos Cárdena, a fin de facultar a la federación para coordinar a los diversos niveles de gobierno, para preservar las denominadas zonas arqueológicas, y las reservas territoriales.

La décima y última iniciativa de la XLI Legislatura, fue presentada el 27 de Septiembre del 2011, por el diputado del PRI, Manuel Ignacio Acosta Gutiérrez, con el objeto de definir el concepto de cuidades emergentes, y crear el Consejo Nacional de Cuidades Emergentes.

De la anterior información, es decir, del escaso número de iniciativas de reforma, y el hecho de que la mayoría de ellas trate de cuestiones medioambientales, podemos deducir que la vigente Ley General de Asentamientos Humanos es una ley muy bien hecha y que no presenta mayores dificultades prácticas para su aplicación por los diferentes niveles de gobierno; o por el contrario, es una ley demasiado amplia y compleja que no ha sido comprendida a cabalidad por los legisladores.

CONCLUSIONES

Primera.- La evolución y desarrollo constitucional de la materia de asentamientos humanos fue producto de diversos factores, principalmente de índole poblacional, generados sobre todo durante la época de desarrollo estabilizador, es decir, de 1940 a 1970, por lo cual, para la década de los 70's, se habían producido dos situaciones anteriormente no previstas en la legislación: por una parte, el anárquico y excesivo crecimiento de las aglomeraciones urbanas; y, por el otro, la dispersión de la población rural. Por lo tanto, era necesario reformar la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos para insertar la materia de los asentamientos humanos, como una materia en donde concurrirían las atribuciones y facultades de la Federación, Estados y Municipios. Posteriormente fue incluido el Distrito Federal.

Segunda.- Posteriormente fue necesario elaborar la Ley General respectiva, misma que fue a iniciativa del Titular del Ejecutivo. En su momento (año 1976) dicha iniciativa fue ampliamente debatida, criticada y combatida tanto desde el sector identificado con la derecha empresarial, como de la extrema izquierda. Los primeros, con el argumento de que se dejaba en manos de funcionarios gubernamentales menores el respeto y la eventual violación del derecho de propiedad; y lo segundos por considerar que dicha ley era la expresión de desarrollismo manipulador del régimen autoritario mexicano. Posteriormente, con la expedición de la nueva ley en el año 1993, ordenamiento legal vigente hasta el momento, pareciera que las críticas iniciales fueron suavizadas o bien satisfechas las legítimas quejas que pudieron haber existido. Mención aparta merece el hecho de que las así denominadas "facultades concurrentes" en nuestro país es una materia que despierta muchas dudas y complejidades para su aplicación práctica, sumado al hecho de que los asentamientos humanos van ligados estrechamente con cuestiones medioambientales, hidrológicas, de desarrollo social y de prestación de servicios públicos.

Tercera.- Del escaso número de iniciativas de reforma a la Ley General de Asentamientos Humanos, y del hecho de que la mayoría de ellas trate de cuestiones medioambientales, podemos deducir que la vigente Ley General de Asentamientos Humanos es una ley muy bien hecha y que no presenta mayores dificultades prácticas para su aplicación por los diferentes niveles de gobierno; o por el contrario, es una ley demasiado amplia y compleja que no ha sido comprendida a cabalidad por los legisladores.

BIBLIOGRAFÍA

Estructura jurídica y organización administrativa para la planeación y regulación de los asentamientos humanos, México, SAHOP, Dirección General de Asuntos Jurídicos y de Legislación, 1980.

El marco jurídico e institucional de los asentamientos humanos en México, Senado de la República, Comisión de Desarrollo Urbano y Vivienda, LVI Legislatura, México, 1994.

GUTIÉRREZ HACES, María Teresa, La ideología del gobierno mexicano en materia de Asentamientos Humanos, en Problemas para el Desarrollo, 9, 34 (mayo-julio 1978), México.

MOLINA AZNAR, Víctor B., Otro intento de dictadura: el proyecto de Ley General de Asentamientos Humanos, México, 1976.

ZAVALA ECHAVARRÍA, Iván, Sobre el significado político de la iniciativa de Ley General de Asentamientos Humanos, en Estudios Políticos 2, 6 (abril-junio 1976) México.

Ley General de Asentamientos Humanos (D.O.F. 26 de Mayo de 1976).

Ley General de Asentamientos Humanos (D.O.F. 21 de Julio de 1993).

NUEVAS FIGURAS DE LA LEY DE MIGRACIÓN DE MÉXICO

LIC. JUAN MANUEL ESCUADRA DÍAZ*

* Licenciado en Derecho, por la Universidad Nacional Autónoma de México. Investigador "A", del Centro de Estudios de Derecho e Investigaciones Parlamentarias, de la Cámara de Diputados.

I. INTRODUCCIÓN

Al finalizar el siglo XX, la migración internacional se consolidó como un fenómeno que requería mayor investigación. Si bien diversos académicos e instituciones han abordado el tema de la migración internacional la difusión de resultados aún no satisface la demanda del tema.

Si bien es cierto, que cuando se aborda el tema de migración en México, es inevitable que se piense en el fenómeno que ha llevado a millones de mexicanos al país vecino del norte, sin embargo, también la migración es también el fenómeno que involucra a extranjeros que arriban a nuestro país de manera temporal con el fin de radicar definitivamente.

La llegada a un país de corrientes migratorias con una cultura propia, constituye un empalme étnico que da origen en el país de destino, y con el paso del tiempo en el de procedencia, a un mosaico cultural que diversifica y enriquece la cultura doméstica. El caso de México no es la excepción, a pesar de la poca representación relativa que los nacidos en otro país tienen hoy en día respecto de la población total.

Adicionalmente, es de mencionar que México ha sido por décadas territorio de paso de migrantes centroamericanos y caribeños que se dirigen hacia los Estados Unidos de América. En un sentido claro muchos de ellos llegaron para vivir aquí, algunos enfrentando situaciones sociales de rechazo, buscando asimilarse, formando familias con personas mexicanas, aportando con ello a la sociedad mexicana sus valores culturales, de modo que su presencia se ha dejado sentir en los diversos campos de la vida social, cultural, económica y demográfica del país.

El análisis de la política migratoria del gobierno mexicano puede verse desde dos perspectivas, que en sí son complementarias. Por una parte, lo que dice el discurso oficial; por la otra, su formalización, a través de leyes, reglamentos y normas, así como su aplicación y cumplimiento en la práctica cotidiana de la migración. Por la complejidad del fenómeno migratorio en México, al ser país de origen, de tránsito y de destino de migrantes, es necesaria una política migratoria amplia, que enfoque esos tres campos, y para ello, los poderes federales involucrados (Poder Ejecutivo, Poder Legislativo), han implementado en el ámbito de sus respectivas competencias acciones para adecuar la política migratoria a los tiempos modernos en los cuales la migración es inherente a la globalización política, social y económica de la cual es parte nuestro país, como es el caso de la reciente expedición de la Ley de Migración.

La relevancia de la citada ley estriba en el hecho de que se modifican las figuras migratorias que determinaban la política en la materia, implementada por el país durante las últimas décadas al amparo de la Ley General de Población, por lo cual, el presente trabajo tiene por objeto describir el contenido de la nueva ley mi-

gratoria, con especial énfasis en las figuras que regulan el ingreso, permanencia y demás derechos y obligaciones de quienes no siendo mexicanos, deben sujetarse a una regulación especial que sobre todo, antepone el respeto a los derechos humanos y el reconocimiento de la importancia que tienen los extranjeros para México.

II. LA MIGRACIÓN Y LAS INSTANCIAS ENCARGADAS DE SU REGULACIÓN Y VERIFICACIÓN

Actualmente hay dos instancias dentro del gobierno mexicano cuyo ámbito de actividades se relaciona con los asuntos migratorios: el Instituto Nacional de Migración (INM), dentro de la Secretaría de Gobernación (o Ministerio del Interior) y las Embajadas y Representaciones Consulares en el exterior, como parte de la Secretaría

El INM fue creado el 19 de octubre de 1993, y se entiende como la continuación del trabajo que realizaba la Dirección General de Servicios Migratorios desde 1977. El objetivo principal del INM es la "*planeación, ejecución, control, supervisión y evaluación de los servicios migratorios, al igual que las relaciones de coordinación con las diferentes dependencias de la Administración Pública Federal que concurrieran en la atención y solución de los asuntos relacionados con la materia*". A partir del 18 de mayo de 2005 el INM es reconocido también como instancia de seguridad nacional.[1] El INM fue incorporado al Sistema de Seguridad Nacional, según el acuerdo publicado el 18 de mayo de 2005 en el Diario Oficial de la Federación. Con ello, las bases de datos del Instituto y sistemas de información, forman parte de la Red Nacional de Información prevista en la Ley de Seguridad Nacional.

El Instituto Nacional de Migración tiene tres Programas:

i) Paisano;
ii) Repatriación Humana y
iii) Grupo Beta.

El *Programa Paisano* tiene como fin proteger a los migrantes mexicanos cuando regresan temporalmente a México. La protección que busca brindar es respecto a posibles actos de corrupción y abusos de autoridad que sufrieran los

[1]El INM realiza un trabajo de contención porque tiene la facultad y responsabilidad de proteger y tutelar la seguridad nacional a través de la restricción de la emigración de nacionales cuando el interés nacional así lo exija; organizar y coordinar los distintos servicios migratorios; vigilar la entrada y salida de los nacionales y extranjeros, y revisar la documentación de los mismos. De acuerdo con su normatividad el INM puede negar a los extranjeros la entrada al país o el cambio de calidad migratoria cuando lo exija el equilibrio demográfico nacional o se estime lesivo para los intereses nacionales; suspender o prohibir la admisión de extranjeros y expulsar a éstos cuando se atente contra la soberanía nacional.
(http://www.contralinea.com.mx/archivo/2006/febrero2/htm/xenofobia_politica_migratoria.htm).

migrantes en territorio mexicano. Su operación tiene mayor intensidad en periodos vacacionales como Navidad o Semana Santa, que es cuando se esperan los mayores flujos hacia México. El Programa Paisano tiene actualmente tres Representaciones en los EEUU, en Chicago, Illinois, en los Ángeles, California y en Houston, Texas, que es donde se considera que están los grupos mayores de mexicanos.

El Programa de Repatriación Humana es tanto para los mexicanos que habiendo migrado hacia los EEUU son deportados del exterior por ser *"indocumentados"*, como de los extranjeros que ingresan *"ilegalmente"* o de manera no formal a territorio mexicano, que son "asegurados" y finalmente repatriados hacia sus países de origen. En este caso se trata mayormente de los centroamericanos que buscan llegar a los EEUU atravesando territorio mexicano.

Por su parte, el Programa *"Grupo Beta",* que fue creado en 1990, con el fin de "salvar la vida de los migrantes en peligro en las zonas de riesgo". La primera representación del *Grupo Beta* fue en la frontera norte de México y auxiliaba a migrantes mexicanos que tuvieran percances y que ponían en riesgo sus vidas; actualmente hay representaciones también en el sur, donde Grupo Beta atiende principalmente a los transmigrantes centroamericanos en situaciones de riesgo.

El Programa Grupo Beta funciona con personal de los tres órdenes de Gobierno especializados en labores de búsqueda, rescate y primeros auxilios, así como para la protección y defensa de los derechos humanos de los migrantes. Las funciones del Grupo Beta se enfocan en tres vertientes: i) Rescate y salvamento de migrantes en situaciones de riesgo, en coordinación con las dependencias involucradas en la materia; ii) Protección de los Derechos Humanos, que brinda apoyo legal y asistencia social a los migrantes, recibiendo y atendiendo quejas, así como canalizando las denuncias ante las instancias correspondientes, con el objeto de proteger la integridad física y patrimonial de los migrantes y iii) Orientación y Asistencia a los migrantes respecto a los derechos que les asisten en México, así como de los riesgos naturales que enfrentan al intentar cruzar la frontera. Actualmente existen 16 representaciones del Grupo Beta, distribuidos en la frontera norte y en la frontera sur, además de las que existen en la franja del Golfo de México.

El INM ha sufrido críticas permanentes a su actividad, críticas en las que se le ha atribuido ineficiencia y corrupción o inclusive contubernio con grupos de tratantes de personas. En años recientes, particularmente en 2010 el INM ha estado en el centro de la atención pública, debido a graves accidentes, secuestros y muerte de transmigrantes en México, en su paso a los EEUU. A raíz de los recientes acontecimientos se presentó y aprobó en el Congreso una propuesta para atender el fenómeno migratorio, que en febrero de 2011 se convirtió en una Ley Migratoria con la que se busca formalizar el tratamiento a la migración y la transmigración.

En el año de 2010 se aprobó un presupuesto de 1,767.58 millones de pesos para el INM, que significó una reducción respecto al año anterior, que ascendió a 2,568.91 millones de pesos. La distribución del presupuesto del INM muestra que el destinado al Grupo Beta no es prioritario, pues no ocupa ni el 5% del total.

En otro ámbito, pero que también es fundamental su inclusión en la política migratoria del gobierno mexicano, se refiere a la transmigración de centroamericanos por territorio mexicano. Al respecto, la posición predominante del gobierno mexicano respecto a la frontera sur ha sido en el sentido de preservar la seguridad nacional y atacar el narcotráfico que tendría presencia en esa frontera. Así, las acciones que se emprenden han buscado enmarcarse en el contexto de la salvaguarda de la soberanía y seguridad nacional, mezclando así dos temas que requieren tratamientos diferentes: la seguridad nacional y la migración. Es precisamente respecto a Centroamérica donde la política migratoria mexicana entra en un dilema. Por una parte, y según quejas ante la Comisión de los Derechos Humanos la política migratoria no ha podido observar el respeto a los derechos humanos de los transmigrantes, y por la otra, México exige respeto a los derechos humanos para los migrantes mexicanos en su paso por la frontera norte y en su estancia en los EEUU.

La frontera sur sólo es vigilada parcialmente, habiendo grandes espacios donde es posible y por donde se realiza el ingreso sin control a territorio mexicano. Ese tránsito frecuente de centroamericanos sin cubrir los trámites de entrada es justamente lo que los hace vulnerables una vez en territorio mexicano. Aunque es cierto que el destino de los centroamericanos no es México, y que sólo van de paso a los EEUU, para evitar los accidentes y los abusos, uno de los aspectos que tendría que formalizarse es precisamente su ingreso. Ello les daría seguridad en su movimiento en territorio mexicano. Con frecuencia se ha aseverado que México funge como retén de los EEUU, y que detiene y evita que los centroamericanos lleguen a ese país. Ante ello y para atacar posibles arbitrariedades, abusos y malos tratos a los centroamericanos resulta indispensable la aplicación de las leyes y la vigencia de las instituciones.

III. FIGURAS MIGRATORIAS CONTENIDAS EN LA LEY GENERAL DE POBLACIÓN

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su CAPÍTULO III, DE LOS EXTRANJEROS, artículo 33, establece que son extranjeros los que no posean las calidades determinadas en el artículo 30.

Éste a su vez indica que la nacionalidad mexicana se adquiere por nacimiento o por naturalización, y en sus incisos A y B, con sus respectivas fracciones estipula bajo que condiciones se es mexicano por nacimiento o por naturalización.

Además en su artículo 73, fracción XVI, establece que es facultad del Congreso de la Unión expedir leyes sobre nacionalidad, condición jurídica de los extranjeros, ciudadanía, naturalización, emigración e inmigración.

De esta forma, La Ley General de Población (LGP) en su Capítulo III; artículo 41, determina que, un extranjero podrá internarse legalmente al país bajo dos calidades migratorias diferentes, *No Inmigrante e Inmigrante.* En su artículo 42 establece, que el No Inmigrante, es el extranjero que con permiso de la Secretaría de Gobernación (SEGOB) se interna en el país temporalmente, dentro de alguna de las siguientes características: turista, transmigrante, visitante, ministro de culto o asociado religioso, asilado político, refugiado, estudiante, visitante distinguido, visitantes locales, visitante provisional y corresponsal. Por su parte, el artículo 44 estipula que, el Inmigrante es el extranjero que se interna legalmente en el país con el propósito de radicar en él, en tanto adquiera la calidad de Inmigrado. Finalmente, el artículo 48 señala que las características bajo las cuales ingresa el Inmigrante son: rentista, inversionista, profesional, científico, técnico, cargo de confianza, familiares, artistas y deportistas, y asimilados.

Los extranjeros podrán internarse legalmente al país de acuerdo con las siguientes calidades:

- No inmigrante
- Inmigrante

No inmigrante es el extranjero que con permiso de la Secretaría de Gobernación (SEGOB), por conducto del Instituto Nacional de Migración (INM), se interna en el país temporalmente sin el ánimo o intención de residir en forma permanente.

La calidad de No inmigrante, comprende once tipos de actividades o características migratorias bajo las cuales los extranjeros podían ser autorizados para entrar y permanecer en el territorio nacional, que a saber eran las siguientes:

1.- TURISTA.- es la persona que se interna en el país con fines de recreo o salud, para actividades artísticas, culturales o deportivas, no remuneradas ni lucrativas, con temporalidad máxima de seis meses improrrogables.

Este plazo según el RLGP se pude prorrogar sólo cuando el extranjero no puede viajar por enfermedad o por causas de fuerza mayor, así como cuando el turista originariamente haya sido documentado por un tiempo menor a los 6 meses.

2.- TRANSMIGRANTE.- es el extranjero en tránsito hacia otro país y que podrá permanecer en territorio nacional hasta por 30 días.

El Reglamento de la Ley General de Población (RLGP), prohíbe para esta característica las prórrogas y debe tener permiso de admisión del lugar a donde se dirigen o de tránsito hacia otro país, y tiene la limitante de que esta característica no se puede cambiar por otra calidad migratoria.

3.- VISITANTE.- Es el extranjero que se interna en el país para dedicarse al ejercicio de alguna actividad lucrativa o no, siempre que sea lícita y honesta, con autorización para permanecer en el país hasta por un año.

Cuando el extranjero visitante durante su estancia viva de sus recursos traídos del extranjero, de las rentas que éstos produzcan o de cualquier ingreso proveniente del exterior, su internación tenga como propósito conocer alternativas de inversión o para realizar éstas; se dedique a actividades científicas, técnicas, de asesoría, artísticas deportivas o similares; se interne para ocupar cargos de confianza, o asistir a asambleas y sesiones de consejos de administración de empresas, podrán concederse hasta cuatro prórrogas por igual temporalidad cada una, con entradas y salidas múltiples.

El RLGP establece que debe solicitar la empresa o institución donde va a prestar servicios el extranjero, para que se haga solidariamente responsable con aquel.

4.- MINISTRO DE CULTO O ASOSIADO RELIGIOSO.- Para ejercer el ministerio de cualquier culto, o para la realización de labores de asistencia social y filantrópicas, que coincidan con los fines de la asociación religiosa a la que pertenezca, siempre que ésta cuente con registro previo ante la Secretaría de Gobernación y que el extranjero posea, con antelación, el carácter de ministro de culto o de asociado en los términos de la Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público. El permiso se otorgará hasta por un año y podrán concederse hasta cuatro prórrogas por igual temporalidad cada una, con entradas y salidas múltiples.

El RLGP establece que el interesado o su representante debe comprobar los ingresos para su manutención en México, debe señalar las actividades y el lugar en donde se desarrollaran, y no puede dedicarse a actividades remuneradas de otro tipo.

5.- ASILADO POLÍTICO.- Para proteger su libertad o su vida de persecuciones políticas en su país de origen, autorizado por el tiempo que la Secretaría de Gobernación juzgue conveniente, atendiendo a las circunstancias que en cada caso concurran. Si el asilado político viola las leyes nacionales, sin perjuicio de las sanciones que por ello le sean aplicables, perderá su característica migratoria, y la misma Secretaría le podrá otorgar la calidad que juzgue conveniente para continuar su legal estancia en el país. Asimismo, si el asilado político se ausenta del país, perderá todo derecho a regresar en esta calidad migratoria, salvo que haya salido con permiso de la propia Dependencia.

El RLGP establece que el extranjero debe manifestar las razones y motivos de su internación en esta categoría, no se admitirá al extranjero que provenga de otro país que no sea el de su origen.

El art. 35 de la LGP, establece que los extranjeros que sufran persecuciones políticas o aquéllos que huyan de su país de origen, serán admitidos provisionalmente por las autoridades de migración, mientras la Secretaría de Gobernación resuelve cada caso, lo que hará del modo más expedito. Pues debida a la internación del extranjero al país sería riesgoso regresarlo a su país, por lo que se debe de tomar en cuenta la declaración del mismo.

6.- REFUGIADO.- Para proteger su vida, seguridad o libertad, cuando hayan sido amenazadas por violencia generalizada, agresión extranjera, conflictos internos, violación masiva de derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público en su país de origen, que lo hayan obligado a huir a otro país. No quedan comprendidas en la presente característica migratoria aquellas personas que son objeto de persecución política prevista en la fracción anterior. La Secretaría de Gobernación renovará su permiso de estancia en el país, cuantas veces lo estime necesario. Si el refugiado viola las leyes nacionales, sin perjuicio de las sanciones que por ello le sean aplicables, perderá su característica migratoria y la misma Secretaría le podrá otorgar la calidad que juzgue procedente para continuar su legal estancia en el país. Asimismo, si el refugiado se ausenta del país, perderá todo derecho a regresar en esta calidad migratoria, salvo que haya salido con permiso de la propia Secretaría. El refugiado no podrá ser devuelto a su país de origen, ni enviado a cualquier otro, en donde su vida, libertad o seguridad se vean amenazadas.

La Secretaría de Gobernación podrá dispensar la sanción a que se hubiere hecho acreedor por su internación ilegal al país, al extranjero a quien se otorgue esta característica migratoria, atendiendo al sentido humanitario y de protección que orienta la institución del refugiado.

A diferencia del asilado político, es que en el caso del refugiado no se trata de una persecución personal, sino de problemas generales en su país de origen, lo que implica por lo general traslados masivos, o comunidades enteras.

7.- ESTUDIANTE.- Para iniciar, terminar o perfeccionar estudios en instituciones o planteles educativos oficiales, o incorporados con reconocimiento oficial de validez, o para realizar estudios que no lo requieran, con prórrogas anuales y con autorización para permanecer en el país sólo el tiempo que duren sus estudios y el que sea necesario para obtener la documentación final escolar respectiva, pudiendo ausentarse del país, cada año, hasta por 120 días en total; si estudia en alguna ciudad fronteriza y es residente de localidad limítrofe, no se aplicará la limitación de ausencias señalada.

8.- VISITANTE DISTINGUIDO.- En casos especiales, de manera excepcional, podrá otorgarse permisos de cortesía para internarse y residir en el país, hasta por seis meses, a investigadores, científicos o humanistas de prestigio internacional, periodistas o a otras personas prominentes. La Secretaría de Gobernación podrá renovar estos permisos cuando lo estime pertinente.

9.- VISITANTE LOCAL.- Las autoridades de Migración podrán autorizar a los extranjeros a que visiten puertos marítimos o ciudades fronterizas sin que su permanencia exceda de tres días.

10.- VISITANTE PROVISIONAL.- La Secretaría de Gobernación podrá autorizar como excepción hasta por 90 días, el desembarco provisional de extranjeros que lleguen a puertos de mar o aeropuertos con servicio internacional, cuya documentación carezca de algún requisito secundario. En estos casos deberán constituir depósito o fianza que garantice su regreso al país de procedencia, de su nacionalidad o de su origen, si no cumplen el requisito en el plazo concedido.

11.- CORRESPONSAL.- Para realizar actividades propias de la profesión de periodista, para cubrir un evento especial o para su ejercicio temporal, siempre que acredite debidamente su nombramiento o ejercicio de la profesión en los términos que determine la Secretaría de Gobernación. El permiso se otorgará hasta por un año, y podrán concederse prórrogas por igual temporalidad cada una, con entradas y salidas múltiples.

El RLGP, establece que el corresponsal debe acreditar trabajar como tal en el extranjero para posteriormente ser acreditado con ese carácter en México. Todo extranjero que se interne al país como No Inmigrante, podrá solicitar el ingreso de su cónyuge y familiares en primer grado, a los cuales podrá concedérseles, cuando no sean titulares de una característica migratoria propia, la misma característica migratoria y temporalidad que al No Inmigrante, bajo la modalidad de dependiente económico.

La forma migratoria para los extranjeros con calidad de No inmigrante, en todas sus características, es la FM3 la cual es expedida por las autoridades consulares, que presenta la firma del funcionario y el sello de la oficina que la expide, la cual contiene:

- Datos generales del extranjero
- Datos de su situación migratoria
- Números del Registro Nacional de Extranjeros y de su expediente migratorio
- Domicilio del extranjero en la Republica Mexicana
- Paginas para anotar las autorizaciones de prórrogas a la estancia del titular, así como los cambios de domicilio, actividad y estado civil

La segunda calidad migratoria que preveía la Ley General de Población es la de Inmigrante, que se refiere a la autorización que se expide a un extranjero para internarse legalmente en el país con el propósito de radicar de manera permanente y permanecer en él, en tanto adquiere la calidad de inmigrado (residencia definitiva).

La calidad migratoria de Inmigrante, tiene nueve características:

1.- RENTISTA.- Para vivir de sus recursos traídos del extranjero; de los intereses que le produzca la inversión de su capital en certificados, títulos y bonos del Estado o de las instituciones nacionales de crédito u otras que determine la Secretaría de Gobernación o de cualquier ingreso permanente que proceda del exterior. El monto mínimo requerido será el que se fije en el Reglamento de esta Ley. La Secretaría de Gobernación podrá autorizar a los rentistas para que presten servicios como profesores, científicos, investigadores científicos o técnicos, cuando estime que dichas actividades resulten benéficas para el país.

2.- INVERSIONISTAS.- Para invertir su capital en la industria, comercio y servicios, de conformidad con las leyes nacionales, siempre que contribuya al desarrollo económico y social del país y que se mantenga durante el tiempo de residencia del extranjero el monto mínimo que fije el reglamento de esta ley.

Monto mínimo fijado en el RLGP, 40.000 días de Salario Mínimo en el Distrito Federal.

3.- PROFESIONAL.- Para ejercer una profesión. En el caso de que se trate de profesiones que requieran título para su ejercicio se deberá cumplir con lo ordenado por las disposiciones reglamentarias del artículo 5o. Constitucional en materia de profesiones.

El RLGP, establece que es requisito el registro del título profesional ante las autoridades competentes y obtener cédula profesional para ejercer la profesión.

4.- CARGO DE CONFIANZA.- Para asumir cargos de dirección, de administrador único u otros de absoluta confianza en empresas o instituciones establecidas en la República, siempre que a juicio de la Secretaría de Gobernación no haya duplicidad de cargos y que el servicio de que se trate amerite la internación al país.

5.- CIENTÍFICO.- Para dirigir o realizar investigaciones científicas, para difundir sus conocimientos científicos, preparar investigadores o realizar trabajos docentes, cuando estas actividades sean realizadas en interés del desarrollo nacional a juicio de la Secretaría de Gobernación, tomando en consideración la información general que al respecto le proporcionen las instituciones que estime conveniente consultar.

6.- TECNICO.- Para realizar investigación aplicada dentro de la producción o desempeñar funciones técnicas o especializadas que no puedan ser prestadas, a juicio de la Secretaría de Gobernación, por residentes en el país.

Facultad discrecional de SEGOB para determinar si dichas funciones las pueden ser desempeñadas por residentes del país o no, la diferencia con el científico es que el técnico aplica en la industria los conocimientos obtenidos por la investigación científica.

7.- FAMILIARES.- Para vivir bajo la dependencia económica del cónyuge o de un pariente consanguíneo, inmigrante, inmigrado o mexicano en línea recta sin límite de grado o transversal hasta el segundo.

Los inmigrantes familiares podrán ser autorizados por la Secretaría de Gobernación para realizar las actividades que establezca el Reglamento.

Los hijos y hermanos extranjeros de los inmigrantes, inmigrados o mexicanos, sólo podrán admitirse dentro de esta característica cuando sean menores de edad, salvo que tengan impedimento debidamente comprobado para trabajar o estén estudiando en forma estable.

8.- ARTISTAS Y DEPORTISTAS.- Para realizar actividades artísticas, deportivas o análogas, siempre que a juicio de la Secretaría dichas actividades resulten benéficas para el país.

No se sujeta su estancia a un plazo determinado.

9.- ASIMILADOS.- Para realizar cualquier actividad lícita y honesta, en caso de extranjeros que hayan sido asimilados al medio nacional o hayan tenido o tengan cónyuge o hijo mexicano y que no se encuentren comprendidos en las fracciones anteriores, en los términos que establezca el Reglamento.

La forma migratoria para los extranjeros con calidad de Inmigrante, en todas sus características es la FM2.

Calidad migratoria de inmigrado (adquiere derechos de residencia definitiva en el país), la adquieren los inmigrantes con residencia legal en el país durante cinco años, siempre que hayan observado las disposiciones de la LGP y sus reglamentos y que sus actividades hayan sido honestas y positivas para la comunidad.

En tanto no se resuelva la solicitud de la calidad de Inmigrado, a juicio de la Secretaría de Gobernación, el interesado seguirá conservando la de Inmigrante.

Al Inmigrante que vencida su temporalidad de cinco años no solicite en los plazos que señale el Reglamento su calidad de Inmigrado o no se le conceda

ésta, se le cancelará su documentación migratoria exigiendo salir del país en el plazo que le señale para el efecto la Secretaría de Gobernación. En estos casos el extranjero podrá solicitar nueva calidad migratoria de acuerdo con la Ley.

Después de 5 años el extranjero se ha asimilado a la sociedad mexicana y por tanto adquiere derechos de residencia definitiva y sólo debe cumplir con los requisitos de información de las autoridades migratorias. Se entiende que la adquisición de esta la calidad migratoria de inmigrante e inmigrado son porque se asimilan al nacional, permiten participar en su vida social y económica, por lo que la LGP, establece ciertas limitaciones:

Aspectos importantes que debe conocer el extranjero:

• Ningún extranjero podrá tener dos calidades o características migratorias simultáneamente.

• No se cambiará la calidad de no inmigrante ni característica migratoria de transmigrante. En los demás queda a juicio de la Secretaría de Gobernación hacerlo cuando se llenen los requisitos que LGP fija para la nueva calidad o característica migratoria que se pretende adquirir.

• Nadie deberá dar ocupación a extranjeros que no comprueben previamente su legal estancia en el país y sin haber obtenido la autorización específica para prestar ese determinado servicio.

Recomendaciones:

Es importante tomar en cuenta los plazos y términos que se necesitan para la realización de los presentes trámites ya que en la práctica se realizan en el plazo de 45 días hábiles; sin embargo ese plazo varía.

Se debe contar con toda la documentación requerida y esta debe ser legible, libre de cualquier tachadura, enmendadura y cuidada.

IV. CONTENIDO DE LA LEY DE MIGRACIÓN

La Ley de Migración fue propuesta en diciembre de 2010 y es considerada como un avance en la materia, pues llena un vacío jurídico ya que hasta el momento México no cuenta con una ley migratoria y se rige por la Ley General de Población.

La Ley de Migración se divide en ocho títulos y 21 capítulos e incluye la creación de un Centro de Evaluación y Control de Confianza, con el que se obligará al personal del INM a cursar y aprobar programas de formación, capacitación y

profesionalización, debiendo actuar invariablemente bajo los principios de legalidad, objetividad, eficiencia, profesionalismo, honradez y respeto a los derechos humanos de los migrantes.

En materia de protección de los derechos humanos incluye un procedimiento especial para la atención de personas en situación de vulnerabilidad, principalmente niños, niñas o adolescentes migrantes no acompañados, y se incluyen obligaciones específicas al INM. En materia de derechos fundamentales como el acceso a los servicios educativos y a la salud, a la procuración e impartición de justicia, a la unidad familiar, a la información o al reconocimiento de su personalidad jurídica se garantizarán a los migrantes sin importar su situación migratoria.

Además, para el caso de los niños, niñas y adolescentes, se establece la obligación de la autoridad de tomar en cuenta su edad y privilegiar su interés superior en todos los procedimientos.

La ley describe además los derechos y las obligaciones de los migrantes, así como la obligación del Estado Mexicano de garantizar igualdad de trato a los extranjeros con respecto a los nacionales para el ejercicio de todos sus derechos, independientemente de su situación migratoria. La Ley aborda las atribuciones de la Secretaría de Gobernación y de las autoridades auxiliares en el tema migratorio. Con ello busca "involucrar a las autoridades federales en la atención del tema migratorio y contribuye a que exista claridad sobre las funciones que cada una debe desempeñar, con lo que se espera una mejor coordinación entre ellas para hacer frente a los nuevos retos que representa el fenómeno migratorio", como lo señala la iniciativa.

Se establece la facultad de la Secretaría de Gobernación de formular y dirigir la política migratoria del país, tomando en cuenta la opinión del resto de las dependencias del gobierno federal involucradas en el tema, de los demás Poderes de la Unión y de la sociedad civil organizada, con el fin de tomar decisiones con una visión integral y colegiada. En la nueva Ley se establecen los requisitos que deben presentar extranjeros y nacionales para ingresar al país. Se incluye también la posibilidad de que los extranjeros establecidos en el país sin la documentación adecuada, puedan regularizar su situación migratoria cuando manifiesten su intención de residir en el país, especialmente cuando los extranjeros acrediten tener un vínculo familiar con mexicanos o con extranjeros legalmente establecidos en México, con límites de grado de parentesco; cuando hayan sido identificados por la autoridad como víctimas o testigos de algún delito, cuando se trate de personas cuyo grado de vulnerabilidad dificulte o haga imposible su retorno, o bien, cuando se trate de niñas, niños y adolescentes que se encuentren sujetos a un procedimiento de sustracción y restitución internacional.

De conformidad con el Artículo 2° transitorio de la ley en comento, la derogación de la Ley General de Población (LGP) entrara en vigor hasta que se publique el reglamento de la ley de Migración.

La presente Ley es de orden público y de observancia general en toda la República, teniendo por objeto regular el ingreso y salida de mexicanos y extranjeros, así como el transito y la estancia de los mismos.

La ley comprende la política migratoria del Estado Mexicano, siendo esta el conjunto de decisiones estratégicas para alcanzar los objetivos de la ley, reservando al Reglamento de la misma normas, programas y acciones para atender el fenómeno migratorio de México de forma integral (art. 2)

Dentro del ordenamiento en cita se contienen disposiciones preliminares y en ella se expresan lo principios en los que se sustenta la política migratoria, privilegiando a los derechos humanos, la responsabilidad compartida entre gobiernos e instituciones involucradas al tema migratorio, la hospitalidad y solidaridad internacional, la facilitación de la movilidad internacional de personas, la complementariedad de los mercados laborales, la equidad entre nacionales y extranjeros e observancia a la Constitución General, el reconocimiento de los derechos adquiridos de los migrantes, buscar la unidad familiar privilegiando el interés de los menores, la integración social entre nacionales y extranjeros residentes en el país, facilitar el retorno y reinserción social de los emigrantes mexicanos y sus familias, reservando al ejecutivo determinar dicha política en su parte operativa, teniendo presente las demandas y posicionamientos de los otros poderes de la Unión, de los gobiernos locales y de la sociedad civil organizada, tomando la tradición humanitaria de México y su compromiso con los Derechos Humanos, buscando el desarrollo y la seguridad nacional, pública y fronteriza.

Como podemos observar la presente ley, se contemplan principios que pudieran ser inamovibles, pero que al reservar al ejecutivo la facultad de cambiarlos porque así se lo faculta la ley, al respecto sería un acto apegado a derecho cambiar la política migratorio o los supuestos principios enunciados en el ordenamiento cuando el lo considere, lo cual hacen supeditar dicha ley al poder ejecutivo federal.

Por otra parte, se insertan dentro de la ley definiciones que parecen obvias pero que tienen mucha importancia jurídica tal es el caso de los apátridas, y de las cuotas, estos dos conceptos nos hacen evidente que el estado mexicano deberá considerar que existen extranjeros que no son considerados como nacionales de ningún estado conforme a su legislación; y establece un número máximo de extranjeros para ingresar a trabajar al país ya sea en general o por actividad económica o por zona de residencia.

En principio parece una nueva aportación, pero en realidad por los medios tecnológicos que existen en la actualidad, resulta difícil pensar que una persona no tenga nacionalidad, es decir el Derecho Internacional ha definido adoptar dos derechos esenciales para determinar la nacionalidad de las personas en primer lugar el derecho de suelo o "ius soli" y en segundo lugar el "ius sanguinus" es decir el derecho de sangre, esto en tratándose de personas físicas, por no debemos perder de vista que las personas morales tienen su propia nacionalidad reconocida por el mismo derecho internacional y por ende por lo países miembros de la ONU y esta tendrán la nacionalidad de la ley que las constituya.

Por o tanto este caso de excepción no debiera contenerse en una norma general y abstracta como lo es la Ley de Migración.

Por otro lado las cuotas, esto referencia ya se contenía en la Ley General de Población (LGP), pero nunca se determino dentro de dicha disposición quien establecería dicha cuota o si solo correspondía a un poder estatal o un grupo de dependencias, pero sobre todo no se determina como se haría la determinación de la misma, porque el estado mexicano involucra a Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática, para poder contar con los parámetros necesarios para tener dicha información, pero esto en tratándose de zonas de residencia, ya que la materia laboral corresponde al Secretaría del Trabajo y Previsión Social y pocas son los datos que puede arrojar sobre el número de extranjeros que laboran en México, lo cual sería una discriminación de extranjeros y sería contraria a la norma constitucional y la ley federal para prevenir y eliminar la discriminación.

La protección complementaria, esta se otorga a un extranjero a la Comisión Mexicana de Ayuda a Refugiados no reconoció el carácter de refugiado, pero cuya retorno a lugar donde su vida corre peligro por poderle imponer tortura u otros tratos o penas crueles inhumanas o degradantes. Esto nos conlleva a pensar que el la Autoridad Migratoria Mexicana, se erige como juez para determinar si algún extranjero es objeto de esta protección dentro del territorio nacional.

Por cuanto a los derechos y obligaciones de los migrantes la ley prevé que son todos los contenidos en la Constitución, en los tratados y convenios internacionales de los que México sea parte, entre ellos libertad de tránsito, acceder a los servicios educativos, independiente de su condición migratoria, derecho a la atención médica urgente, derecho a realizar actos del estado civil, y obtener las actas de nacimientos de sus hijos, reconocimiento de los mismos, matrimonio, divorcio y muerte, lo anterior con independencia de su situación migratoria, a "contrario sensu", si el extranjero se encuentra de forma irregular en el país puede realizar todos los actos que se mencionan y ningún juez u oficial del registro civil en el república podrá negar ese derecho, lo cual implica que cualquier extranjero que se case o tenga hijos en México o reconozca algún hijo mexicano podría por razones de unificación familiar permanecer en México.

Tienen derecho a reconocimiento de procuración e impartición de justicia y al reconocimiento de su personalidad jurídica, lo que implica que ningún juez a autoridad les debe cuestionar sobre su condición migratoria lo cual resulta ventajoso para las contrapartes mexicanas sobre todo en tratándose de juicios de alimentos o patria potestad, ya que los extranjeros pueden pedir el apoyo de sus países y sobre todo proporcionarles los medios para su movilidad fuera de México, cuando se involucren en juicios civiles, familiares o mercantiles.

Se les establece el derecho de solicitar la condición de refugiado, el otorgamiento de la protección complementaria y el asilo político, o bien a que se determine su apatridia. Esto conlleva a determinar que se abre un enorme salida a todo extranjero para plantear estas condiciones migratorias que son meras apreciaciones subjetivas, y se vuelve generalizadas en ver de ser excepciones a la regla.

Se establecen derecho a la asistencia de traductores e intérpretes en personas que no hable español, sean sordos, o no sepan leer o escribir.

Los migrantes tienen derecho a acceder a la vida económica y social del país peros solo los residentes temporales y los permanentes, no así los visitantes.

Por cuanto a las autoridades previstas en la Ley para aplicar la ley, se señalan el Instituto Nacional de Migración (INM) y la Secretaría de Relaciones Exteriores (SRE). Cabe hacer mención que como se encuentra estructurada la Ley de Migración cobra especial importancia que la SRE, se le atribuya el papel protagónico ya que de ella depende la expedición de Visas, y estas son el documento indispensable apara que el extranjero pueda ingresar, o permanecer en México, quedando el INM únicamente como revisor de la mismas y operador de las salidas de mexicanos y extranjeros, su participación en el expedición de visas se limita a una opinión al que la SRE, le puede cuestionar y aun negarse a expedir (reconsideración).

Son autoridades auxiliares de migración la Secretaría de Turismo (SECTUR); la Procuraduría General de la República (PGR); EL Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF) Estatales y del Distrito Federal; el Instituto Nacional de las Mujeres.

Como podemos observar no se contempla ni a la STyPS, ni al INEGI, los cuales resultarían necesarios sobre todo en la implementación de las cuotas de las que habla el artículo 3 de la ley en comento.

Otro rubro previsto en el ordenamiento legal que nos ocupa es el relativo a Profesionalización y Certificación del Personal del Instituto Nacional de Migración. Al respecto se estable la obligatoriedad de los servidores públicos del INM de certificarse a través de un centro de evaluación acreditado por el Centro Nacional de Certificación y Acreditación, en términos de la Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública.

Cabe hacer mención que el personal administrativo del INM rebasa con mucho, al personal operativo de la institución por lo que esta disposición resulta inoperante en la realidad y solo se va a limitar su aplicación al personal operativo considerando a estos, solo aquellos cuyo servicio tenga relación con los usuarios del servicio migratorio.

Los extranjeros para internarse al país deberán Presentar pasaporte o documento de identidad y viaje, así como la visa respectiva que precise la situación bajo la cual se le autoriza pata entrar al país, así como el tiempo que se podrá permanecer en territorio nacional.

La Visa vigente y legalmente autorizada, no se requiere para extranjeros nacionales de países de los cuales México haya suprimidos las visas, ni aquellos que sean visitantes regionales o visitante trabajador fronterizo, ni a los titulares de un permiso de salida y regreso; los titulares de una condición de estancia autorizada por la Secretaría; los solicitantes de la condición de refugiados, protección complementaria y determinación de apatridia o por razones humanitarias, y los miembros de la tripulación de embarcaciones o aeronaves conforme a compromisos asumidos por México.

Esta disposición omite el caso de los transportistas vía terrestre tal sería el caso del Tratado del Libre Comercio con Estados Unidos de América y Canada. Los extranjeros que pretendan Internarse al país deberán contar con algún tipo de las siguientes visas:

Visas de visitante sin permiso para actividades remuneradas vigente hasta por 180 días naturales;

Visa de visitante con permiso para actividades remuneradas vigente hasta por 180 días naturales;

Visa para realizar trámites de Adopción vigente por el tiempo que dure el juicio y la inscripción en el Registro Civil Mexicano limitada a nacionales de países con los que México tenga convenios suscritos en la materia;

Visa de residencia temporal vigente hasta por cuatro años;

Visa de residente temporal estudiante vigente por el tiempo que duren sus estudios o labores académicas en el Sistema Educativo Nacional;

Visa de Residente permanente; se otorga de manera indefinida.

Se reserva al reglamento establecer los criterios para las visas, determinando los criterios con la SRE, favoreciendo los flujos migratorios ordenados y regulares.

Las visas podrán establecer el permiso de trabajo especificado en dicho documento, la visa autoriza la condición de estancia y le proporciona al extranjero el derecho de obtener una tarjeta de residencia.

Es de mencionarse que las oficinas consulares autorizaran y expedirán visas, en los casos de:

Derecho a la preservación de la Unidad Familiar;

Por oferta de empleo;

Por razones humanitarias. Dice el artículo 41 que estas visas se podrán solicita al INM quien autorizara y la SRE expedirá la visa lo cual contradice el primer párrafo de la ley, que dice que las oficinas consulares autorizaran y expedirán las visas en comento, en resumen existe esta contradicción de quien autoriza y quien expide.

La ley reconoce que la secretaría podrá autorizar ingreso de extranjeros como refugiados, asilados políticos, determinación de apátrida, por causas de fuerza mayor, o por razones humanitarias, sin cumplir con los requisitos contenidos en el artículo 37 de la ley en comento, es decir se faculta a la secretaría a que facilite la irregularidad, con la premisa de la vulnerabilidad de los extranjeros solicitantes pero omite señalar que la Comar y el Alto Comisionada de Naciones Unidas de Ayuda a Refugiados, tienen la determinación y el análisis de las solicitudes y la Ley aquí omite dicha paso del proceso otorgando directamente el ingreso de estos extranjeros, ignorando por completo lo que señala la Ley Sobre Refugiados y Protección complementaria, donde se establece el procedimiento para determinar esta condición de las personas extranjeras, en suma se violenta la ley.

Las autoridades migratorias pueden negar la expedición de la visa la internación o permanencia en los siguientes casos:

Ser sujeto a proceso penal o sentenciado por delito grave;

Por no cumplir con los requisitos de la ley o el reglamento u otras disposiciones jurídicas;

Cuando se dude de la autenticidad del los documentos o la veracidad de los elementos aportados;

Ser sujeto a prohibiciones expresas de la autoridad;

Cuando lo prevean otras disposiciones jurídicas.

Esta disposición otorga a la autoridad migratoria facultades para revisar el otorgamiento de la visa aun y cuando no se cumpla con los requisitos de la ley y su reglamento es decir que la autoridad puede de oficio revisar la expedición de visa y otorgar su autorización si considera que los principios generales se han cumplido, se perfecciona la facultad discrecional de la autoridad migratoria.

IV. NUEVAS FIGURAS DE LA LEY DE MIGRACIÓN

El artículo 52 de la ley en comento; los extranjeros bajo la condiciones de estancia de visitante, residente temporal y residente permanente.

Es decir, que el precepto referido reitera lo previsto en el artículo 40 de la Ley, pretendiendo hacer la diferencia en que para internarse los extranjeros deben tener visas que señalan la condición en la que se interna el extranjero, lo cual implica que si la visa no tiene esa denominación específica, no se puede ingresar a territorio nacional.

Así encontramos al visitante sin actividades remuneradas y para actividades remuneradas, al visitante regional y de trabajo fronterizo, visitante por razones humanitarias, visitante con fines de adopción, residente temporal, residente temporal estudiante y residente permanente.

Es de señalar que las razones humanitarias se habla del ofendido, víctima o testigo de una conducta delictiva, la ley es omisa y confunde a los ofendidos con las víctimas ya que los delitos contra el honor las injurias, difamación y calumnias fueron derogadas del Código Penal Federal, y si de lo que trata es de describir a quienes representan a una víctima incapaz, debería ser más precisa por que finalmente genera confusión.

Como se dispone en este artículo existe la posibilidad de que un extranjero sea residente permanente y asi se interne, es de explorado derecho que ningún país permite que sus extranjeros sean residentes permanentes desde la solicitud de ingreso a su territorio y la Ley de Migración mexicana si lo contempla, pudiéramos hablar de que es una disposición vanguardista pero ni los países más desarrollados lo contemplan debido a que hacerlo implica en principio una discriminación respecto de los extranjeros que no la obtengan o no las autoricen y en segundo lugar un verdadero desplazamiento de mexicanos, en todos los ámbitos de la vida social, cultural y económica del país, pero nuestra legislación lo incluyo como obligatorio.

El Artículo 53 de la referida ley, dispone que los visitante no podrán cambiar de estancia y tendrán que salir del país al concluir su permiso o periodo de permanencia, es decir, que no importa si cumple o no cumple con la normatividad migratoria lo que importaría a luz de la ley es el tiempo del permiso y por ende la visa que se obtenga, así la autoridad migratoria se va llenar de solicitudes de

residentes temporales y permanentes, y los visitantes quedaran solo para como su nombre lo indica visitantes esporádicos, otra circunstancia que se debe tomar en consideración es los visitantes que tengan vinculo con mexicano o con extranjero con residencia regular y los que se les autorizo como visitantes por razones humanitarias si se les permite el cambio de condición migratoria, nada nuevo si se analiza que esto ya se contemplaba en la Ley General de Población, pero en aquella disposición normativa se establecían reglas claras para la obtención de la calidad de inmigrante o la de inmigrado y aquí se pretendió desaparecer la calidad de inmigrante e inmigrado y se habla de residente temporal y residente permanente que en suma son la mismo que un inmigrante o un inmigrado con la diferencia notoria de que ya no se requiere vivir previamente en México para ser residente permanente sino únicamente solicitarlo y la autoridad migratoria lo autorizara.

También a este respecto resulta interesante saber si la Ley de Nacionalidad y su reglamento que aplica la Secretaría de Relaciones Exteriores va a autorizar que cualquier extranjero con residencia permanente dará tramite a su solicitud de naturalización que es lo único que falto incluir en a Ley de Migración el reconocer el derecho del extranjero que se interna como residente permanente inmediatamente puede hacerse mexicano, lo que habla de la poca valoración e importancia que se da al mexicano y sus problemas de desplazamiento y preferencia frente a un extranjero.

La ley considera como residentes permanentes a los asilados, refugiados, protección complementaria, apátrida, los que ejercen el derecho de preservación de la unidad familiar, jubilados y pensionados de organismos internacionales, "por el sistema de puntos", por haber vivido cuatro años como residente temporal, por tener hijos mexicanos, por ser ascendiente o descendiente de un mexicano por nacimiento.

Los residentes permanentes, se pretende innovar introduciendo un sistema de puntos como si se tratase de una compra o de una calificación, se abre nuevamente la opción de que la autoridad migratoria discrecionalmente determine si un extranjero ha hecho meritos o califica para ser residente permanente, toando como parámetro para estos únicamente las cuotas que no se dice quien la elaborará y el nivel educativo, la experiencia laboral, las áreas relacionadas con la ciencia y la tecnología, los reconocimientos internacionales, así como las aptitudes para desarrollar actividades que requiera el país, al respecto de precisa que se retiro ya de esta lay la obligación que tenían los extranjeros de instruir en su especialidad cuando menos a tres mexicanos, ello en detrimento de los técnicos y empleados mexicanos. Es decir que el legislador y INM cambiaron súbitamente de regímenes que funcionaban congruentemente a unos nuevos regímenes que permiten la discrecionalidad.

La nueva ley obliga a los extranjeros residentes temporales y permanentes a que soliciten sus tarjeta de residencia en un plazo de treinta días misma que estará vigente por el tiempo que se haya autorizado su estancia, es decir, menos de cuatro años en el primer caso e indefinidamente en el segundo caso, nuevamente la ley permite que los extranjeros puedan hacer los que deseen mientras esté vigente su referida tarjeta, y el control migratorio de Inspección y verificación se cambia por una revisión de documentos, que la autoridad puede hacer de manera informática, no importando para el caso la información proporcionada o la documentación aportada, es decir solo se procedería en caso de quejas o denuncias en contra de extranjeros, actos que de oficio deben ser prioritarios si se toma en cuenta que las leyes en México se deben promulgar privilegiando en todo momento el bienestar de os mexicanos.

Como se puede observar la nueva ley no contempla la renovación de la documentación migratoria, lo que implica que la autoridad migratoria interviene únicamente al ingreso o internación del extranjero, es decir que al no haber renovación intermedia en los plazos o temporalidades fijados por la ley, la autoridad no tendría porque intervenir para verificar o revisar la situación o condición migratoria de un extranjero, de igual forma la ley contempla la posibilidad de regularizar la situación migratoria de los extranjeros, pero aquí nuevamente se deja a la discrecionalidad del mando superior conceder o no la regularización, lo que facilita el actuar del servidor público que resuelve dicho trámite.

La ley contempla la posibilidad de autorizar permisos de salida y regreso al país pero la condición para que estos se otorguen es que siga pendiente de resolución su solicitud, y para el caso únicamente de salida se requiere el solicitante se desista del trámite, se le haya negado el mismo, o bien así lo solicite el extranjero, es decir que nuevamente el usuario del servicio migratorio se ve puesto a disposición de la inoperancia de la autoridad migratoria por la necesidad de moverse del país debido a compromisos ya profesionales ya familiares o de otra índole.

La ley establece tiempos para la resolución, pero en la práctica la autoridad rebasa los plazos referidos, escudándose en la verificaciones e informes que solicita los que conlleva a resolver en definitiva un trámite en términos excesivos y sin consecuencia para el servidor público moroso o deficiente.

CONCLUSIONES

La Ley de Migración recientemente aprobada, parte de la premisa de que los migrantes no son delincuentes, a diferencia de diferentes leyes de los Estados Unidos de América, sino personas que tienen los mismos derechos que los mexicanos independientemente de su situación migratoria, en congruencia con lo que dice la Constitución.

Establece la obligación a las autoridades de los tres órdenes de gobierno para coordinarse en materia de prevención, persecución y atención a los migrantes víctimas de delito y consagra la posibilidad de otorgarles una visa humanitaria para permanecer con legal estancia en el país mientras dure el procedimiento respectivo, con ello se refuerza la labor del Estado mexicano para garantizar acciones conjuntas que eviten la impunidad y combatan a la delincuencia que afecta a los migrantes.

Sólo las autoridades consideradas competentes, en los casos expresamente previstos por la ley, podrán asegurar a los extranjeros en situación migratoria irregular.

Destaca expresamente los derechos que deben garantizarse a los extranjeros en situación migratoria irregular en los procedimientos de control, verificación y revisión migratoria, así como en el momento de su aseguramiento, alojamiento en las Estaciones Migratorias y expulsión.

Establece además la obligación a la Secretaría de Gobernación de determinar una política migratoria del país, para lo cual consultará a los tres Poderes de la Unión, a las autoridades estatales y municipales, a los expertos, académicos y a las organizaciones de la sociedad civil que trabajan en favor de los migrantes.

Cuando una persona ha sido asegurada por la autoridad migratoria, pero tiene vínculos familiares con mexicanos, son víctimas de delito, son apátridas o se encuentran en una situación de vulnerabilidad que les impide ser devueltos a sus países de origen pueden regularizar su situación migratoria.

La Ley de Migración permite que estas personas puedan regularizar su situación migratoria y sólo sean acreedores al pago de una multa, pero que no sean deportadas a su país de origen.

La Ley de Migración establece que la autoridad migratoria deberá resolver la situación migratoria de un extranjero irregular en un plazo de 24 horas, durante las cuales deberá notificar a la persona si puede ser regularizar su situación migratoria o que será sancionada con la expulsión, de modo que pueda interponer un recurso efectivo.

Las nuevas figuras migratorias previstas en la Ley de Migración son visitante sin actividades remuneradas y para actividades remuneradas, al visitante regional y de trabajo fronterizo, visitante por razones humanitarias, visitante con fines de adopción, residente temporal, residente temporal estudiante y residente permanente.

La nueva Ley de Migración elimina las figuras de calidades y características migratorias a que aludía la Ley General de Población, pero de manera más relevante, modifica la política de autorización previa para que los extranjeros pudieran realizar actividades de cualquier tipo.

BIBLIOGRAFIA

Ley General de Población

Ley de Migración

Reglamento de la Ley General de Población

ANÁLISIS DE LAS COMPETENCIAS FEDERAL, ESTATAL Y MUNICIPAL DE LAS AGUAS NACIONALES

PASADO, PRESENTE Y FUTURO DEL AGUA EN MÉXICO

UNA PROPUESTA DE REFORMA CONSTITUCIONAL

MTRA. XOCHITL GARMENDIA CEDILLO*

* Maestra en Derecho, por la Universidad Nacional Autónoma de México. Investigadora "B", del Centro de Estudios de Derecho e Investigaciones Parlamentarias, de la Cámara de Diputados.

ANÁLISIS DE LAS COMPETENCIAS FEDERAL, ESTATAL Y MUNICIPAL DE LAS AGUAS NACIONALES

PASADO, PRESENTE Y FUTURO DEL AGUA EN MÉXICO

UNA PROPUESTA DE REFORMA CONSTITUCIONAL

"El agua es un derecho fundamental tanto
de carácter individual como colectivo protector
de las generaciones actuales y futuras."
Ministro Guillermo I. Ortiz Mayagoitia

RESUMEN

El agua es un bien que forma parte del patrimonio del Estado; está regulado por la Constitución, Tratados Internacionales, numerosas leyes, reglamentos y normas de calidad. Intervienen en su regulación y gestión los tres niveles de competencia del Estado Mexicano: Federación, Estados y Municipios. Es un asunto de seguridad nacional, y considerado un derecho humano "el acceso al agua potable". Su defensa en la normatividad actual, plantea un nuevo panorama para el agua del siglo XXI, porque el Estado adquiere la responsabilidad y obligación de dar agua a todos los habitantes del territorio nacional, optimizando su gestión, para una distribución equitativa. El proporcionar agua potable a todos, exige un nuevo esquema de valoración de derechos tanto de los que reciben como de los que se les priva por la creación de represas. El control y manejo de las aguas nacionales, plantea un nuevo esquema de gestión del agua. Las aguas nacionales, deben ser consideradas bienes estratégicos del Estado en el artículo 28 constitucional.

PALABRAS CLAVE: Agua, competencias federal, estatal, municipal.

INTRODUCCIÓN

El presente estudio tiene por objeto, analizar y describir al elemento fundamental de la vida, "EL AGUA"; su régimen constitucional y legal, su pasado, presente y futuro.

El agua es un recurso que está regulado por la Constitución, Tratados Internacionales, numerosas leyes, reglamentos y normas de calidad. Intervienen en su regulación y gestión los tres niveles de gobierno: Federal Estatal

y Municipal, que da lugar a la concurrencia de facultades. La Concurrencia de facultades ha propiciado que cuando se suscita un problema o conflicto, (desbordamientos, inundaciones, escasez del agua, etc) se deslinden responsabilidades entre los diferentes niveles de gobierno, sin que se enfrente decididamente los problemas y al final es la población la que sufre las consecuencias.

El agua es un elemento en constante movimiento, su naturaleza sui generis propicia que se evapore hasta un 60% hacia la atmosfera, y regrese en forma de lluvia aleatoriamente, no siempre las precipitaciones pluviales caen en los mismos lugares. El cambio climático ha mostrado el avance de las zonas desérticas. El agua se comienza a concentrar en algunas zonas y a ser ausente en otras. El efecto inmediato en el agotamiento del agua afecta directamente a la agricultura por riego, ya que en esta actividad se utiliza más del 60% del agua dulce, al disminuir el agua, repercutirá en los precios de los alimentos. Este problema es a nivel mundial y ya ha sido evaluado por estudios realizados por el Instituto Internacional de Investigación sobre Políticas Alimentarias[1], la FAO[2].

Este estudio inicia por definir lo que es el AGUA, su importancia en la civilización y la cultura, para posteriormente abordar brevemente los antecedentes históricos del manejo del agua en México, desde la época precolombina hasta el siglo actual.

Las Aguas Nacionales, se encuentran reguladas por la Constitución, la Ley de Aguas Nacionales y su Reglamento, además de otras leyes que se vinculan con el agua en forma directa o indirecta. Se incluye también la legislación estatal y municipal.

---

[1] http://www.ifpri.org/sites/default/files/pubs/spanish/pubs/fpr/pr14sp.pdf /http://eleconomista.com.mx/industrias/2012/03/15/sequia-presionara-alza-precios-alimentos merrill-lynch: Nota periodística del 15 de marzo de 2012: Los precios de los productos agrícolas en México volverán a ser presionados al alza durante los meses de abril y mayo por los efectos de la sequía que el año pasado azotó al país, informó hoy el banco de inversión Merrill Lynch/ Nota de El Pais: La sequía abrasa México: El año más seco en siete décadas afecta a la mitad de los municipios y machaca la cosecha de maíz y frijoles;La situación reaviva el debate sobre el problema del hambre en el país y sobre la idoneidad del actual modelo de producción de alimentos; Se calcula que hay al menos dos millones de personas afectadas. La sequía que afecta a México desde hace meses se ha convertido estos días en un tema especialmente candente. "Tiene efectos en 19 Estados de la República [dos terceras partes]"; "se pronostica que persista en los Estados que ya la vienen padeciendo y que se extienda e intensifique hacia los del centro de México; "es un problema delicado al que nos estaremos enfrentando de manera aguda en las próximas fechas y en los próximos años…, es un asesino silencioso". localizable en: http://internacional.elpais.com/internacional/2012/01/20/actualidad/1327098885_729925.html, 20 de enero de 2012

[2] Informe De la FAO: Conflicto, sequía y precios altos de los alimentos
La intensificación del conflicto en estas zonas y varias temporadas de poca lluvia han dejado a muchos somalíes en condiciones de hambre. En los primeros seis meses del año, el número de personas que necesitan ayuda humanitaria de emergencia y para sus medios de subsistencia aumentó un 77%, de 1,83 millones a 3,25 millones, e interesa al 43% del total de la población. Ver en: http://www.fao.org/isfp/informacion-por-pais/somalia/es/

Se presenta en forma breve la evolución que ha habido en la normatividad del agua y se hace énfasis en el análisis de las dos últimas leyes en materia de aguas nacionales, la de 1992, y la de 2004, con el objetivo de mostrar las diferencias de objetivos de ambas legislaciones, y analizar la situación actual.

Para conocer el sistema de la gestión del agua, se hace una breve referencia a los recursos hídricos de que dispone México, y de cómo está organizado el sistema y la gestión de las aguas nacionales.

El objetivo principal de este estudio es mostrar cómo funciona en México la gestión integral de los recursos hídricos, la estructura administrativa de la federación, así como la gobernabilidad del agua.

El agua constituye actualmente un asunto de seguridad nacional, no sólo para México, sino para todo el mundo, por las repercusiones que representa el agotamiento del agua dulce, por el uso actual que hacemos de este recurso. Un factor determinante para considerar que el agua no va a alcanzar es el aumento de la población a nivel mundial, según estudios de International Food Policy Reserch Institute, presentó un informe sobre política alimentaria, en que muestra el Panorama Global del Agua hasta el año 2025[3], en dicho estudio se advierte sobre el aumento desmedido de la población mundial, y el agotamiento del agua, lo que repercutirá directamente en el precio de los alimentos, principalmente los cereales.

Ante un panorama de emergencia, es que al realizar este estudio, se analiza el sistema legal mexicano de regulación del agua, desde el enfoque de las competencias de los tres niveles de gobierno, y la estructura funcional de la autoridad del agua.

Se presenta un análisis del pasado, presente y futuro del agua en México. Y al final presento una propuesta de modificación constitucional para el manejo del agua, con el objetivo de fortalecer una política nacional de los recursos hídricos, su gestión y distribución equitativa a toda la población. La jerarquización de requerimientos por actividades, bajo una estructura de mando y responsabilidad única.

---

[3]Informe: Panorama Global del Agua hasta el año 2025, elaborado por: Mark W. Rosegrant, Ximing Cai,Sarah A. Cline. Inicia el estudio con la siguiente pregunta: ¿Puede la Tierra producir alimentos suficientes para 8.000 millones de personas? ¿Para 10.000 millones? Ahora encontramos que el agua será uno de los principales factores que podría limitar la producción futura de alimentos. Este recurso escaso debe enfrentar en forma permanente una fuerte e insostenible demanda de usuarios de todo tipo y, en cuanto se refiere al uso del agua, los productores agrícolas sufren una creciente competencia por parte de los residentes urbanos y las industrias. Los usos ambientales del agua, que pueden ser clave para asegurar la sustentabilidad de la oferta de agua en la Tierra en el largo plazo, son con frecuencia objeto de mínima atención. Información localizable en: http://www.ifpri.org/sites/default/files/pubs/spanish/pubs/fpr/pr14sp.pdf. Consultada el 4 de septiembre de 2011

DEFINICIÓN DEL AGUA

El agua es un compuesto químico con características únicas, existe en sus tres estados: sólido, líquido y gaseoso. Es el disolvente universal, además de ser el líquido vital de todo ser vivo sobre la tierra.

La tierra es un planeta de agua, pues porcentualmente está constituido mayoritariamente en su superficie por agua, el 97.5%, la encontramos en los mares y océanos; el restante 2.5% es agua dulce, pero casi toda está congelada en los polos y en los glaciares. Del agua dulce, 69.7% es agua congelada, 30% es subterránea y en los ríos y lagos hay sólo 0.3%.

Encontramos agua en la superficie, en las profundidades de la tierra, así como en la atmosfera.

Por su origen y naturaleza el agua se clasifica en:

Agua potable. *Es agua que puede ser consumida por personas y animales sin riesgo de contraer enfermedades.*

Agua salada. *Agua en la que la concentración de sales es relativamente alta (más de 10 000 mg/l).*

Agua salobre. *Agua que contiene sal en una proporción significativamente menor que el agua marina. La concentración del total de sales disueltas está generalmente comprendida entre 1000 - 10 000 mg/l. Este tipo de agua no está contenida entre las categorías de agua salada y agua dulce.*

Agua dulce. *Agua natural con una baja concentración de sales, generalmente considerada adecuada, previo tratamiento, para producir agua potable.*

Agua dura. *Agua que contiene un gran número de iones positivos. La dureza está determinada por el número de átomos de calcio y magnesio presentes. El jabón generalmente se disuelve mal en las aguas duras.*

Agua blanda. *Agua sin dureza significativa.*

Aguas negras. *Agua de abastecimiento de una comunidad después de haber sido contaminada por diversos usos. Puede ser una combinación de residuos, líquidos o en suspensión, de tipo doméstico, municipal e industrial, junto con las aguas subterráneas, superficiales y de lluvia que puedan estar presentes.*

Aguas grises. *Aguas domésticas residuales compuestas por agua de lavar procedente de la cocina, cuarto de baño, fregaderos y lavaderos.*

Aguas residuales. *Fluidos residuales en un sistema de alcantarillado. El gasto o agua usada por una casa, una comunidad, una granja o una industria, que contiene materia orgánica disuelta o suspendida.*

Aguas residuales municipales. *Residuos líquidos originados por una comunidad, formados posiblemente por aguas residuales domésticas o descargas industriales.*

Agua bruta. *Agua que no ha recibido tratamiento de ningún tipo o agua que entra en una planta para su tratamiento.*

Aguas muertas. *Agua en estado de escasa o nula circulación, generalmente con déficit de oxígeno.*

Agua alcalina. *Agua cuyo pH es superior a 7.*

Agua capilar. *Agua que se mantiene en el suelo por encima del nivel freático debido a la capilaridad.*

Agua de adhesión. *Agua retenida en el suelo por atracción molecular, formando una película en las paredes de la roca o en las partículas del suelo.*

Agua de desborde. *Agua que se inyecta a través de una fisura en una capa de hielo.*

Agua de formación. *Agua retenida en los intersticios de una roca sedimentaria en la época en que ésta se formó.*

Agua de gravedad. *Agua en la zona no saturada que se mueve por la fuerza de gravedad.*

Agua de suelo. *Agua que se encuentra en la zona superior del suelo o en la zona de aireación cerca de la superficie, de forma que puede ser cedida a la atmósfera por evapotranspiración.*

Agua disfórica. *Agua pobre en nutrientes y que contiene altas concentraciones de ácido húmico.*

Agua estancada. *Agua inmóvil en determinadas zonas de un río, lago, estanque o acuífero.*

Agua fósil. *Agua infiltrada en un acuífero durante una antigua época geológica bajo condiciones climáticas y morfológicas diferentes a las actuales y almacenada desde entonces.*

Agua freática. *Agua subterránea que se presenta en la zona de saturación y que tiene una superficie libre.*

Agua funicular. *Agua presente en los mayores poros que rodea las partículas del suelo formando, en los puntos de contacto con dichas partículas, anillos que se fusionan entre ellos.*

Agua primitiva. *Agua proveniente del interior de la tierra que no ha existido antes en forma de agua atmosférica o superficial.*

Agua magmática. *Agua impulsada hasta la superficie terrestre desde gran profundidad por el movimiento ascendente de rocas ígneas intrusivas.*

Agua metamórfica. *Agua expulsada de las rocas durante el proceso de metamorfismo.*

Agua vadosa. *Cualquier agua que aparece en la zona no saturada.*

Agua subterránea. *Agua que puede ser encontrada en la zona saturada del suelo, zona formada principalmente por agua. Se mueve lentamente desde lugares con alta elevación y presión hacia lugares de baja elevación y presión, como los ríos y lagos.*

Agua superficial. *Toda agua natural abierta a la atmósfera, como la de ríos, lagos, reservorios, charcas, corrientes, océanos, mares, estuarios y humedales.*

Fuente: Centro del Agua del Trópico Húmedo para la América Latina y el Caribe (CATHALAC)[4]

RECUPERACIÓN DEL AGUA

La recuperación del agua se lleva a cabo por varios procedimientos:

• Por el ciclo hidrológico del agua[5] en el que intervienen los cambios físicos de la naturaleza.

[4] Información localizada en: http://www.agua.org.mx/index.php?option=com_content&view=category&id=16&Itemid=41Consultada el 25 de Septiembre de 2011

[5] El ciclo hidrológico o ciclo del agua es el proceso de circulación del agua entre los distintos compartimentos de la hidrósfera. Información localizada en: http://es.wikipedia.org/wiki/Ciclo_hidrol%C3%B3gico, consultada el 15 de agosto de 2011.

• Cuando se recicla y recupera; cuando se trata de aguas usadas llamadas aguas residuales,[6] que son sometidas a procesos de limpieza y purificación, para volver a utilizarlas;

• Proceso de Desalinización cuando se trata de aguas saldas del mar y aguas salobres,[7] que igual se someten a procesos técnico-industriales por los que se separa la sal del agua, se pueden desalar tanto aguas de mar, como aguas subterráneas salobres, cabe señalar que los costos de obtener agua dulce por estos medios es muy alto al día de hoy, por el consumo de energía requerido en los procesos.[8]

El agua es indispensable para todo ser vivo, para la agricultura, ganadería, y la industria, es primordial en la salud e higiene; es vía de transporte en ríos, lagos y mar.

El agua dulce que es para consumo humano, es motivo de preocupación por la disminución de su disponibilidad, y la gran demanda que aumenta conforme aumenta la población, que ante la falta de cultura de cuidado del recurso hídrico, es contaminada, principalmente por la industria, y el descuido e irresponsabilidad de los seres humanos, lo que reduce aún más su disponibilidad.

Constituye actualmente un asunto de seguridad nacional para el Estado Mexicano, y para todos los países del mundo, pues a futuro su carencia propiciará conflictos muy serios. Hay que recordar que sin agua no hay vida.

I. EL AGUA

Los primeros pensadores de la historia como Aristóteles consideró al agua como uno de los cuatro elementos fundamentales, junto con la tierra, aire y fuego, así fue considerada como "elemento" por un largo periodo.

---

6 "Las aguas residuales pueden definirse como las aguas que provienen del sistema de abastecimiento de agua de una población, después de haber sido modificadas por diversos usos en actividades domésticas, industriales y comunitarias....." El tratamiento de aguas residuales consiste en una serie de procesos físicos, químicos y biológicos que tienen como fin eliminar los contaminantes físicos, químicos y biológicos presentes en el agua efluente del uso humano. El objetivo del tratamiento es producir agua limpia (o efluente tratado) o reutilizable en el ambiente y un residuo sólido o fango (también llamado biosólido o lodo) convenientes para su disposición o reúso. Es muy común llamarlo depuración de aguas residuales para distinguirlo del tratamiento de agua potable. Información localizada en: http://es.wikipedia.org/wiki/Tratamiento_de_aguas_residuales, consultada el 15 de agosto.

7 La desalinización o desalación es el proceso de eliminar la sal del agua de mar o salobre, obteniendo agua dulce. Las plantas desalinizadoras o desaladoras son instalaciones industriales destinadas a la desalinización. Información localizada en: http://es.wikipedia.org/wiki/Desalinizaci%C3%B3n; consultada el 15 de agosto.

8 Esta clasificación de "aguas" amerita un estudio en particular de cada una de ellas, pues su naturaleza y tratamiento constituyen una especialidad en cada tema., que no será objeto de estudio en esta investigación.

El agua es un líquido inodoro e insípido que en grandes cantidades se aprecia de color azul; bajo una presión atmosférica de 760 mm de mercurio, su punto de fusión es de 0°C y el punto de ebullición es de 100°C, cristaliza en el sistema hexagonal en forma de nieve o hielo, se expande al congelarse esto quiere decir que aumenta su volumen, de ahí que su densidad sea menor a la del agua, por lo que el hielo flota en el agua. El agua alcanza su densidad máxima a una temperatura de 4°C.

Hasta el siglo XVIII se creyó que el agua era un elemento, fue el químico Cavendish quien sintetizo agua a partir de una combustión de aire e hidrógeno. Sin embargo no realizó cambios conceptuales de su naturaleza; fue Lavoiser quien propuso que el agua no era un elemento sino un compuesto formado por dos moléculas de oxígeno por una de hidrógeno, su fórmula es: H2O. El Agua es la única substancia que existe en los tres estados de la materia, sólido, (hielo), líquido (agua en estado natural) y gaseoso (vapor, niebla y nubes) No posee propiedades ácidas ni básicas, combinada con ciertas sales forma hidratos, reacciona con los óxidos de metales formando ácidos y actúa como catalizador en muchas reacciones químicas.

El agua es considerada el disolvente universal, puesto que casi todas las sustancias son solubles en ella[9]

Además de su importancia como compuesto químico, como elemento biológico de los seres vivos; el agua es indispensable para el ser humano en lo individual y en su desarrollo como sociedad.

I.1.- EL AGUA Y LA CIVILIZACIÓN

Todas las culturas del mundo civilizado, nacieron y crecieron con agua. Es el caso de Mesopotamia que crece y se desarrolla entre los ríos Tigris y Éufrates. La cultura Egipcia junto al río Nilo. De igual modo vemos el significado ritual y espiritual que casi todas las culturas le han dando al agua, como lo son el bautismo y la ablución, en las religiones como el judaísmo, hinduismo, islamismo y las religiones cristianas que recurren al agua para sus rituales.

El agua como elemento fundamental de las culturas, ha sido objeto de manipulación para poderla retener y controlar para su utilización en el consumo humano, en la agricultura. Se ha manipulado por medio de represas, canales de riego, artificiales y acueductos, que conducen al agua donde es necesaria y para el desarrollo de actividades industriales.

---

9 Información localizada en: U.S. Geological Survey, http://water.usgs.gov/gotita/waterproperties.html consultado el 25 de octubre de 2011

Así sabemos que "(…) la Escuela de Alejandría supone un periodo importante en el avance de la mecánica, que se aplica a diferentes campos, como los juegos y divertimentos, la guerra o la construcción de canales y acuedúctos. A lo largo de los siglos siguientes comenzarán a surgir aparatos reales.

En el siglo VI aC; Eupalinos –considerado el primer ingeniero hidráulico en el mundo griego– construyó el canal de Samos mediante un túnel de un km., de longitud.

Herodoto hablaba ya de obras hidráulicas empleando túneles. El ejército de Jerjes –siglo Vaca. – excavó canales en el suelo. Los fenicios hicieron correr el agua a través de canales. La Escuela de Alejandría daba clases sobre hidrostática e hidráulica, destacando Arquitas y Herón de Alejandría. Los conocimientos matemáticos y aritméticos se aplicaron intensamente en los estudios y realizaciones de las obras hidráulicas por las escuelas de Euclides y Arquímedes".[10]

Roma se distinguió por haber realizado las obras hidráulicas más impresionantes en el mundo antiguo, lo que podemos apreciar con los más de seiscientos kilómetros de acueductos que llevaban agua a Roma, pues las aguas del río Tíber estaban contaminadas, igualmente las obras de drenaje de la "cloaca máxima" que se extendía por toda la ciudad, son muestras del manejo de las aguas de esa época.[11]

II.- ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL AGUA EN MÉXICO

II.1.- ÉPOCA PRECOLOMBINA

Cuando los españoles arribaron al nuevo mundo fueron testigos de la importancia de las obras hidráulicas de la Gran Tenochtitlán, que de suyo era una ciudad sobre del agua.

El desarrollo del agua en las culturas prehispánicas presenta un panorama amplio e interesante, la cultura azteca o mexica, se desarrolló en el Valle de México en un medio ambiente acuático, donde se construyó un paisaje cultural de chinampas y canales.

---

[10] SOCIEDAD ESPAÑOLA DE HISTORIA DE LA ARQUEOLOGÍA. "Algunos ingenios del agua en la prehistoria y en el mundo antiguo"; Gazeha n° 1, febrero de 2006, localizable en: http://www.seha.es/articulos/33.pdf consultada el 25 de octubre de 2011

[11] GUERRERO LAGARRETA Manuel, "El agua "Edit. Fondo de Cultura Económica, México 1991; agrega respecto a este tema que:Dentro del mundo de la antigüedad encontramos que: "Tales de Mileto, el filósofo griego del siglo V a.C., afirmó que el agua era la sustancia original, de la cual todas las demás (tierra, aire y fuego) estaban formadas. Anaximandro, unos años más tarde, y otros filósofos después, concluyeron que más bien hay una cierta proporción de fuego, aire, tierra y agua en el mundo, que cada uno lucha por extender su imperio y que se presenta la necesidad natural de restablecer el equilibrio. La consideración de Tales lleva mucha verdad en el sentido de que en todo hay agua; de hecho, Isaac Newton, en el siglo XVII, escribió su tratado "De Natura Acidorum", en donde sostenía que todo cuerpo podría ser reducido a agua.

Más aún, el agua formaba parte del mundo mítico y cultural de los pueblos prehispánicos. Los siguientes comentarios nos hacen ver la importancia del agua en estos pueblos.

> *"La creación del mundo para los pueblos indígenas tiene un hilo conductor, un cordón umbilical, que parte "cuando todo era oscuridad y caos" que se refleja en la creación de la tierra, los astros, las plantas, los seres vivos, el diluvio, el agua, cielo nubes, neblina, mar, lluvia, manantiales y humedad. Los primeros habitantes de los pueblos indígenas señalaron los lugares donde emergía la vida. Al tomar agua de los manantiales, de las pozas y de los ríos, beben el agua de los Dioses y de los antepasados y con ello forman parte de una historia que llevan en la memoria. Para los pueblos indígenas el agua es sagrada. Celebran rituales de petición de lluvias, agradecen por los frutos, presentan ofrendas a las diversas deidades que provocan las lluvias, las trombas y los buenos o malos temporales. Estas ceremonias se practican en la cima de los cerros, en el nacimiento de manantiales, en los pozos y en los cauces de los ríos. En estos rituales se invocan a los vientos, al rayo, a los chaneques, a las serpientes de agua; se ofrenda comida, flores, ceras, copal, vestidos e instrumentos de trabajo".*[12]

Todas las culturas indígenas se desarrollaron dentro de cuencas hidrológicas que cruzaban territorios indígenas. Así por ejemplo los Tlapanecos se desarrollaron cerca de los ríos Atoyac, Atoyaquillo, río Grande de Amacuzac, río Balsas-Mezcala y río Tlapaneco. La cultura Nahuatl de Michoacán junto al río Cachan o Cualcomán y otros. Los Tarahumaras junto al río Conchos, Presa de la Colina. En la zona del Golfo Centro, en la subregión hidrológica del Papaloapan, se desarrollaron las culturas nahuatl, popolucas, chinantecos, mixes, zapotecos, mazatecos, cochos e ixcatecos, en la cuenca hidrológica del río Papaloapan.

En el Pacífico sur, en la subregión Costa de Oaxaca, se desarrollaron los Chontales, Zapotecos, Chatinos y Triquis, junto a los ríos Astata, Colotepec y Copelita y sus ramales.

En la región Golfo Norte y al Sur del Valle de México, en la subregión hidrológica del Pánuco, se desarrollaron los Huastecos, Otomís, Panes, y Nahuatl, dentro de las cuencas de los ríos Tamuin, Río Pánucoy Río Moctezuma.

Estos son solo algunos ejemplos de los 62 pueblos indígenas que viven en el territorio nacional. *"Estos pueblos han producido un sinnúmero de símbolos, mitos y prácticas ceremoniales vinculadas con el agua, pues ésta además de ser una necesidad vital, es parte fundamental de su vida sagrada. Se pide agua para la vida, se reza para obtenerla, se le incluye en la tradición oral, se le recrea en el arte y se le utiliza en la vida cotidiana. El agua para los indígenas es también frontera y lindero en ocasiones sus causes marcan los límites de sus comunidades"*[13]

---

[12] GALVEZ XOCHITL, EMBRIZ OSORIO ARNULFO "Los Pueblos Indígenas de México y el Agua". Agua y Diversidad Cultural en México. Editado por Israel Sandre Osorio y Daniel Murillo. Oficina Regional de Ciencia de la UNESCO para América Latina. IMTA INSTITUTO Mexicano de Tecnología del Agua. Página 11.

[13] Ídem. Pág. 11

Cuando los españoles llegaron a México, se encontraron con obras hidráulicas que satisfacían las necesidades de ese tiempo a sus habitantes. Se encontraron con sistemas de riego con instalaciones permanentes o temporales, Las instalaciones básicas para el riego consistieron en presas, de las que fundamentalmente hubo dos tipos distintos: almacenadoras permanentes y derribadoras efímeras o temporales; así como canales (de tierra, piedra, madera, barro, piedra con estuco, argamasa-calicanto), acueductos sobre taludes de tierra para conectar vados entre barrancas, lomas, montañas y otros accidentes topográficos y, posiblemente, depósitos o embalses secundarios cuya finalidad era la de regular el flujo enviado por los canales y elevar el nivel para irrigar mayor cantidad de tierra.[14]

Recolectaban el agua de lluvia, en una especie de presas efímeras en miniatura cuyos bordos o cortinas se construyen en las laderas montañosas con materiales locales tales como palos, ramas, tierra y piedras, con el fin de distribuir los escurrimientos pluviales sobre un área mayor que la que cubrirían en forma natural.

"Los sistemas de riego con agua subterránea; Utilizaron el riego manual o riego a brazo. La irrigación manual se practicó en época antigua utilizando agua de pozos, lagunas, canales y embalses en gran variedad de parcelas agrícolas, sobre todo en aquellas sometidas a cultivo intensivo como las chinampas, los campos drenados, terrazas y arenales, entre otros, como "riego de auxilio" o bien para producir una segunda o una tercera cosechas anuales en la misma parcela. Los recipientes utilizados han sido cántaros, bateas, jícaras, tecomates, cucharones, pértigas con bolsas (zoquimaitl), remos y otros. Su práctica representa una forma muy eficiente de usar el agua, si bien implica una alta inversión laboral, ya que además del trabajo necesario para sacarla del depósito, está el de su aplicación planta por planta o en los canalitos de las parcelas. Las evidencias arqueológicas de pozos someros para riego datan del año 1000 A.C. y proceden de dos sitios del formativo: Abasolo y Mitla, en el valle de Oaxaca, y probablemente también de otros lugares de ese valle: Zaachila, San Lázaro Etla y San José Mogote, donde su práctica puede observarse hasta el día de hoy.

Se han encontrado en la mayoría de las ciudades mesoamericanas desagües subterráneos que corrían por sus edificios y patios y que en ocasiones estaban conectados con redes de acequias externas que posiblemente se utilizaban para regar parcelas agrícolas. Entre los casos más antiguos están La Venta (Tabasco) y San Lorenzo Tenochtitlán (Veracruz), dos sitios olmecas, pero que no fueron los únicos dado que urbes posteriores como Teotihuacán, Tula, Tajín o Zempoala contaron con desagües.

También contaban con Obras hidráulicas para el control de los niveles de agua en zonas lacustres, pantanosas e inundables.

---

[14] GUERRERO LAGARRETA Manuel, "El agua "Edit. Fondo de Cultura Económica, México 1991

Toda esa infraestructura se modificó con la llegada de los españoles que trajeron una tecnología no conocida en el nuevo mundo, y que modificó y facilitó en mucho el trabajo que se realizaba. En primer lugar, trajeron el uso de los metales, y se introdujeron el uso de máquinas, palancas y artefactos como las norias que utilizaban la rueda, los molinos y los animales de trabajo, todo ello ayudó a construir pozos y los depósitos de agua (jagüeyes, cisternas, pozos, acueductos subterráneos) a mayor profundidad, que la rueda hidráulica, la palanca, el torno y la polea, aligeraron el trabajo de extraer y elevar el agua".[15]

Lo que más cambió fue el uso del agua, y la forma de distribuirla, con objetivos de crecimiento y expansión, que les era indispensable y necesario, con este objetivo se construyen acueductos sobre arquerías, entre éstos, el más antiguo y "portentoso" es el de los "Arcos de Tembleque", situado entre Zempoala y Otumba, Hidalgo, construido por el franciscano Francisco de Tembleque entre 1553 y 1570, cuya atarjea, que mide 45 kilómetros, corre en partes subterránea y en partes a flor de tierra. El acueducto está compuesto por tres arquerías, con 47, 13 y 67 arcos, respectivamente, el más alto de los cuales alcanza 1.02 metros y cuenta con alcantarillas para el uso de los pueblos circunvecinos.[16]

"Otro servicio urbano de aparente nuevo cuño fueron los lavaderos colectivos, algunos situados en espacios públicos, otros en la privacidad de conventos, colegios, hospitales, haciendas y ranchos. Uno de los más antiguos, del siglo XVI, es el de Xalitic, Xalapa (Veracruz)".[17]

II.- 2.- ÉPOCA COLONIAL

En cuanto la regulación jurídica que implantaron los españoles, trajeron consigo, tradiciones adquiridas de las árabes, que se plasmaron en la legislación de Indias, donde podemos encontrar algunas disposiciones referentes a la regulación de las aguas: Por ejemplo: "El Fuero Juzgo", "El Código de las Siete Partidas de Alfonso El Sabio", y la "Novísima Recopilación de las Leyes de España", (de los siglos XVII, XVIII y XIX),[18] que regulaban la contaminación del agua, su uso etc.

---

15 Ver en: SEMBLANZA HISTÓRICA DEL AGUA EN MÉXICO, CONAGUA, noviembre de 2009. Esta publicación forma parte de los productos generados por la Subdirección General de Programación cuyo cuidado editorial estuvo a cargo de la Coordinación General de Atención Institucional, Comunicación y Cultura del Agua de la Comisión Nacional del Agua. Autor: Comisión Nacional del Agua. Editor: Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales. Localizable en: http://www.conagua.gob.mx/CONAGUA07/Publicaciones/Publicaciones/SGP-28SemblanzaHist%C3%B3ricaM%C3%A9xico.pdf consultada el 10 de noviembre de 2011

16 TOUSSAINT MANUEL "Acueductos de México", México 1996:97- p. 101ª 115, citado en la obra: SEMBLANZA HISTÓRICA DEL AGUA EN MÉXICO, CONAGUA, ver en: http://www.conagua.gob.mx/CONAGUA07/Publicaciones/Publicaciones/SGP-28SemblanzaHist%C3%B3ricaM%C3%A9xico.pdf consultada el 10 de noviembre de 2011.

17 Ibidem.

18 Ver: LANZ CÁRDENAS José Trinidad, "Régimen Jurídico de las Aguas Interiores de México, localizado en: http://www.bibliojuridica.org/libros/2/957/15.pdf; consultado el14 de julio de 2011.

Un antecedentes significativo en la legislación española, la cual heredamos, es que estaba influida por la legislación musulmana, considerando que España estuvo bajo el dominio árabe por más de ocho siglos, podemos entender el porqué de algunos conceptos y criterios jurídicos, que tienen influencia árabe, por la forma de conceptualizarlos; así por ejemplo, la legislación española estuvo influenciada por un sistema "dominal"; sistema predominante en zonas desérticas o semidesérticas en donde el agua es un valiosísimo elemento para la vida, y además escaso. Tenían que de alguna manera proteger el dominio de la propiedad del agua.

Este sistema dominal, pasa a la legislación española, que lo asimila como característica de los bienes de la Corona. Que permitía el uso de sus bienes mediante mercedes reales; el equivalente a las concesiones. Un ejemplo lo tenemos de un ordenamiento del año 1761 que expidió el Marqués de Crucillas, Nicolás de Montserrat, virrey cuadragésimo cuarto de la Nueva España, en el que se establecía que las aguas eran propiedad de la Corona española, y solamente podían usarse mediante autorización de la Corona.

La influencia de la legislación española se reflejó en el uso de medidas del agua "medievales que se usaron en México hasta casi el siglo XX, como: "del buey, del surco, de la naranja, del real, de la paja y del dedo".[19] Como dato informativo, se transcribe un párrafo que describe cuál era el uso de estas medidas en el campo, y la forma de medir el uso del agua, sobre todo en el medio rural:

"(…) en esa época ya se consideraba incluso la velocidad con la transitaba el agua, en relación a la cantidad que llegaba a las tierras. El reglamento de 1761[20] *consideraba el concepto de velocidad en las datas contenidas en la caja repartidora (medidas de distribución), al posicionar su centro de área sobre un mismo centro de gravedad, de manera que la carga hidráulica sea igual para cada una de ellas y por consiguiente pueda proporcionar gastos proporcionales a su área. Si el flujo en la caja repartidora varía, como es el caso que se da en épocas de lluvia y seca, variando entonces la carga hidráulica, el diseño de la caja repartidora permite participar en los beneficios y perjuicios en forma proporcional a las concesiones. De aquí la importan-*

[19] PALERM Jacinta/CHAIREZ Carlos, "Medidas antiguas de Agua", Relaciones otoño, Vol. 23, número 92. El Colegio de Michoacán, Zamora, México, pp.- 227-251, localizado en: http://redalyc.uaemex.mx/pdf/137/13709210.pdf, consultado el 15 de julio de 2011: Las medidas de aguas utilizadas en la Nueva España y México, antes del cambio al sistema métrico decimal, recibían nombres como surco, buey, paja, real, dedo, naranja. La equivalencia de las medidas antiguas al sistema métrico decimal presenta una variación desconcertante, un surco de agua equivale a cantidades que van desde 3.24 litros por segundo hasta 17.5 litros por segundo, pasando por 6.5 litros por segundo., (estas medidas se utilizaron desde el siglo XVI hasta el siglo XIX y, en algunos casos, para aguas municipales, hasta el siglo XX) [Cita como fuente que en Sayula Jalisco, en Dic.29 de 1949. 5508.- Se autoriza al Ayto. de Sayula para cobrar un cinco por ciento sobre lo que se paga por paja de agua, destinado el producto al pago de reparaciones urgentes que manda el drenaje" y en marzo 23 de 1959, Deroga el Decreto no. 5508, que creó un impuesto especial por paja de agua en Sayula" (Congreso del Estado de Jalisco)

[20] Reglamento de 1761, expedido por el Marqués de Crucillas, Nicolás de Montserrat, virrey cuadragésimo cuarto de la Nueva España

cia de las medidas de reconocimiento (el aforo de la corriente) y distribución (las estructuras reguladoras)[21] El antecedente histórico se remonta al sistema de tierras y aguas que se pretendió fundamentar en la Bula de Alejandro VI, *Inter Caetera*,[22] del año 1493, emitida a partir del descubrimiento de América, para resolver los conflictos de dominio de tierras entre España y Portugal, por el cual se dividió al mundo entre las dos potencias. Cita Lanz Cárdenas, que el sistema español vigente en esos años, se distinguía porque había propiedades, del reino, de la monarquía, y la personal de los reyes. En el caso de la Nueva España se trataba de una propiedad de los reyes y monarcas, los que conjuntaban el dominio eminente y el dominio útil o directo, lo que sólo vendría a modificarse hasta la Constitución de Cádiz de 1812.[23]

II. 3. MÉXICO INDEPENDIENTE

Se siguió aplicando la legislación española porque no se legisló al respecto. Por consiguiente persistió en México el sistema dominal, en el que las aguas eran de la corona.

Es hasta el primer Código Civil de 15 de enero de 1870,[24] que entró en vigencia en mayo de 1871, lo establecido en el libro segundo, relativo a los bienes a la propiedad y a sus diferentes modificaciones que se habla de la propiedad de las aguas, pero en relación a la posesión, del usufructo, del uso y de la habitación de las servidumbres, de la prescripción y del trabajo.

---

[21] Ídem, p. 234

[22] Bula Inter caetera que nos ofrece la obra América Pontificia primi saeculi evangelizationis, 1493-1592, ed. Joseph METZLER, I, Vaticano 1991, pp. 71-75.(Traducción, introducción y notas de Fr. Ricardo W. Corleto), "se indica que el documento sirvió durante mucho tiempo como base jurídica del dominio español sobre las tierras descubiertas por Cristóbal Colón en 1492 e impropiamente llamadas "las Indias". El Sumo Pontífice, después de alabar el celo apostólico de los reyes Fernando de Aragón e Isabel de Castilla, su deseo de extender la fe católica, deseo que había quedado patente con la entonces reciente recuperación del reino de Granada de manos de los árabes, reconoce finalmente el papel fundamental que les ha cabido en la empresa colombina; atendiendo pues a todos estos antecedentes y haciendo uso de la "plenitud de la autoridad apostólica" resuelve donar y conceder las tierras recientemente descubiertas y las que en el futuro se descubrieran a los reyes Isabel y Fernando y a sus legítimos sucesores en las coronas de Castilla y Aragón, imponiéndoles al mismo tiempo la obligación de evangelizar a los pobladores de dichas tierras".
"Lo que parece incontrovertible es que los reyes españoles solicitaron este documento a la Sede Apostólica con la finalidad de resguardar a los territorios recientemente descubiertos, de las posibles pretensiones de otros príncipes cristianos" (Antonio GARCÍA Y GARCÍA, La donación pontificia de las Indias, en Historia de la Iglesia en Hispanoamérica y Filipinas (siglos XV-XIX), Dir. Pedro BORGES, I, Madrid 1992, p.43

[23] Cfr. Ídem. P. 283.

[24] LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA SUS ORÍGENES Y PRIMEROS AÑOS 1808-1847, Suprema Corte de Justicia de la Nación, primera edición 1986, México D.F. [Cabe señalar que el antecedente del primer Código Civil de 1870, es el de 21 de diciembre de 1865, Dado en México, a 6 de julio de 1866 por el Emperador, el ministro de Justicia, Pedro Escudero Echánove, que no terminó de completarse, salió por partes, nunca se le ha dado reconocimiento pues fue promulgado en la época del Imperio de Maximiliano, pero constituye el antecedente del que se publicó en el año de 1870, ya que existían ya más de las tres cuartas partes del cuerpo del código].

Comienza el articulado declarando que todas las cosas que están en el comercio son susceptibles de apropiación, y continúa precisando la división de los bienes en muebles e inmuebles y en relación a las personas a las que pertenecen.

Define a la propiedad como *"el derecho de gozar y disponer de una cosa sin más limitaciones que las que fijan las leyes; como inviolable, no pudiendo ser ocupada sino por causa de utilidad pública con alcance "del cielo hasta el infierno"*[25]

Establecía la diferencia que se utilizaba en Europa al hablar de los ríos, corrientes, lagos e inclusive de los esteros entre aguas flotables y aguas navegables, cabe hacer notar, -que en el medio nacional no hay aguas flotables o navegables- *[usadas para transportación para buques de alto calado –algo que si ocurría en Europa-]*, salvo en limitados causes de corrientes o depósitos.

Podemos sintetizar de manera general el desarrollo cronológico del agua en México que comprende el siglo XX:

De de 1888 a 1902, existía una concentración y riqueza del agua, que no estaba controlada.

II. 4. SIGLO XX

A partir de la Revolución de 1910 y hasta 1934, permaneció la Ley sobre aprovechamiento de Aguas de Jurisdicción Federal, la Comisión Nacional de Irrigación, que nace en el periodo de 1926, se avoca al control del Agua, con una orientación al campo, en el que hubo un incremento en el desarrollo tecnológico en ese periodo:[26]

[25]MACEDO, Pablo, "El Código de 1870. Su importancia en el Derecho Mexicano", Bibliojurídicas, localizado en: http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/3/pr/pr16.pdf, p.251

[26]ABOITES, Luis. 1998. El agua de la nación. Una historia política de México (1888-1946). México. Centro de Investigaciones y Estudios Superiores de Antropología Social, (Como historiador Aboites documenta el periodo de tránsito del periodo Porfiriano al post revolucionario como una continuidad, pues permaneció la Ley sobre Aprovechamiento de Aguas de Jurisdicción Federal de 1910, continúo la centralización del uso del agua, cuando se dio la ruptura se planteo la posibilidad de dotar y restituir los derechos a los pueblos y comunidades, lo cual no ocurrió pues en 1926 se crea la Comisión Nacional de Irrigación (CNI) creada por el art. 3° de la Ley de Irrigación con Aguas Federales, que en su artículo 1° señalaba: "De conformidad con lo dispuesto por el párrafo tercero del artículo 27 constitucional, la propiedad agrícola y privada y los derechos de los usuarios de aguas de jurisdicción federal, quedarían sujetos a las modalidades que la presente ley establece para la construcción de obras de irrigación y pago de las mismas, así como para la conservación de ellas y la mejor distribución de las aguas aprovechables"; se establecen las facultades de la CNI para promover y construir obras de irrigación en la República, se crea un órgano administrativo que se denominará Comisión Nacional de Irrigación. Dependiente de la Secretaría de Agricultura y Fomento, y constaría de tres miembros nombrados por el Presidente por conducto de la propia Secretaría.
En ese tiempo se debatió la decisión de si se hacía una intervención directa del Estado como lo estaba haciendo Estados Unidos de Norteamérica y Francia, que habían tenido grandes avances en el desarrollo hidráulico, contra la posición de Molina Enríquez quien señalaba que la irrigación debía ser hecha por los particulares limitando la función del Estado, quien debía limitarse a "prestar ayuda".

En 1934, La Secretaría de Recursos Hidráulicos, concentra el control del agua, y se continúa con el desarrollo de los Distritos de Riego en el campo, es una autoridad central federal que domina todas las acciones.[27]

En 1977, se transforma esta Secretaría en la Secretaría de Agricultura y Recursos Hidráulicos, y por el nombre podemos ver que se reúne a la actividad agrícola y la hídrica en una sola Secretaría, lo que evidencia la primacía de objetivos, el desarrollo del campo y lo que éste necesita para su desarrollo, el agua.

Se inicia el periodo descentralizador de funciones federales en el gobierno del Presidente José López Portillo (1976-1982). El periodo Centralizador, permitió que el Estado se constituyera en un Estado fuerte que absorbió la mayor parte de las actividades económicas y por lo tanto impulsó un gran desarrollo en el país. Posteriormente comenzó el Estado a descentralizar y desconcentrar funciones. Esto se marcó en el sector educativo, creándose 31 delegaciones generales de la SEP; una en cada entidad. En el gobierno de Miguel de la Madrid se continúa con la descentralización ahora de los Servicios de Salud; el objetivo era acercar los recursos y los procesos de toma de decisiones al lugar donde se generaban las demandas de salud. Se crean los Convenios de Coordinación Administrativa, con el objetivo de descentralizar funciones. Se fomenta la reforma Municipal.[28]

A partir de 1989, nace la Comisión Nacional del Agua (CNA), que depende de la Secretaria de Agricultura y Recursos Hidráulicos (SARH).

En 1994, La CONAGUA pasa a formar parte de la Secretaría del Medio Ambiente y Recursos Naturales (SEMARNAT). Es en esta época cuando los criterios ambientalistas se convierten en importantes en el manejo de este recurso. En el periodo que va desde 1989 al año 2000 se inicia el manejo subsectorial de los recursos hídricos a través de los Consejos de Cuenca.

Del año 2004 a la fecha se inicia la Gestión integrada de los Recursos Hídricos (GIRH); se reforma la Ley de Aguas Nacionales, y se intensifican las políticas de descentralización y participación ciudadana, en un proyecto de Gestión integrada.

---

[27] ABOITES, Luis. Op. Cit. En relación a la creación de la SRH, Aboites señala: "en el periodo de la SRH. La preponderancia de los pueblos, ayuntamientos y de las organizaciones de los productores agrícolas, la creación de esta poderosa instancia gubernamental a mediados del siglo XX refleja nítidamente la maduración del control centralizado de los usos del agua (…) La nación mexicana, con su representante terrenal denominado gobierno o ejecutivo federal, ya no solo era el propietario originario del agua ni tampoco un mero administrador de ese recurso. Tampoco un simple constructor. (…) El proceso legislativo iniciado en 1888 llegaba a su culminación con la ley de 1946 que dio vida a la SRH; de la misma manera, la SRH expresaba una notable capacidad del erario público que era inimaginable siquiera en 1888. Hacia 1955 el área de riego controlada por la SRH era de aproximadamente 2 millones de hectáreas, cuando que 20 años antes la superficie no llegaba a 200 mil hectáreas".

[28] GARMENDIA CEDILLO Xochitl, La Descentralización como Factor de Transformación de la Economía en México, Revista Praxis de la Justicia Fiscal y Administrativa, número 5, en: http://www.tfjfa.gob.mx/investigaciones/pdf/ladescentralizacioncomofactordetrans.pdf

Se integran 13 regiones hidrológico-administrativas, y 61 subregiones de planeación; 26 Consejos de Cuenca, 10 Comisiones de Cuenca, y 16 Comités de Cuenca.

A continuación se abordan el análisis jurídico de las características del agua, como el dominio y la propiedad de las Aguas Nacionales.

III. LAS AGUAS NACIONALES, PATRIMONIO DEL ESTADO

De acuerdo a lo que la Constitución vigente señala en su artículo 27:

"La propiedad de las tierras y aguas comprendidos dentro de los límites del territorio nacional, corresponden originariamente a la Nación, la cual ha tenido y tiene el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares, constituyendo la propiedad privada".

Este primer párrafo atribuye la propiedad de tierras y aguas que están dentro del territorio nacional al Estado que aquí se le denomina "Nación"

El concepto nación, aún cuando es un concepto sociológico que aglutina a todos los que pertenecemos a un Estado o país, bajo principios y fines comunes, se ha interpretado que quien la representa es la Federación, de ahí que es, este nivel de autoridad quien detenta los derechos normativos de las Aguas, quien tiene facultades, competencia y atribuciones respecto del agua es la Federación en primer lugar, lo que ha dado lugar a su manejo centralizado.

Además agrega un atributo a la propiedad, de ser "originaria", este concepto, permite mediante una ficción jurídica, "conservar" y "recuperar" los bienes que se señalan, y constituir la propiedad privada sobre de ellos, o concesionarlos para su uso y explotación.

Y va más allá en su tercer párrafo, cuando dice que:

"La nación tendrá en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público, así como el de regular, en beneficio social, el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación, con objeto de hacer una distribución equitativa de la riqueza pública, cuidar de su conservación, lograr el desarrollo equilibrado del país y el mejoramiento de las condiciones de vida de la población rural y urbana. En consecuencia, se dictarán las medidas necesarias para ordenar los asentamientos humanos y establecer adecuadas provisiones, usos, reservas y destinos de tierras, aguas y bosques, a efecto de ejecutar obras públicas y de planear y regular la fundación, conservación, mejoramiento y crecimiento de los centros de población; para preservar y restaurar el equilibrio ecológico; para el fraccionamiento de los latifundios; para disponer, en los términos

de la ley reglamentaria, la organización y explotación colectiva de los ejidos y comunidades; para el desarrollo de la pequeña propiedad rural; para el fomento de la agricultura, de la ganadería, de la silvicultura y de las demás actividades económicas en el medio rural, y para evitar la destrucción de los elementos naturales y los daños que la propiedad pueda sufrir en perjuicio de la sociedad"

El tercer párrafo, la Constitución, establece como derecho de la nación el imponer modalidades en la propiedad, de acuerdo a un interés público, en beneficio social, con el objetivo de hacer una distribución equitativa de la riqueza pública

Establece modalidades a la propiedad y fija uno de los objetivos primordiales de la Nación, que es la distribución equitativa de la riqueza pública, entendida ésta como la posesión de las tierras y aguas, por lo que la distribución equitativa de del recurso hídrico, se complementa con el derecho que todo individuo tiene de acceso al agua potable, consignado en la misma Constitución como un derecho humano, y por los Tratados Internacionales que establecen este derecho como ya se explicó al principio de este estudio.

El párrafo cuarto de la constitución señala: que entre otros recursos, la Nación tiene el dominio directo sobre:

"(…) todos los recursos naturales de la plataforma continental y los zócalos submarinos de las islas; de todos los minerales o substancias que en vetas, mantos, masas o yacimientos, constituyan depósitos cuya naturaleza sea distinta de los componentes de los terrenos, tales como los minerales de los que se extraigan metales y metaloides utilizados en la industria; los yacimientos de piedras preciosas, de sal de gema y las salinas formadas directamente por las aguas marinas; los productos derivados de la descomposición de las rocas, cuando su explotación necesite trabajos subterráneos; los yacimientos minerales u orgánicos de materias susceptibles de ser utilizadas como fertilizantes; los combustibles minerales sólidos; el petróleo y todos los carburos de hidrógeno sólidos, líquidos o gaseosos; y el espacio situado sobre el territorio nacional, en la extensión y términos que fije el Derecho Internacional".

Esté párrafo señala el dominio directo de la riqueza mineral e hidrocarburos, que tengan las aguas marinas, de la Plataforma Continental

De igual manera el párrafo quinto, extiende y declara expresamente que son propiedad de la Nación:

"(…) las aguas de los mares territoriales en la extensión y términos que fije (el, sic DOF 20-01-1960) Derecho Internacional; las aguas marinas interiores; las de las lagunas y esteros que se comuniquen permanente o intermitentemente con el mar; las de los lagos interiores de formación natural que estén ligados directamente a corrientes constantes; las de los ríos y sus afluentes directos o indirectos, desde el punto del cauce en que se inicien las primeras aguas permanentes, intermitentes o torrenciales, hasta su desembocadura en el mar, lagos, lagunas o esteros de propiedad nacional; las de las corrientes constantes o intermitentes (intermi-

tentes, sic DOF 20-01-1960) y sus afluentes directos o indirectos, cuando el cauce de aquéllas en toda su extensión o en parte de ellas, sirva de límite al territorio nacional o a dos entidades federativas, o cuando pase de una entidad federativa a otra o cruce la línea divisoria de la República; la de los lagos, lagunas o esteros cuyos vasos, zonas o riberas, estén cruzadas por líneas divisorias de dos o más entidades o entre la República y un país vecino, o cuando el límite de las riberas sirva de lindero entre dos entidades federativas o a la República con un país vecino; las de los manantiales que broten en las playas, zonas marítimas, cauces, vasos o riberas de los lagos, lagunas o esteros de propiedad nacional, y las que se extraigan de las minas; y los cauces, lechos o riberas de los lagos y corrientes interiores en la extensión que fija la ley. Las aguas del subsuelo pueden ser libremente alumbradas mediante obras artificiales y apropiarse por el dueño del terreno, pero cuando lo exija el interés público o se afecten otros aprovechamientos; el Ejecutivo Federal podrá reglamentar su extracción y utilización y aún establecer zonas vedadas, al igual que para las demás aguas de propiedad nacional. Cualesquiera otras aguas no incluidas en la enumeración anterior, se considerarán como parte integrante de la propiedad de los terrenos por los que corran o en los que se encuentren sus depósitos, pero si se localizaren en dos o más predios, el aprovechamiento de estas aguas se considerará de utilidad pública, y quedará sujeto a las disposiciones que dicten los Estados.

Como podrá apreciarse, el párrafo quinto del artículo 27 constitucional, hace una enumeración extensiva y detallada de todas las aguas marinas e internas, que son consideradas de la nación, y, distingue de las que pueden ser alumbradas libremente mediante obras artificiales (pozos) dentro del terreno de un particular, sin embargo se reserva el derecho de imponer modalidades a la propiedad privada por interés público, el Estado podrá reglamentar su extracción, y en caso extremo, establecer zonas vedadas; en el caso en que se localicen en dos o más predios. Se considerarán de utilidad pública.

En el párrafo sexto, expresa el alcance del concepto del "dominio de la Nación", al declarar que es *inalienable e imprescriptible*, estableciendo la condicionante de que para poder ser explotados los bienes, sólo podrá hacerse mediante *concesión.*

En el párrafo octavo, se establece los límites de la zona económica exclusiva, que comprende aguas marinas y los recursos que en ellas se encuentran.

En el noveno párrafo se establecen los requisitos que deberán cumplirse para poder adquirir tierras y aguas.

El ejercicio de la competencia sobre las aguas que tienen los tres niveles de poder, genera lo que conocemos como concurrencia de facultades, en virtud de que tanto la federación como los estados y los municipios, tienen competencia en esta materia.

III. 1. LAS AGUAS NACIONALES, UN BIEN DE LA NACIÓN

El artículo 27 constitucional y el artículo 3° de la Ley General de Bienes Nacionales, estipulan que LAS AGUAS NACIONALES SON UN BIEN DE LA NACIÓN y forman parte del Patrimonio del Estado Mexicano.

A continuación se define lo que es Bien y lo que es Nación.

Bien: El Diccionario de la Real Academia lo define en varias acepciones:

M. PL. DER. LOS QUE PERTENECEN A UN MUNICIPIO U OTRA ENTIDAD LOCAL Y ESTÁN DESTINADOS AL APROVECHAMIENTO DE SUS VECINOS. . M. PATRIMONIO, HACIENDA, CAUDAL. U. M. EN PL.. M. FIL. EN LA TEORÍA DE LOS VALORES, LA REALIDAD QUE POSEE UN VALOR POSITIVO Y POR ELLO ES ESTIMABLE. M. PL. DER. COSAS MATERIALES O INMATERIALES EN CUANTO OBJETOS DE DERECHO.

Entendemos por bien a todo objeto corporal o tangible que satisface una necesidad; y por Servicio: todo lo intangible que satisface una necesidad.

Según su ámbito de uso pueden ser a) Público y b) Privados. En este caso, las aguas nacionales son un bien público que pertenecen a la Nación, pero igual la Constitución reconoce las aguas de uso privadas que se encuentran dentro de los terrenos de los particulares. Pero se salvaguarda la excepción, de que en caso de que el Estado considere de utilidad pública la explotación de esas aguas, se restringe el derecho del particular, y pasan a ser del dominio público.

Respecto al concepto de Nación, este concepto da origen a que se interprete que las aguas son competencia de la federación.

El concepto de -nación-, es un concepto de contenido sociológico, que implica al conjunto de personas que tienen una tradición común; en la idea de nación se encuentra el pensamiento de fidelidad no solamente al Estado, sino a otros valores como los de carácter cultural.

El Diccionario de La Real Academia Española,[29] dice que *nación es el conjunto de habitantes de un país regido por el mismo gobierno; Territorio de ese país; Conjunto de personas de un mismo origen y que generalmente hablan un mismo idioma y tienen una tradición común.*[30]

[29] http://buscon.rae.es/draeI/, consultado el 20 de julio de 2012
[30] http://buscon.rae.es/draeI/

De acuerdo al Diccionario Jurídico Mexicano, el Doctor Jorge Carpizo dice: "El término de nación utilizado en la Constitución tiene dos acepciones:

a) Nación como sinónimo de la unidad del Estado Federal, de México y de República. Como ejemplos podemos señalar el artículo 25 tercer párrafo "…al desarrollo económico nacional concurrirán, con responsabilidad social, el sector público, el sector social y el sector privado, sin menoscabo de otras formas de actividad económica que contribuyan al desarrollo de la nación". La fracción V del artículo 37 establece que la nacionalidad mexicana se pierde: "por ayudar en contra de la nación, a un extranjero o a un gobierno extranjero en cualquier reclamación diplomática o ante un tribunal internacional"; el artículo 51 indica que "…la Cámara de Diputados se compondrá de representantes de la nación…", y

b) Nación como sinónimo de Federación entendido este término como uno de los dos órdenes jurídicos que derivan de la Constitución del país. Ejemplo de ello es el artículo 27 párrafo VI que señala: "tratándose de petróleo y los carburos de hidrógeno sólidos, líquidos o gaseosos o de minerales radioactivos. No se otorgarán concesiones ni contratos, ni subsistirán los que, en su caso, se hayan otorgado y la nación llevará a cabo la explotación de esos productos".

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha profundizado en determinar que se debe entender por Nación:

1. Ejecutivo Federal. Tiene un doble carácter: como representante de la persona moral que se llama nación o sea de la Federación Mexicana y como representante de uno de los poderes en que el pueblo deposita su soberanía" Juicio Sumario contra la Secretaría de Agricultura y Fomento, Compañía Constructora Richardson, S.A., 23 de enero de 1922.

2.-El artículo 27 constitucional, al hablar de la Nación, se refiere a la Federación, constituida por las partes que la integran, y no a los Estados, pues no pudo confundir el interés del país, con el de uno de sus componentes y, además, los Estados no son órganos constitucionales por medio de los cuales expresa su voluntad la nación" Amparo civil en revisión, Carlos Robles, 17 de mayo de 1929.

3.- Las Legislaturas de los Estados carecen de las facultades para expedir leyes que impongan modalidades a la propiedad privada, porque esto corresponde a la nación, representada por el gobierno federal". Amparo administrativo en revisión, Manuel López Burgos y Hermanos, 13 de septiembre de 1930.

4.- La nación no puede ser confundida con una entidad federativa y los funcionarios de un Estado no son, por consiguiente, los que representan a la nación, que es la única y que está representada por sus órganos federales. Amparo administrativo en revisión, Manuel Iturriaga, 26 de marzo de 1935"[31]

[31]Diccionario Jurídico Mexicano, t .I-O, Edit. Porrúa, IIJ de la UNAM, México 2009, voz elaborada por Jorge Carpizo, p.2577-2578

De lo anterior se advierte, el concepto nación, aún cuando es un concepto sociológico que aglutina a todos los que pertenecemos a un Estado o país, bajo principios y fines comunes, se ha interpretado que quien la representa es la Federación, de ahí que es este nivel de autoridad quien detenta los derechos normativos de las Aguas, quien tiene facultades, competencia y atribuciones respecto de las "aguas nacionales", es la Federación en primer lugar, lo que ha dado lugar a su manejo centralizado.

Las aguas nacionales, ya vimos que es un concepto muy amplio, que comprende tanto aguas superficiales, como subterráneas, marítimas, limítrofes, y todas las que la misma constitución define como parte de este bien considerado patrimonio del Estado, pero al mismo tiempo un bien al que todos tenemos derecho de acceso. Cada una de estas categorías da lugar a un estudio individual y específico, que no se podrá abordar en este estudio.

III. 2. CATEGORÍAS DE PROPIEDAD DE LAS AGUAS

El artículo 27 constitucional, establece que las aguas comprendidas dentro del territorio nacional son originariamente de la nación:

> **Artículo 27.** *La propiedad de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional, corresponde originariamente a la Nación, la cual ha tenido y tiene el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares, constituyendo la propiedad privada.*

En el párrafo V enumera las aguas que son propiedad de la nación y determina que las aguas no incluidas en esta enunciación son parte de la propiedad de los terrenos por los que corran o en los que se encuentren sus depósitos. Estos terrenos, siendo propiedad de los particulares, aparejan en consecuencia la propiedad de las aguas.

Las aguas de la Federación, a las que se refiere el párrafo quinto del artículo 27 constitucional son las aguas pertenecientes a la federación, distintas de las que pertenecen a los estados, a los municipios y a los particulares.

Las aguas de dominio público por disposición constitucional de acuerdo a lo que establece el párrafo sexto del mismo artículo 27, son inalienables e imprescriptibles, pero su uso o utilización se pueden otorgar mediante concesiones administrativas.

Son propiedad de la Nación las aguas de los mares territoriales en la extensión y términos que fije (el, sic DOF 20-01-1960) Derecho Internacional; las aguas marinas interiores; las de las lagunas y esteros que se comuniquen permanente o intermitentemente con el mar; las de los lagos interiores de formación natural que estén ligados directamente a corrientes constantes; las de los ríos y sus afluentes directos o torrenciales, hasta su desembocadura en el mar, lagos, lagunas o esteros de propiedad nacional; las de las corrientes constantes o intermitentes (intermitentes, sic DOF 20-01-1960) y sus afluentes directos o indirectos, cuando el cauce de aquéllas en toda su extensión o en parte de ellas, sirva de límite al territorio nacional o a dos entidades federativas, o cuando pase de una entidad federativa a otra o cruce la línea divisoria de la República; la de los lagos, lagunas o esteros cuyos vasos, zonas o riberas, estén cruzadas por líneas divisorias de dos o más entidades o entre la República y un país vecino, o cuando el límite de las riberas sirva de lindero entre dos entidades federativas o a la República con un país vecino; las de los manantiales que broten en las playas, zonas marítimas, cauces, vasos o riberas de los lagos, lagunas o esteros de propiedad nacional, y las que se extraigan de las minas; y los cauces, lechos o riberas de los lagos y corrientes interiores en la extensión que fija la ley. Las aguas del subsuelo pueden ser libremente alumbradas mediante obras artificiales y apropiarse por el dueño del terreno, pero cuando lo exija el interés público o se afecten otros aprovechamientos; el Ejecutivo Federal podrá reglamentar su extracción y utilización y aún establecer zonas vedadas, al igual que para las demás aguas de propiedad nacional. Cualesquiera otras aguas no incluidas en la enumeración anterior, se considerarán como parte integrante de la propiedad de los terrenos por los que corran o en los que se encuentren sus depósitos, pero si se localizaren en dos o más predios, el aprovechamiento de estas aguas se considerará de utilidad pública, y quedará sujeto a las disposiciones que dicten los Estados.

Las aguas del dominio privado no se sujetan como todos los bienes comprendidos en tal dominio a las reglas del Código Civil.

Para el aprovechamiento y el uso de las aguas, los encontramos en los principios contenidos en el párrafo sexto:

En los casos a que se refieren los dos párrafos anteriores, el dominio de la Nación es inalienable e imprescriptible y la explotación, el uso o el aprovechamiento de los recursos de que se trata, por los particulares o por sociedades constituidas conforme a las leyes mexicanas, no podrá realizarse sino mediante concesiones, otorgadas por el Ejecutivo Federal, de acuerdo con las reglas y condiciones que establezcan las leyes.

La Ley General de Bienes Nacionales, señala a las aguas dentro de los bienes de uso común en el artículo 7 en los siguientes términos:

Artículo 7.- Son bienes de uso común:
I.- *El espacio aéreo situado sobre el territorio nacional, con la extensión y modalidades que establezca el derecho internacional;*
II.- *Las aguas marinas interiores, conforme a la Ley Federal del Mar;*
III.- *El mar territorial en la anchura que fije la Ley Federal del Mar;*[32]
IV.- *Las playas marítimas, entendiéndose por tales las partes de tierra que por virtud de la marea cubre y descubre el agua, desde los límites de mayor reflujo hasta los límites de mayor flujo anuales;*
V.- *La zona federal marítimo terrestre;*
VI.- *Los puertos, bahías, radas y ensenadas;*
VII.- *Los diques, muelles, escolleras, malecones y demás obras de los puertos, cuando sean de uso público;*
VIII.- Los cauces de las corrientes y los vasos de los lagos, lagunas y esteros de propiedad nacional;
IX.- *Las riberas y zonas federales de las corrientes;*
X.- Las presas, diques y sus vasos, canales, bordos y zanjas, construidos para la irrigación, navegación y otros usos de utilidad pública, con sus zonas de protección y derechos de vía, o riberas en la extensión que, en cada caso, fije la dependencia competente en la materia, de acuerdo con las disposiciones legales aplicables;
XI.- *Los caminos, carreteras, puentes y vías férreas que constituyen vías generales de comunicación, con sus servicios auxiliares y demás partes integrantes establecidas en la ley federal de la materia;*
XII.- *Los inmuebles considerados como monumentos arqueológicos conforme a la ley de la materia;*
XIII.- *Las plazas, paseos y parques públicos cuya construcción o conservación esté a cargo del*
Gobierno Federal y las construcciones levantadas por el Gobierno Federal en lugares públicos para ornato o comodidad de quienes los visiten, y
XIV.- *Los demás bienes considerados de uso común por otras leyes que regulen bienes nacionales.*

---

[32] LEY FEDERAL DEL MAR Nueva Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 8 de enero de 1986
Fe de erratas DOF 09-01-1986: Artículo 23.- La Nación ejerce soberanía en una franja del mar, denominada Mar Territorial, adyacente tanto a las costas nacionales, sean continentales o insulares, como a las Aguas Marinas Interiores.
Artículo 25.- La anchura del Mar Territorial mexicano, es de 12 millas marinas (22,224 metros), medidas de conformidad con las disposiciones de esta Ley y su Reglamento.
Articulo 26.- Los límites del Mar Territorial se miden a partir de líneas de base, sean normales o rectas, o una combinación de las mismas, determinadas de conformidad con las disposiciones del Reglamento de la presente Ley.
Articulo 27.- El límite exterior del Mar Territorial es la línea cada uno de cuyos puntos está a una distancia de 12 millas marinas (22,224 metros), del punto más próximo de las líneas que constituyan su límite interior, determinadas de conformidad con el Artículo 26 de esta Ley y con las disposiciones pertinentes de su Reglamento.

La Ley de Aguas Nacionales, define también lo que debe entenderse por Aguas Nacionales:

Artículo 3. Para los efectos de esta Ley se entenderá por:

I."Aguas Nacionales": *Son aquellas referidas en el Párrafo Quinto del Artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos;*

Este artículo se apega a lo que la constitución señala, por lo que prevalecen los conceptos constitucionales en la definición de aguas nacionales.

IV. ANÁLISIS DOCTRINAL

Desde el punto de vista doctrinal, la conceptualización del régimen jurídico del agua, se ha explicado en los siguientes términos:

Urbano Farías Hernández, en el año de 1998, escribió en su obra *"Derecho Mexicano de las Aguas Nacionales", que "las aguas tienen un tratamiento diferente según su distinta naturaleza jurídica. Hay aguas que son de propiedad privada y por excepción son públicas. Mientras que las Aguas públicas excepcionalmente serán privadas, sin embargo señala la característica del agua que es inaprensible".*

Señaló que se constituye un derecho de explotación más que de propiedad en el sentido tradicional, de acuerdo con lo que se establece en el artículo 27 constitucional fracción I, que contempla la posibilidad de que por excepción haya agua susceptible de apropiación por particulares, entendiendo por tales a las personas físicas o morales de naturaleza diferente a la "nación", en cuyo caso se refiriere a ellas como "aguas nacionales", que en este caso se necesitará un titulo "concesión" para poder explotarlas.

El texto del artículo 27 constitucional tiene el sentido y razón de conservar para la Nación los bienes del Estado. La Constitución de 1917, nacionalizó las tierras y aguas, para considerarlas como un medio para que la *Nación* cumpla con sus fines.

En la lógica de la interpretación de Urbano Farías, indica el autor, que hay dos principios implícitos en el quinto párrafo del artículo 27 de la Constitución:

Primero, Las aguas que no son nacionales se consideran parte integrante de la propiedad de los terrenos por los que corran o en los que se encuentren depósitos; y

Segundo, En el caso en el que se ligan tierra y agua, cuando se localizan en dos o más predios, el aprovechamiento se considerará de utilidad pública, y quedará sujeto a las disposiciones que dicten los estados"[33]

Una de las características fundamentales de la propiedad del Estado la constituye que los bienes son de *Dominio Directo*?[34] Al respecto Gabino Fraga, señala que "ambos conceptos, tierras y agua, tienen el mismo antecedente, pero que las aguas, en especial, si podían pasar a formar parte del dominio privado de los particulares mediante una "*merced real*"[35] y ciertos requisitos.

En la actualidad, las aguas están sujetas a dos regímenes, uno que permite que los particulares las adquieran, dentro del sistema de propiedad privada, y otro que es exclusivo de la nación, el sistema de propiedad pública que es inalienable, que para el autor Urbano Farías, lo excluye del comercio, evitando que sean vendidas, cedidas, hipotecadas y tampoco puede constituirse sobre de ellas ningún derecho real ni transferir su dominio. También son inembargables, por lo que los jueces no pueden afectarlas por ser consideradas de dominio público. Otra consecuencia es que son imprescriptibles, lo que significa que los particulares no podrán poseerlos si no tienen un titulo legalmente expedido.

Por consecuencia la única forma es concesionarlas, de acuerdo a la importancia económica que tienen?[36]

---

[33] FARÍAS HERNÁNDEZ, Urbano, Derecho Mexicano de Aguas Nacionales, Porrúa, México 1998, p. 41

[34] Respecto a la característica que establece el párrafo primero del art. 27C, que expresa" la propiedad de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional, corresponden originalmente a la nación, la cual ha tenido y tiene el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares, constituyendo la propiedad privada"; De acuerdo a lo que dice el Diccionario Jurídico Mexicano, respecto a este tema señala: Existen cinco teorías interpretativas del concepto de propiedad originaria y cada una con matices diferentes como: A)Teoría Patrimonialista del Estado, la que considera que la nación mexicana al independizarse de España, se subrogó en los derechos de la propiedad absoluta que tuvo la corona española, sobre las tierras, aguas y accesiones de la Colonia [que a su vez le fueron conferidos a España por la Bula Inter Coetera del Papa Alejandro VI de 1493, donde repartió entre España y Portugal el territorio descubierto. Esta idea la plasmó Andrés Molina Enríquez en la Exposición de Motivos de la Constitución. B) Teoría de la integración del elemento físico al Estado, Considera que la propiedad originaria corresponde a la propiedad consustancial e inseparable de la naturaleza de ésta. C) Teoría que asimila el dominio eminente a la propiedad originaria. Esta teoría expresa que en el primer párrafo se reconoce la soberanía del Estado para legislar sobre las tierras y aguas comprendidas en los límites del territorio nacional, y que este concepto no corresponde al tradicional de propiedad. D) Teoría de la Propiedad como función social y de los fines del Estado. Expuesta por Don Lucio Mendieta y Núñez, tiene su apoyo en que la propiedad tiene su apoyo en la función social y fines del Estado; E) Teoría que en la propiedad originaria reconoce un decreto nuevo y singular, esta teoría fue expuesta por Felipe Tena Ramírez, considera que se consagra a favor del Estado un dominio más concreto y real que puede desplazar a la propiedad privada, convirtiendo en dominales los bienes de los particulares no por vía de expropiación sino en vía de regreso al propietario originario que es la nación. Aclara que el concepto nación lo utilizó el constituyente como sinónimo de Estado. MADRAZO Jorge, DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO, Vol. P-Z, Edit. Porrúa, IIJ UNAM p. 3094-3095

[35] Ver el capítulo de concesiones en FRAGA Gabino, Derecho Administrativo, Edit. Porrúa, México 2000,

[36] Es el caso del espacio aéreo, la zona marítima terrestre, los yacimientos minerales y las aguas interiores.

Para Gustavo Armando Ortiz Rendón, enfoca su análisis en estos tiempos, por la importancia del recurso para la población y nos dice que, ***"la problemática del agua en México, es un problema de seguridad nacional por su escasez, baja calidad, pocas posibilidades de reúso y la irregular distribución que ocasiona el constante crecimiento de la demanda, la ineficiencia de su uso y el aumento de los niveles de contaminación, agrega el autor, que "el uso y abuso de los recursos hídricos en el país lo hacen no sustentable".***[37]

Presenta este autor un panorama real, actual y dramático del estado del agua en México, lo que obliga a que se tomen cartas en el asunto, para evitar una catástrofe. Para ello es fundamental la regulación del agua sobre todo para la gestión de la misma. En el balance que hace del panorama general de la regulación del agua, hace énfasis de la importancia de la Ley de Aguas Nacionales y de sus últimas reformas en el año de 2004. Observa los aspectos positivos de una ley que reglamenta la gestión del agua a nivel federal, a pesar de que se propone descentralizar las funciones en los Consejos de Cuenca, sin embargo, señala la ausencia de legislación a nivel estatal en materia de aguas en la que se establezcan las responsabilidades de las autoridades estatales y municipales, lo que provoca que siga siendo a nivel federal el control (sic).[38]

La doctora María del Carmen Carmona Lara, distinguida ecologista, ha abordado el tema del agua, desde varias ópticas, la ecológica por supuesto, pero hay un estudio en el que aborda el tema de la *"gobernabilidad del agua en México", que es "(…) la forma en que interactúan en un espacio de tiempo determinado los procesos, la estructura de actores y las reglas formales e informales que permiten alcanzar la gestión integral del agua y sustentable del agua. Por tanto los temas de gobernabilidad tienen importantes implicaciones en la gestión del recurso hídrico en todos los niveles administrativos, -global, nacional, regional y local- y son prerrequisitos para la implementación exitosa de la gestión integrada de dicho recurso".*[39]

El origen y fin del agua, es su buen manejo, lo que significa el adecuado cuidado, protección y distribución, para conservar el vital líquido, indispensable para que vivamos. La gestión del agua, tiene fundamental importancia, para que estos propósitos se lleven a cabo, y lo que está urgiendo en opinión de la doctora,

---

[37] ORTIZ RENDON, Gustavo Armando, Evolución y perspectivas del marco jurídico del agua en México: Nuevos retos y oportunidades para la gestión integrada del recurso hídrico, obra colectiva AGUA Aspectos Constitucionales, RABASA O Emilio, ARRIAGA GARCÍA Carol, Edit. Porrúa IIJ de la UNAM, México 2011p. 17

[38] No coincido con esta aseveración, pues casi todos los Estados tienen legislación en materia de Aguas, incluso algunos Municipios también, el problema a mi parecer es la disposición de recursos financieros sobre todo para los Municipios para que estos puedan llevar a cabo las responsabilidades que les atribuye la constitución..

[39] CARMONA LARA, María del Carmen, La Constitución y el Agua: Apuntes para la gobernabilidad en el caso del agua de México", obra colectiva: AGUA Aspectos Constitucionales, Coordinadores: RABASA O Emilio, ARRIAGA GARCÍA Carol B. pp. 83-140

es justamente la buena gobernanza del agua, que no puede llevarse a cabo por la falta de reglas adecuadas en el manejo del agua, la falta de normas a nivel estatal y municipal para determinar responsabilidades en todos los niveles.

La actual normatividad propicia un control centralizado, que aunque pretende descentralizar la misma ley no lo propicia. Por otro lado, la decisión política del Estado, para determinar en qué sentido se va a tratar el agua, es fundamental. Actualmente hay dos tendencias que buscan el control del agua bajo dos perspectivas diferentes:

Una que ve al agua como un recurso económico, que debe ser administrado por medio de concesiones -al menos en el caso de México, ante la imposibilidad por el momento de poder privatizar mientras no se cambie el artículo 27 constitucional- pero que sus objetivos es un manejo por empresas particulares nacionales o extranjeras, del agua, y he aquí, a mi parecer debemos ver con precaución el manejo privado del agua, tanto doméstica como la que se utiliza para el desarrollo de la agricultura ganadería y todas las áreas involucradas, la industria y la generación de energía. El agua es un recurso estratégico para el desarrollo del país, indispensable en todas las actividades. No debemos incurrir en el error de dejar en manos extranjeras un recurso vital.

Ceder el manejo privado del agua, se enfrenta ahora con la determinación de que el agua es un derecho humano, al que todos tiene derecho.

Obviamente la tendencia privatizadora, proviene de los empresarios que quieren hacer del agua un negocio rentable, que la presentan como la única opción de resolver el problema del agua.

Y otra la postura de izquierda, que dice que *"el agua es un bien social indispensable para la vida, además de un bien económico de propiedad pública; que se debe impulsar la gestión integral de los recursos naturales: agua, suelo y bosques, asegurando la sustentabilidad, lo que garantizará la potestad social sobre la gestión del agua, ya que los esquemas que hoy tenemos son el resultado de muchos años de una política equivocada".*[40]

La doctora Carmona, ya señalaba en su estudio La Constitución y el Agua, que el problema es la voluntad política, para tomar decisiones, como para reconocer el derecho humano de acceso al agua potable, (para todos). Este derecho ya fue reconocido por la Constitución, con la reforma que se llevó a cabo en el artículo 4° Constitucional, ya no es una opción de voluntad política.

---

[40] HERNÁNDEZ GANUNDI, Félix, "Una política alternativa para la gestión del agua", ponencia presentada en el foro temático "Medio ambiente", realizado el 15 de octubre de 2005, en La Paz, BCS, organizado por la Comisión para elaborar la Plataforma Electoral 2006, PRD; citado por Carmona Lara Ob. Cit. p. 136

Tratar el agua como un bien común perteneciente a la vida sobre la tierra y a la humanidad y no como una mercancía, o bien económico. Lo que se debe hacer es promover otros sistemas de agricultura que optimicen el uso del agua, pues en esta actividad se requiere en abundancia y en ocasiones es desperdiciada; se debe reorientar la tecnología al servicio de las necesidades de los más desposeídos (por ejemplo aprovechar el uso de agua de lluvia, que actualmente se va al drenaje, perdiéndose con las aguas negras),en lo que se debe trabajar es en lograr la participación de los ciudadanos en la gestión del agua mediante la educación, concientización de la importancia del cuidado de la misma.

Otro aspecto fundamental en el uso del agua, es en el sector agrícola, pues justamente en este sector es en donde más se utiliza el agua, según reporte de la CONAGUA alcanza hasta un 60%, del total de agua dulce disponible y se desperdicia mucho, por los actuales sistemas productivos, de ahí la importancia de utilizar nuevos sistemas de riego, además de nuevas tecnologías como el agua sólida.[41]

[41] A este respecto cabe señalar el invento del Ingeniero químico industrial, egresado del Politécnico, Sergio Jesús Rico, quien recientemente inventó una sustancia a la que llama "lluvia sólida" para contrarrestar los efectos de la sequía. La lluvia sólida está compuesta de una fórmula de polacrilato de potasio, un polvo blanco cristalizado similar al azúcar, al cual se adhieren las moléculas de agua para formar cápsulas de gel que se adhieren a las raíces de las plantas, lo que permite mantenerlas hidratadas y saludables. Según lo observado desde 2005 en un campo de cultivo de maíz del estado de Jalisco, en México, la lluvia sólida aumenta hasta 20 veces el rendimiento agrícola de la zona donde es utilizada. En ese campo se utilizaron dos formas de riego: uno tradicional con lluvia de temporal y el otro con la lluvia sólida. Los resultados fueron de 600 kilogramos por hectárea contra 10 toneladas por hectárea, respectivamente.
A diferencia de otros sistemas de riego, como el goteo, la lluvia sólida permite que la raíz se mantenga húmeda por varios meses, y se rehidrate con las precipitaciones.
Este invento puede ser muy útil no solo para los campos mexicanos, sino para todos aquellos lugares que sufren los estragos que trae la sequía o incluso únicamente para mejorar la productividad de los cultivos.
Un kilogramo de la sustancia es capaz de generar hasta 500 litros de agua en gel, pero lo realmente bueno es que los riegos tradicionales que normalmente utilizan hasta 80 litros de agua, con las cápsulas de gel solo se requieren 50 y se ahorra gran cantidad de agua pues no se filtra en la tierra ni se evapora. En Colombia se aplicó ese novedosos método de irrigación en invernaderos de rosas y claveles; los resultados indicaron un ahorro de 75% en los costos de riego, 100% en incremento de follaje y flores, y 300% en desarrollo de raíces.. Ver nota en: http://www.veoverde.com/2012/01/un-mexicano-inventa-agua-solida-para-combatir-las-sequias/, también ver en: http://www.silosdeagua.net/
También: En el sector del riego se pueden lograr mejoras tanto a nivel de técnicas y manejo como a nivel institucional. Las mejoras técnicas incluyen sistemas de riego avanzados tales como riego por goteo, rociadores, el uso conjunto de agua subterránea y agua de superficie, y agricultura de precisión, incluyendo el monitoreo computarizado de la demanda de agua para los cultivos.

V. COMPETENCIAS EN MATERIA DE AGUAS

V. 1. EN EL SISTEMA FEDERAL

Como ya se explicó, las aguas son patrimonio del Estado y de competencia Federal, pero también se contemplan las aguas que nacen y corren por el territorio de los Estados y que son competencia de estos en su reglamentación y control. Y el suministro de agua potable, el drenaje, alcantarillado y tratamiento de aguas residuales son competencia de los Municipios. Todo esto nos muestra un mosaico de competencias.

Constitucionalmente existe una distribución de competencias, que pretende solucionar este problema con la fórmula que establece el artículo 124 constitucional, que dice: *"Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados".*

Sin embargo el problema no es tan sencillo, pues en la práctica se complica, por la particularidad con que se otorgan algunas competencias; al respecto el Doctor Jorge Carpizo, señala que el sistema federal mexicano es mucho más complejo, puesto que la propia Constitución establece una serie de atribuciones que definen facultades como las siguientes:[42]

• "Facultades atribuidas a la Federación. Como las enunciadas en el artículo 73 constitucional, o las mencionadas en otros artículos como es el caso del 123 en materia laboral.

• Facultades atribuidas de manera expresa o tácita a las entidades federativas. Como la facultad expresa de regular el patrimonio de familia, establecida en la fracción XVIII del artículo 27; o la tácita de darse una Constitución, que se desprende del artículo 41.

• Las Facultades prohibidas a las entidades federativas tanto en materia absoluta (artículo 117) como relativa (artículo 118).

• Facultades coincidentes. Mismas que tanto la federación como las entidades federativas pueden ejercer, y que pueden existir en una versión amplia (cuando la Federación como los estados pueden regular la materia en cuestión de manera igual, como sería el caso del tratamiento de los menores infractores, según el párrafo 4° del artículo 18 constitucional) o en una versión restringida (que se da cuando se otorga a la Federación o a los Estados la facultad de fijar bases o criterios de división de la facultad en cuestión, como sería el caso de la facultad

[42]CARPIZO, Jorge, Estudios constitucionales, México, LGEM/UNAM, 1983, pp. 115.-117

que tiene el Congreso de la Unión para expedir leyes a efecto de unificar y coordinar la función educativa entre la Federación, los estados y los municipios, según la fracción VIII del artículo 3°, y la fracción XXV del artículo 73 constitucional).

• Las facultades de auxilio. Cuyo ejemplo podía encontrarse en la función que las autoridades estatales debían realizar en auxilio de la Federación en materia de regulación del culto religioso, según lo disponía el artículo 130 constitucional hasta antes de la reforma de 1992".

Agrega el doctor José María Serna de la Garza[43], *"que otros autores como Elizur Arteaga, hablan de la existencia de un sistema complejo de distribución de competencias, en el cual conviven las facultades implícitas, la jurisdicción dual, las facultades concurrentes las inhibiciones y prohibiciones a los estados, así como las obligaciones a cargo de las autoridades estatales derivadas de la constitución general".*[44]

V. 2. COMPETENCIA ESTATAL

Las facultades que no están expresamente concedidas por la Constitución a la federación, se entenderán reservadas a los Estados, artículo 124 de la CPEUM.

> *Artículo 124. Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados.*

A partir de este principio es que todos los Estados emiten sus leyes. En materia de Aguas, partiendo de lo que señala el artículo 124, y de lo que especifica el mismo artículo 27 constitucional, señalando que su "ley" de aguas, es sobre aquellas que no están expresamente señaladas en la Constitución en el artículo 27 constitucional.

Los Estados reglamentan a nivel local y municipal el manejo de las aguas, tanto su abasto como el alcantarillado y el manejo de las aguas residuales.

A manera de ejemplo se señala lo que establece la Constitución de Aguascalientes:

CONSTITUCION POLITICA DEL ESTADO DE AGUASCALIENTES
(AGUASCALIENTES, AGS., 13 DE AGOSTO DE 1950)

ARTÍCULO 27.- *Son facultades del Congreso:*

I.- Legislar para el Estado, sobre todas las materias que no sean de la competencia exclusiva de la Federación;

[43] SERNA DE LA GARZA, José María, La lógica centralizadora del Sistema Federal Mexicano, pp. 551,
[44] ARTEAGA NAVA, Elizur, Derecho constitucional, México, UNAM, 1994, t.II, pp. 39-55 [Citado por Serna de la Garza José María, en la Lógica Centralizadora del Sistema Federal Mexicano)

ARTÍCULO 69.- *Los Municipios tendrán a su cargo las funciones y servicios públicos siguientes:*

I.- Agua potable, drenaje, alcantarillado, tratamiento y disposición de sus aguas residuales;

En general todos los Estados tienen disposiciones semejantes, pues se sujetan a lo que establece el artículo 124 constitucional. Incluso el Estatuto Gobierno del Distrito Federal, establece en su Estatuto de Gobierno la delimitación de sus facultades, en relación a las competencias federales:

ESTATUTO DE GOBIERNO DEL DISTRITO FEDERAL

Nuevo Estatuto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 26 de julio de 1994
TEXTO VIGENTE
Última reforma publicada DOF 28-01-2011

ARTÍCULO 10.- *Las disposiciones contenidas en el presente Estatuto son de orden público e interés general y son norma fundamental de organización y funcionamiento del gobierno del Distrito Federal, de conformidad con lo dispuesto en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.*

Artículo reformado DOF 04-12-1997

ARTÍCULO 24.- *Corresponde al Congreso de la Unión:*
I. *Legislar en lo relativo al Distrito Federal, con excepción de las materias expresamente conferidas por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos a la Asamblea Legislativa del Distrito Federal;*

ARTÍCULO 36.- *La función legislativa del Distrito Federal corresponde a la Asamblea Legislativa en las materias que expresamente le confiere la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.*

Artículo reformado DOF 04-12-1997

ARTÍCULO 42.- *La Asamblea Legislativa tiene facultades para:*
XIV. *Legislar en materia de planeación del desarrollo; en desarrollo urbano, particularmente en el uso del suelo; preservación del medio ambiente y protección ecológica; vivienda; construcciones y edificaciones; vías públicas, tránsito y estacionamientos; adquisiciones y obras públicas; y sobre explotación, uso y aprovechamiento de los bienes del patrimonio del Distrito Federal;*

ARTÍCULO 44.- *Las leyes y decretos que expida la Asamblea Legislativa del Distrito Federal se sujetarán a lo dispuesto en las leyes generales que dicte el Congreso de la Unión en las materias de función social educativa, salud, asentamientos humanos, protección al ambiente, preservación y restauración del equilibrio ecológico y las demás en que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos determine materias concurrentes.*

ARTÍCULO 118.- *Para el desarrollo y bienestar social en la Ciudad deberán tomarse en cuenta las siguientes materias:*
VIII. Agua potable, drenaje y tratamiento de aguas residuales.
Fracción adicionada DOF 04-12-1997

ARTÍCULO 137.- *El patrimonio del Distrito Federal se compone de los bienes de dominio público y los bienes de dominio privado. La ley regulará el régimen patrimonial del Distrito Federal, sus disposiciones serán de orden e interés públicos y de observancia obligatoria.*
Artículo adicionado DOF 04-12-1997

ARTÍCULO 138.- *Excepto aquéllos pertenecientes a la Federación en términos de la legislación aplicable, los bienes de dominio público del Distrito Federal son los siguientes:*
(…)

IV. *Las tierras y aguas a excepción de las comprendidas en el artículo 27, párrafos cuarto, quinto y octavo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos;*

VI. *Los canales, zanjas y acueductos, propiedad o construidos por el Distrito Federal, así como los cauces de los ríos que hubiesen dejado de serlo, siempre y cuando no sean de jurisdicción federal, debiendo observarse al respecto las disposiciones de la Ley de Aguas Nacionales;*

Los bienes de dominio público son inalienables, imprescriptibles, inembargables y no estarán sujetos a ningún gravamen o afectación de dominio, mientras no cambien su situación jurídica, a acción reivindicatoria o de posesión definitiva o provisional.

Artículo adicionado DOF 04-12-1997

Es competencia de los Congresos Estatales, emitir las Leyes que serán aplicables para los Municipios.

V. 3. COMPETENCIA MUNICIPAL

En su origen, la figura constitucional del Municipio Libre, tuvo la intensión de establecer la base de su división territorial y de la organización política administrativa de México, establecido en el artículo 115 constitucional.[45]

En el año de 1983, durante el gobierno del presidente Miguel De La Madrid, se promovió ante el Congreso de la Unión una serie de reformas al artículo 115 constitucional, con el propósito de fortalecer esta institución política. En la reforma llevada a cabo el 3 de febrero de ese año, se reforma y adiciona este artículo estableciendo la estructura del Municipio Libre y una serie de atribuciones, entre otras se señala en la

> *fracción III: Los municipios, con el concurso de los Estados cuando así fuere necesario y lo determinen las leyes, tendrán a su cargo los siguientes servicios públicos:*
>
> *a) Agua potable y alcantarillado.*
> *b) Alumbrado público.*
> *c) Limpia.*
> *d) Mercados y centrales de abasto.*
> *e) Panteones.*
> *f) Rastro.*
> *g) Calles, parques y jardines.*
> *h) Seguridad pública y tránsito, e*
> *i) Los demás que las legislaturas locales determinen, según las condiciones territoriales y socioeconómicas de los Municipios, así como su capacidad administrativa y financiera.*
>
> *Los Municipios de un mismo Estado, previo acuerdo entre sus ayuntamientos y con sujeción a la ley, podrán coordinarse y asociarse para la más eficaz prestación de los servicios públicos que les corresponda. (…)*[46]

---

[45] El Artículo 115 constitucional ha tenido las siguientes reformas:
1ª Reforma DOF 20-08-1928
2ª Reforma DOF 29-04-1933
3ª Reforma DOF 08-01-1943
4ª Reforma DOF 12-02-1947
5ª Reforma DOF 17-10-1953
6ª Reforma DOF 06-02-1976
7ª Reforma DOF 06-12-1977
8ª Reforma DOF 03-02-1983
9ª Reforma DOF 17-03-1987
10ª Reforma DOF 23-12-1999
11ª Reforma DOF 14-08-2001
12ª Reforma DOF 18-06-2008
13ª Reforma DOF 24-08-2009
Información localizable en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum_art.htm

[46] Ver reforma completa en: 8ª Reforma DOF 03-02-1983

"La reforma municipal tuvo ante sí la posibilidad histórica de lograr las condiciones para generar un municipio libre autosuficiente, eficiente en su administración y desarrollo social, que hoy por hoy es una aspiración constitucional todavía. En ello, el fortalecimiento de la hacienda municipal juega un papel prioritario, pues sobran los ejemplos de precariedad.

Las anteriores reformas han fortalecido algunos aspectos vitales de las atribuciones municipales, sin embargo, hace falta ese impulso definitivo que se espera muy pronto para dar una respuesta consistente a la problemática financiera, de desarrollo en todos los ámbitos y atención a las demandas ciudadanas, en el marco de la democracia".[47]

Esta opinión, de Marcos Pineda, va muy de acuerdo a lo que en la práctica sucede en los Municipios, no todos tienen la capacidad económica para poder realizar todas las atribuciones que les fueron conferidas, y el que padece es el ciudadano.

Por lo que se estima es conveniente una revaloración de las facultades que vayan de acuerdo con su capacidad financiera.

El 23 de diciembre de 1999, se publica en el Diario Oficial de la Federación, una nueva reforma al artículo 115, y concretamente en la fracción III, se modifica y adiciona el inciso a para quedar como sigue:

(…)

III.- Los Municipios tendrán a su cargo las funciones y servicios públicos siguientes:

a) Agua potable, drenaje, alcantarillado, tratamiento y disposición de sus aguas residuales

(…)

Como se puede ver, aumentaron las atribuciones de los Municipios, pues además de las atribuciones que ya le habían sido conferidas en la reforma de 1983, se aumentó con el drenaje, y el tratamiento y disposición de sus aguas residuales. Estas atribuciones implican aún más de personal especializado y de los recursos financieros correspondientes.

Algunos Municipios importantes, se encuentran en posibilidad de poder llevar a cabo estas funciones, pero la gran mayoría de los Municipios a nivel federal no cuentan con ellos, lo que afecta los servicios de los usuarios.

---

[47] PINEDA GODOY, Marcos(Jefe del Departamento de Análisis Político, del Centro Nacional de Desarrollo Municipal de la Secretaría de Gobernación y asesor de la Comisión de Participación Ciudadana en la LVI Legislatura de la Cámara de Diputados).; Los retos de la reforma municipal; Documento localizable en: http://www.diputados.gob.mx/cronica57/contenido/cont12/anali7.html

En la reforma constitucional que se lleva a cabo el 24 de agosto de 2009, se establece que:

> *"Las legislaturas de los Estados aprobarán las leyes de ingresos en los municipios, revisarán y fiscalizarán sus cuentas públicas. Los presupuestos de egresos serán aprobados por los ayuntamientos con base en sus ingresos disponibles, y deberán incluir en los mismos, los tabuladores desglosados de las remuneraciones que perciban los servidores públicos municipales, sujetándose a lo dispuesto en el artículo 127 de esta Constitución"*

Esta disposición establece un control a los Municipios, y una dependencia total con lo que dispongan los Estados para sus ingresos.

Por un lado, se les otorgan todas las atribuciones como si fueran entes autónomos e independientes, solventes y capaces de proporcionar todos los servicios a la ciudadanía, y por otro no pueden aprobar sus propias leyes de ingresos, ellos no establecen los derechos que se deberían cobrar por los servicios que prestan.

Ante este panorama de "atrapados sin salida", debiera valorarse que en cuanto al servicio del agua potable y el tratamiento de las aguas residuales, debieran ser de control federal, así como lo son el suministro de energía eléctrica, y el abasto de hidrocarburos. Son bienes todos ellos que debieran considerarse estratégicos, por su naturaleza e importancia para los mexicanos.

El problema de suministro de aguas, requiere de recursos financieros, y elementos técnicos especializados. No todos los Municipios están en posibilidad de hacer frente a estas responsabilidades, por lo que llevar a cabo una revisión de las competencias de los Municipios es recomendable, ya sea en su redistribución de las mismas con la entidad federativa correspondiente, o en el aumento de sus recursos financieros.

Si además tomamos en cuenta, que el manejo de las aguas nacionales, esta centralizado en la CONAGUA, poco margen de acción tienen los Municipios.

Para la eficaz coordinación de las distintas jurisdicciones locales y municipales entre sí, y de éstas con la federación y el Distrito Federal en la zonas conurbadas limítrofes con el Distrito Federal, en materia de asentamientos humanos; protección al ambiente; preservación y restauración del equilibrio ecológico; transporte, agua potable y drenaje; recolección, tratamiento y disposición de desechos sólidos, sus respectivos gobiernos podrán suscribir "convenios" de colaboración, o de administración de servicios o para la creación de comisiones metropolitanas en las que concurren y participan con apego a sus leyes *(Artículo 122 fracción IV, inciso G, CPEUM transcritos anteriormente).*

Es a través de Convenios de Coordinación o de Colaboración administrativa, como se resuelven muchos de los problemas en materia de concurrencia o coincidencia de facultades de cualquier materia, cabe señalar que en materia de aguas, los convenios que se han celebrado son de *"cultura del manejo del agua"*, de naturaleza educativa e informativa para el debido cuidado del recurso hídrico.

El Servicio de Aguas en el Distrito Federal es el Sistema de Aguas de la Ciudad de México, este entró a partir del 1° de enero de 2003 en funcionamiento el Organismo Público Descentralizado, Sistema de Aguas de la Ciudad de México (SACM), por decreto del Jefe de Gobierno del Distrito Federal, Lic. Andrés Manuel López Obrador, al fusionar la entonces Dirección General de Construcción y Operación Hidráulica (DGCOH) y la Comisión de Aguas del Distrito Federal (CADF).

V. 4. CONCURRENCIA Y COINCIDENCIA DE FACULTADES

Como ya se dijo, cuando se da el problema de la concurrencia o coincidencia de facultades, se ha recurrido al sistema de Coordinación como un principio de organización, colaboración, y definición de competencias en una materia específica.

En este campo interviene el Congreso de la Unión, de acuerdo a las facultades que tienen en el artículo 73 fracción XXIII para establecer las bases de coordinación en diferentes materias; o en la fracción XXV, igual tiene competencia federal de acuerdo a lo que se señala en las fracciones, XXIX, XXIX-C; XXIX-GXXIX-L.

Art. 73 *El Congreso tiene Facultad:*

(…)

XXIII. *Para expedir leyes que establezcan las bases de coordinación entre la Federación, el Distrito Federal, los Estados y los Municipios, así como para establecer y organizar a las instituciones de seguridad pública en materia federal, de conformidad con lo establecido en el artículo 21 de esta Constitución.*

XXV. *Para establecer, organizar y sostener en toda la República escuelas rurales, elementales, superiores, secundarias y profesionales; de investigación científica, de bellas artes y de enseñanza técnica, escuelas prácticas de agricultura y de minería, de artes y oficios, museos, bibliotecas, observatorios y demás institutos concernientes a la cultura general de los habitantes de la nación y legislar en todo lo que se refiere a dichas instituciones; para legislar sobre vestigios o restos fósiles y sobre monumentos arqueológicos, artísticos e históricos, cuya conservación sea de interés nacional; así como para dictar las leyes encaminadas a distribuir convenientemente entre la Federación, los Estados y los Municipios el ejercicio de la función educativa y las aportaciones económicas correspondientes a ese servicio público, buscando unificar y coordinar la educación en toda la República. Los Títulos que se expidan por*

los establecimientos de que se trata surtirán sus efectos en toda la República. Para legislar en materia de derechos de autor y otras figuras de la propiedad intelectual relacionadas con la misma.

XXIX. *Para establecer contribuciones:*

1o. *Sobre el comercio exterior;*
2o. *Sobre el aprovechamiento y explotación de los recursos naturales comprendidos en los párrafos 4° y 5° del artículo 27;*
3o. *Sobre instituciones de crédito y sociedades de seguros;*
4o. Sobre servicios públicos concesionados o explotados directamente por la Federación; y
5o. *Especiales sobre:*
a) *Energía eléctrica;*
b) *Producción y consumo de tabacos labrados;*
c) *Gasolina y otros productos derivados del petróleo;*
d) *Cerillos y fósforos;*
e) *Aguamiel y productos de su fermentación; y*
f) *Explotación forestal.*
g) *Producción y consumo de cerveza.*
Las entidades federativas participarán en el rendimiento de estas contribuciones especiales, en la proporción que la ley secundaria federal determine. Las legislaturas locales fijarán el porcentaje correspondiente a los Municipios, en sus ingresos por concepto del impuesto sobre energía eléctrica.

XXIX-C. *Para expedir las leyes que establezcan la concurrencia del Gobierno Federal, de los Estados y de los Municipios, en el ámbito de sus respectivas competencias, en materia de asentamientos humanos, con objeto de cumplir los fines previstos en el párrafo tercero del artículo 27 de esta Constitución.*

XXIX-G. *Para expedir leyes que establezcan la concurrencia del Gobierno Federal, de los gobiernos de los Estados y de los municipios, en el ámbito de sus respectivas competencias, en materia de protección al ambiente y de preservación y restauración del equilibrio ecológico.*

XXIX-L. *Para expedir leyes que establezcan la concurrencia del gobierno federal, de los gobiernos de las entidades federativas y de los municipios, en el ámbito de sus respectivas competencias, en materia de pesca y acuacultura, así como la participación de los sectores social y privado,*

Cabe señalar que en los casos de asentamientos humanos, medio ambiente, salud, y educación, la promulgación de leyes generales, ha brindado una alternativa de auténtica descentralización, que aunque ese no fue un diseño de descentralización hecho desde el centro, si constituye una manera novedosa en cuanto a los resultados de competencias compartidas que confieren a las entidades federativas una transferencia de atribuciones que les ha permitido ocupar un espacio en el que ejercen potestad legislativa en materias cruciales para su desarrollo, la ley en la asignación de competencias, resuelve muchos de los conflictos que antes había.

No ha sucedido así en el caso del agua. La CONAGUA por disposición de la Ley de Aguas Nacionales [LAN], sigue manteniendo el control centralizado del agua. Pero, el servicio lo suministra el Municipio.

Respecto a la estructura federal, en México tenemos 32 Estados, 2,445 Municipios que tienen atribuidas competencias y facultades en sus respectivas Constituciones estatales. La competencia constitucional de los Municipios esta atribuida expresamente en la Constitución Federal en el artículo 115 fracción III, donde se establecen los servicios que deben prestar como ya se explicó.

Merece una explicación especial el caso del Distrito Federal, por tratarse de una entidad que no tiene las características de un Estado federado, sino es la entidad que alberga los poderes federales dentro de su territorio, pero que por razones históricas, y de desarrollo, ha crecido de tal manera que es una entidad que tiene casi 8 millones de habitantes y produce más del 20% del PIB.

Sus habitantes han merecido la atención de darles el estatus de ciudadanos que tienen capacidad de poder elegir a sus gobernantes; ésta característica lo acerca mucho a la estructura política de un Estado, sin que todavía a la fecha haya sido considerado como tal, por lo que amerita un análisis separado.

V. 5. FACULTADES DE LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DEL DISTRITO FEDERAL

Estas se encuentran legisladas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en el artículo 122 Apartado C, Fracción V, inciso j que a continuación se transcribe:

> ***Artículo 122.*** *Definida por el artículo 44 de este ordenamiento la naturaleza jurídica del Distrito Federal, su gobierno está a cargo de los Poderes Federales y de los órganos Ejecutivo, Legislativo y Judicial de carácter local, en los términos de este artículo.*
>
> ***V.*** *La Asamblea Legislativa, en los términos del Estatuto de Gobierno, tendrá las siguientes facultades:*
>
> ***j)*** *Legislar en materia de planeación del desarrollo; en desarrollo urbano, particularmente en uso del suelo; preservación del medio ambiente y protección ecológica; vivienda; construcciones y edificaciones; vías públicas, tránsito y estacionamientos; adquisiciones y obra pública; y sobre explotación, uso y aprovechamiento de los bienes del patrimonio del Distrito Federal;*

La ley ambiental del Distrito Federal, publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 13 de enero de 2000, señala:

Artículo 1° La presente Ley es de orden público e interés social y tiene por objeto:

V. Prevenir y controlar la contaminación del aire, agua y suelo en el Distrito Federal en aquellos casos que no sean competencia de la Federación;

Artículo 2° Esta ley se aplicará en el territorio del Distrito Federal en los siguientes casos:

II. En la prevención y control de la contaminación de las aguas localizadas en el Distrito Federal, que de conformidad con el párrafo quinto del artículo 27 constitucional no son consideradas aguas nacionales, así como tratándose de aguas nacionales que hayan sido asignadas al Distrito Federal;

De acuerdo con lo que señalan estos ordenamientos, podemos ver el principio de distribución de competencias, en el que las que no están expresamente asignadas a la Federación, en este caso el Distrito Federal, es competente para regularlas como sucede en el siguiente decreto:

DECRETO LEY DE AGUAS DEL DISTRITO FEDERAL.
(Publicada en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal* el 27 de mayo de 2003)

Artículo 1°. *La presente Ley es de observancia general en el Distrito Federal, sus disposiciones son de orden público e interés social, y* ***tiene por objeto regular la gestión integral de los recursos hídricos y la prestación de los servicios públicos de agua potable, drenaje y alcantarillado, así como el tratamiento y reúso de aguas residuales.***

Artículo 2°. *Son de aplicación supletoria las disposiciones contenidas en otras leyes, reglamentos, normas y demás ordenamientos jurídicos relacionados con las materias que regulan la presente Ley.*

Artículo 3°. Se declara de utilidad pública el mantenimiento, rehabilitación, construcción, operación y ampliación de las obras de abastecimiento de agua potable, drenaje, alcantarillado y tratamiento de aguas residuales.

Artículo 4°. *Para los efectos de la presente Ley se entiende por:*

I. Aguas Nacionales.- *Las aguas propiedad de la Nación, en los términos del párrafo quinto del Artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos;*

II. Agua Potable. - *La que puede ser ingerida sin provocar efectos nocivos a la salud y que reúne las características establecidas por las normas oficiales mexicanas;*

III. Aguas de Jurisdicción del Distrito Federal. *- Las que son parte integrante de los terrenos patrimonio del Gobierno del Distrito Federal, por los que corren o en los que se encuentran sus depósitos;*

Como se puede observar en la fracción I y III se aplica lo que se expresa en artículo 124 constitucional.

La Ley de Aguas Nacionales (LAN) establece que la explotación, uso o aprovechamiento de las aguas nacionales se realizará mediante títulos de concesión o asignación otorgados por el Ejecutivo Federal a través de la Comisión Nacional del Agua por medio de los organismos Cuenca, o directamente por ésta cuando así le competa, de acuerdo con las reglas y condiciones que dispone la LAN y su reglamento. De manera similar, para las descargas de aguas residuales, es necesario contar con un permiso de descarga expedido por la Comisión Nacional del Agua.

Ante esta diversidad de facultades, vemos que se complica y dificulta el desarrollo de los servicios, en algunos casos hay control central, en otros baja a nivel municipal, ni siquiera es competencia estatal, lo que disminuye la capacidad de realización de estos servicios.

Este panorama es más bien un galimatías, en un laberinto de atribuciones y facultades. Con las reformas a la Ley de Aguas en 1992 y 2004, se pretendió acercar el servicio a los ciudadanos, y se delegó la facultad a los Municipios.
Si bien, la intención era buena, no se ha podido concretar debidamente, pues no se le otorgaron también a los Municipios las facultades para el manejo de los recursos.

El agua como ya se ha dicho es un bien del Estado y forma parte del patrimonio de éste, como sucede con los energéticos. Por lo que se sugiere se conserve como potestad federal tanto su propiedad como su manejo. De este modo, queda bajo la responsabilidad de una sola autoridad el manejo de las aguas, tanto las aguas limpias como las residuales, y de igual modo, la vigilancia y cuidado de este recurso, queda bajo el amparo de la autoridad Federal.

Se encuentra también en el plano federal, la protección ecológica de las aguas.

VI. CONTROL ECOLÓGICO DE LAS AGUAS

Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 28 de enero de 1988[48]. (Artículo 1°) Es reglamentaria de las disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que se refieren a la preservación y restauración del equilibrio

[48] LEY GENERAL DEL EQUILIBRIO ECOLÓGICO Y LA PROTECCIÓN AL AMBIENTE .Nueva Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 28 de enero de 1988 TEXTO VIGENTE Última reforma publicada DOF 24-04-2012; localizable en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/148.pdf

ecológico, así como a la protección al ambiente, en el territorio nacional y las zonas sobre las que la nación ejerce su soberanía y jurisdicción. Sus disposiciones son de orden público e interés social y tienen por objeto propiciar el desarrollo sustentable y establecer las bases para:

I.- Garantizar el derecho de toda persona a vivir en un medio ambiente adecuado para su desarrollo, salud y bienestar;

II.- Definir los principios de la política ambiental y los instrumentos para su aplicación;

III.- La preservación, la restauración y el mejoramiento del ambiente;

IV.- La preservación y protección de la biodiversidad, así como el establecimiento y administración de las áreas naturales protegidas;

V.- El aprovechamiento sustentable, la preservación y, en su caso, la restauración del suelo, el agua y los demás recursos naturales, de manera que sean compatibles la obtención de beneficios económicos y las actividades de la sociedad con la preservación de los ecosistemas;

VI.- La prevención y el control de la contaminación del aire, agua y suelo;

VII.- Garantizar la participación corresponsable de las personas, en forma individual o colectiva, en la preservación y restauración del equilibrio ecológico y la protección al ambiente;

VIII.- El ejercicio de las atribuciones que en materia ambiental corresponde a la Federación, los Estados, el Distrito Federal y los Municipios, bajo el principio de concurrencia previsto en el artículo 73 fracción XXIX - G de la Constitución;
IX.- El establecimiento de los mecanismos de coordinación, inducción y concertación entre autoridades, entre éstas y los sectores social y privado, así como con personas y grupos sociales, en materia ambiental, y

X.- El establecimiento de medidas de control y de seguridad para garantizar el cumplimiento y la aplicación de esta Ley y de las disposiciones que de ella se deriven, así como para la imposición de las sanciones administrativas y penales que correspondan.

En todo lo no previsto en la presente Ley, se aplicarán las disposiciones contenidas en otras leyes relacionadas con las materias que regula este ordenamiento.

Artículo reformado DOF 13-12-1996

Al efecto la misma Constitución prevé las siguientes posibilidades: Los recursos del suelo y subsuelo, como los minerales, las aguas marinas interiores, lagos, ríos, que se mencionan en el párrafo cuarto y quinto del artículo 27 constitucional, y en este caso pueden ser otorgados por medio de concesión a particulares o entidades privadas o sociales para su explotación, lo que significa que se pueden aprovechar en la agricultura, industria, comercio, por sujetos distintos a los organismos públicos, sin que se les transmita la propiedad,[49] esto es, que por medio de concesiones, los particulares podrán explotar el agua de los acuíferos.

Las aguas, desde el punto de vista ecológico se relacionan con los reconocimientos que se hicieron en la Constitución en materia de derechos a los pueblos indígenas (artículo 2°, apartado A, fracciones V y VI).[50] En este sentido se tiene una visión global del problema, pues a partir de criterios ecológicos, se debe tomar en cuenta todo el entorno, tanto los recursos naturales, como los habitantes que viven cerca de ellos, y es el caso de que las comunidades indígenas deben tener atención especial, pues ellos detentan derechos originales sobre tierras y en ocasiones sobre aguas.

Del modo en que se encuentra reglamentada el agua por la Constitución, se le otorga una naturaleza jurídica sui generis, pues tiene un doble carácter, "es un bien propiedad de la nación, y a la vez es un recurso que puede ser manejado integralmente por grupos sociales, particulares, y organismos públicos".

Por motivos históricos se ha permitido que los particulares que tienen pozos dentro de sus propiedades, pueden explotarlas siempre y cuando sean para su uso personal, estas explotaciones están registradas por la Comisión, y en caso de considerarlo necesario, ésta última la Comisión, podrá exceptuarlas del régimen privado y declararlas nacionales.

La Constitución prevé la protección y la preservación del agua, por medio de la normatividad ecológica como ya se dijo anteriormente y como fundamento lo que establece el mismo artículo 27 constitucional en la segunda parte del segundo párrafo donde señala:

> *(…) En consecuencia, se dictarán las medidas necesarias para ordenar los asentamientos humanos y establecer adecuadas provisiones, usos, reservas y destinos de*

---

[49] Ver, CARMONA LARA María del Carmen, Óp. Cit. P. 115 y sgts.

[50] Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: Artículo 20. La Nación Mexicana es única e indivisible. A. Esta Constitución reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación y, en consecuencia, a la autonomía para:
V. Conservar y mejorar el hábitat y preservar la integridad de sus tierras en los términos establecidos en esta Constitución.
VI. Acceder, con respeto a las formas y modalidades de propiedad y tenencia de la tierra establecidas en esta Constitución y a las leyes de la materia, así como a los derechos adquiridos por terceros o por integrantes de la comunidad, al uso y disfrute preferente de los recursos naturales de los lugares que habitan y ocupan las comunidades, salvo aquellos que corresponden a las áreas estratégicas, en términos de esta Constitución. Para estos efectos las comunidades podrán asociarse en términos de ley.

tierras, aguas y bosques, a efecto de ejecutar obras públicas y de planear y regular la fundación, conservación, mejoramiento y crecimiento de los centros de población; para preservar y restaurar el equilibrio ecológico (…) ;

Otro de los principios que protege el artículo 27 constitucional, lo encontramos en el párrafo tercero cuando señala: "(…) *Y para evitar la destrucción de los elementos naturales y los daños que la propiedad pueda sufrir en perjuicio de la sociedad (…)"*

Este principio tiene que ver con la calidad del agua, sobre todo por la contaminación que sufre este elemento que se ve afectado por el medio ambiente, la temperatura; se altera su cantidad con efectos de sequía o de inundaciones. Igual sucede cuando el ciclo hidrológico se ve afectado y los efectos positivos o negativos inciden directamente en la población quien sufre las consecuencias.

Una de las características esenciales y fundamentales de las aguas nacionales, es que su distribución y entrega debe ser bajo los principios del servicio público, para que se reparta equitativamente, es entonces cuando adquiere su carácter social y cobra relevancia el concepto de dominio público, de otro modo, si no se ve beneficiada la sociedad, sino solo algunos en perjuicio de otros no tendría las características esenciales del servicio público de distribuir el agua.

Estos principios deben prevalecer, ahora que ha sido establecido en la Constitución el derecho humano de acceso al agua potable, en el artículo cuarto.

Con esta adición, el Estado adquiere una obligación de interés público, que es el dar proporcionar agua potable a todos los seres humanos que habitan en el territorio mexicano.

Desafortunadamente, muchas de las obras que se ha hecho en materia de aguas, como las presas que tienen objetivos muy dirigidos de tratar de beneficiar a "algunos grupos sociales", también han perjudicado a comunidades enteras, cuando se les ha privado de su acceso a ella, por la desviación que se hace de los causes de los ríos. Por un lado el objeto de las presas es poder dotar de aguas a ciertas comunidades o ciudades en su abasto de agua, pero eso significa quitarle el agua a los que no pudieron defender su derecho de acceso al agua, aquí nos enfrentamos con un choque de derechos, que generalmente se ven perjudicados los que no tuvieron los recursos suficientes para defender su derecho al agua.

Este escenario muestra la contraposición de derechos humanos, ambos grupos tienen derecho al agua, ¿qué sucederá en caso de litigio?, ¿cuál será la decisión del juez cuando se contrapongan derechos humanos, tanto el de recibir agua, como el dañar el entorno ambiental y ecológico?

Esta interpretación del artículo 27 constitucional, en materia de Agua, implica una gestión integral del mismo, integral en todos los aspectos, tanto en su uso como en su cuidado y la distribución equitativa del mismo.

El agua al ser un bien del Estado, es a éste a quien corresponde proporcionar el vital líquido bajo principios generales de derecho y atendiendo a principios de justicia equitativa y distributiva, y no a principios mercantiles que beneficiarían a los que más tienen, y discriminaría o dejaría en estado de indefensión a los que menos tienen.

Esta idea se apuntala con entender lo que es "un bien de la nación", que significa que es un bien de todos, (del pueblo como otro de los elementos del Estado- Nación, en el que los sujetos, (federación, estados y municipios) son también parte de esta relación de gestores de bienes nacionales.

De aquí que el artículo 73 establece las bases para la gestión del agua. Basado en el principio de distribución de competencias establecido en la fracción XVII:

> *XVII.- Para dictar leyes sobre vías generales de comunicación, y sobre postas y correos,* ***para expedir leyes sobre el uso y aprovechamiento de las aguas de Jurisdicción federal.***

La gestión del agua, proviene del concepto de gestión integral de los recursos hídricos, el cual se aborda a continuación. Hago el señalamiento previo de que la gestión del agua se contrapone al concepto de servicio público, concepto que corresponde al Estado Benefactor, y la gestión de los recursos hídricos, es un concepto que corresponde a las nuevas corrientes de Gestión Gerencial de la Administración Pública, como a continuación se explica.

VII. GESTIÓN INTEGRAL DE LOS RECURSOS HÍDRICOS

El concepto de la Gestión Integral de los Recursos Hídricos [GIRH], ha venido tomando forma en el ámbito internacional, con el tratamiento del tema en diferentes reuniones internacionales, en el que se ha venido enriqueciendo y evolucionando, desde la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente, en Estocolmo en el año de 1972;[51] en El Programa Hidrológico Internacional,(1975)[52]

---

[51] Se señalo en esta importante conferencia el peligro que implica la contaminación del agua, el agotamiento de los recursos naturales y la necesidad de cooperación internacional para preservarlos.

[52] Es importante a nivel internacional ya que permite que la temática del agua se instale en el ámbito global, posibilitando estudios hidrológicos y formación y educación ambiental en las ciencias del agua.

en la [53]Conferencia de Mar del Plata en 1977;[54] en La Reunión de Dublín de 1992;[55](en la que se establecen las bases para el concepto de GIRH y la GWP); en la Cumbre de Río de 1992;[56]en la Conferencia Mundial sobre el Agua. La Haya 2000[57] también en la Declaración del Milenio en el año 2000;[58] en la Cumbre de Johannesburgo en el año de 2002;[59] En el Año Internacional del Agua Dulce 2003[60] y en el Tercer Foro Mundial del Agua Japón.[61] El objetivo ha sido y es el desarrollar planes para la gestión integrada de los recursos hídricos, y la eficiencia hídrica.

Estos conceptos son el resultado de la influencia de objetivos que se plantean en la Administración Gerencial, que tiende a privilegiar conceptos como eficiencia y eficacia de las acciones, de los recursos, etc., y el agua no escapa a ello. La Administración Gerencial, introduce conceptos de la Administración privada de las empresas, con objetivos diversos de los que tiene la Administración Pública.

Los objetivos de la administración privada son las de que una empresa debe trabajar con eficiencia y eficacia para obtener óptimos resultados de ganancias. Estos conceptos no tienen nada de malo, al contrario, son la base de la inversión privada, para obtener ganancias; sin embargo, en la administración pública aunque se pretenda obtener esos resultados, siempre habían prevalecido los conceptos de beneficio social, interés público, distribución equitativa y proporcional de los bienes del Estado, lo cual se empieza a dejar de lado con los nuevos principios.

---

[53]Es importante a nivel internacional ya que permite que la temática del agua se instale en el ámbito global, posibilitando estudios hidrológicos y formación y educación ambiental en las ciencias del agua.

[54]Fue una importante conferencia en la que se destaco la problemática que representaría el correcto manejo del recurso hídrico en un futuro próximo.

[55]Dio origen a la Carta de Dublín que fue un hito en la temática del agua, consagrando cuatro principios básicos.
- Gestión integrada de los recursos hídricos (con la cuenca hidrográfica como unidad fundamental para la gestión de los recursos hídricos, los ecosistemas y la biodiversidad)
- Gestión participativa (poder público, usuarios y comunidades)
- Valor económico, social y ambiental del agua.

Rol importante de la mujer en este aspecto

[56]Es un acontecimiento importante y sienta principios fundamentales respecto de la preservación ambiental y el desarrollo sustentable. Dedica todo un capitulo, el 18, al recurso hídrico.

[57]Destacó la creciente escasez del recurso señalando que para el año 2050, 2/3 de la población mundial afrontarán una dura escasez de agua potable. Señaló además que 1200 millones de personas carecen de acceso al agua potable, en tanto que 2900 millones de personas carecen de un adecuado acceso a saneamiento.
Destaca además que desde la década de los 80 se ha venido manifestando una disminución de los fondos internacionales para proyectos de agua, Señala negativamente la fragmentación de la gestión con la consiguiente posibilidad de conflictos a que ello puede acarrear.

[58]Propone una meta: reducir a la mitad para el año 2015, el porcentaje de habitantes sin acceso al agua potable

[59]Ratificó ese compromiso y agregó el tema del saneamiento a la meta del 2015 como un importante tema a tener en cuenta al momento de abordar la problemática del recurso.
Señaló además la importancia del tema del tratamiento transversal del tema.

[60]Las Naciones Unidas formalizó esta declaración como manera de incrementar a nivel mundial la toma de conciencia y la necesidad de promover medidas en este sentido.

[61]Foro que sirvió para realizar un recuento de los logros alcanzados y asimismo fijar nuevas metas en este sentido. Como resultado importante resultado de este foro se da la Primera Edición del informe Mundial sobre Desarrollo del Agua, un completísimo informe sobre el estado de los recursos hídricos a nivel mundial.

En México, no hemos llegado a un plano de igualdad socio-económica para pensar que podemos pasar a otro tipo de administración que propicia la competencia entre iguales, que actualmente estamos muy lejos de alcanzar, y que con la implantación de conceptos de empresa privada, se van afectar los derechos de los que menos tienen.

Sin embargo, se implantó el sistema, y por las diferencias señaladas no funciona el modelo como debiera ser.

La Gestión Integral de los Recursos Hídricos, se desarrolla en torno una serie de estudios, que en el aspecto positivo, busca hacer más eficiente el uso y busca fomentar la cultura del cuidado del agua.

En México, se ha fortalecido este concepto a raíz de la publicación de la Ley de Aguas Nacionales [LAN]; cabe señalar que este proceso ha venido desarrollándose desde 1926, cuando la Comisión Nacional de Irrigación, [CNI] fue creada; posteriormente se transforma en el año de 1989 como la CNA dependiente de la Secretaría de Agricultura y Recursos Hidráulicos (SARH).

En el año de 1994, la Comisión Nacional del Agua CONAGUA, pasa a depender de la Secretaria del Medio Ambiente y Recursos Naturales SEMARNAT; en el año 2004, se publica la Ley de Aguas Nacionales, en la que se integra este concepto de Gestión Integral de los Recursos Hídricos GIRH, con esta ley se pretende la descentralización de las funciones, fomentar la participación ciudadana, bajo un concepto de Gestión Integrada al amparo de la figura de los Consejos de Cuenca. Este concepto obedeció a los cambios que se hicieron en la Administración Pública dejando los conceptos y principios que regían al Estado Benefactor.

Se pretendió descentralizar las funciones, creando los Consejos de Cuenca y otras autoridades, que en la práctica y de acuerdo a las facultades que le otorga la Ley de Aguas Nacionales de 2004, sigue siendo un poder centralizado en CONAGUA, sin que los consejeros de cuenca tengan realmente funciones descentralizadas. Lo único que se creó fue una estructura burocrática más pesada de la autoridad administrativa del agua.

El agua se sigue subsidiando, y además se tiene que abastecer de agua potable a las poblaciones pues su ausencia equivaldría a enfermedades, epidemias y un mal mayor para todos. El agua es un elemento fundamental para la salud y el desarrollo, así que este es un elemento que aún a pesar de políticas gerenciales, se tiene que proporcionar, cueste lo que cueste. El problema radica tanto en el fomento de la cultura del cuidado del agua, como la concientización a la población de que es un servicio que se tiene que pagar.

Abastecer de agua, cuesta mucho dinero, y no todos tienen la capacidad económica de poder pagarla. Desafortunadamente los más pobres carecen de ella, y tienen que caminar a veces kilómetros para obtener una cubeta de agua.

Los que tenemos el servicio de agua potable en nuestro domicilio, tenemos la obligación de pagar el costo del mismo, para que el Estado recupere parte de la inversión y este en posibilidad de poder proporcionarla a todos.

Otro aspecto que se tiene que cubrir, es la sustentabilidad del agua, esto significa:

• Sustentabilidad es satisfacer las necesidades de la generación presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades

• La visión sustentable toma en cuenta el agotamiento y el deterioro de los recursos naturales y considera la inequidad en el reparto del bienestar

En el modelo económico actual, basado en la producción y el consumo y en el uso indiscriminado de los recursos naturales —en especial el agua— el costo ambiental ha superado al beneficio económico. Para revertir o remediar los daños ocasionados al ambiente es necesario partir de una visión sustentable.

Este aspecto no es objeto de estudio de la presente investigación, pero cabe hacer el señalamiento del mismo para futuras exposiciones.

VIII. ANÁLISIS DE LA LEGISLACIÓN DEL AGUA

VIII. 1. LEY DE AGUAS DE 1992

Autoridad competente: Comisión Nacional del Agua. [CNA][62]

"La COMISIÓN NACIONAL DEL AGUA fue creada en 1989 como un organismo desconcentrado de la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales, con las atribuciones que en materia de recursos hidráulicos le confieren la Ley de Aguas Nacionales, cuya misión es "administrar y preservar las aguas nacionales, con la participación de la sociedad, para lograr el uso sustentable del recurso".[63]

[62] Las instituciones que la antecedieron fueron: la Dirección de Aguas, Tierras y Colonización creada en 1917; la Comisión Nacional de Irrigación, en 1926; la Secretaría de Recursos Hidráulicos en 1946 y la Secretaría de Agricultura y Recursos Hidráulicos en 1976. CONAGUA se crea por Decreto por el que se crea la Comisión Nacional del Agua como órgano administrativo desconcentrado de la Secretaría de Agricultura y Recursos Hidráulicos, publicado en el DOF, 16 de enero de 1989. Ver: http://www.conagua.gob.mx/Contenido.aspx?n1=1&n2=1

[63] Datos del Archivo Histórico del Agua , localizable en: http://archivohistoricodelagua.info/mx/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=17 consultada el 16 de octubre de 2011

A la entonces Comisión Nacional del Agua, se le transfirieron los "Distritos de Riego"[64] que antes controlaba la Secretaría de Recursos Hidráulicos, con la finalidad de lograr los siguientes objetivos:

- La autosuficiencia financiera,
- La independencia administrativa y
-La eficiencia en el uso del agua.

En la Ley de Aguas Nacionales, de 1992, se establecía en el artículo 4° la autoridad competente:

TITULO SEGUNDO
ADMINISTRACION DEL AGUA
Capítulo I
Disposiciones Generales

ARTICULO 4o.- La autoridad y administración en materia de aguas nacionales y de sus bienes públicos inherentes corresponde al Ejecutivo Federal, quien la ejercerá directamente o a través de ***"La Comisión"****.*[65]

Las funciones en materia de aguas, anteriormente se habían mantenido centralizadas en la anterior Secretaría de Recursos Hidráulicos [SRH].

Una de sus primeras tareas fue el de re-adecuar el marco jurídico del agua a las necesidades que el país exigía en esos años, por lo que en cuando se publicó la Ley de Aguas Nacionales, se confirió a la Comisión, una serie de atribuciones que la transformaban en la única autoridad federal del agua.

VIII. 2. ANÁLISIS DE LA LEY DE AGUAS NACIONALES DE 2004

La Ley de Aguas Nacionales (LAN) publicada en 1992, (se modificó mediante reforma en el 2004).[66] Tiene como finalidad regular el uso, aprovechamiento o explotación de dichas aguas así como su distribución, uso y la preservación de su cantidad y calidad para lograr su desarrollo integral sustentable. Se introdujeron sistemas de medición del uso del agua.

---

[64] DISTRITO DE RIEGO. Área geográfica donde se proporciona el servicio de riego mediante obras de infraestructura hidroagrícola, tales como vaso de almacenamiento, derivaciones directas, plantas de bombeo, pozos, canales y caminos, entre otros. Definición localizada en: http://app1.semarnat.gob.mx/dgeia/estadisticas_2000/compendio_2000/03dim_ambiental/03_02_Agua/data_agua/GlosarioIII.2.htm consultada el 27 de abril de 2012

[65] LEY DE AGUAS NACIONALES, 1992. Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el martes 1 de diciembre de 1992.

[66] Reforma de 29/04/2004 LEY DE AGUAS NACIONALES última reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación: 29 de abril de 2004.

Estableció a la Comisión Nacional del Agua (CNA)[67] en el año de 1992, como la autoridad administrativa en materia de aguas nacionales (LAN, Artículo 9):[68] Entre sus principales atribuciones está la formulación de la política hídrica nacional y su seguimiento. También está encargada de vigilar el cumplimiento y aplicación de la Ley en la materia, de expedir títulos de concesión, asignación o permiso de descarga y llevar el Registro Público de Derechos de Agua. También tiene como mandato el apoyar y acreditar la participación y organización de los usuarios para mejorar la gestión del agua.

---

[67] Usaban estas siglas en la Comisión de ese entonces.

[68] LEY DE AGUAS NACIONALES, 1992 Fuente: Suprema Corte de Justicia de la Nación en línea [http://www2.scjn.gob.mx/leyes/ArchivosLeyes/00110001.doc].
ARTICULO 90.- Son atribuciones de "La Comisión": I. Ejercer las atribuciones que conforme a la presente ley corresponden a la autoridad en materia hidráulica, dentro del ámbito de la competencia federal, excepto las que debe ejercer directamente el Ejecutivo Federal;
II. Formular el programa nacional hidráulico respectivo, actualizarlo y vigilar su cumplimiento;
III. Proponer los criterios y lineamientos que permitan dar unidad y congruencia a las acciones del gobierno federal en materia de aguas nacionales, y asegurar y vigilar la coherencia entre los respectivos programas y la asignación de recursos para su ejecución;
IV. Fomentar y apoyar el desarrollo de los sistemas de agua potable y alcantarillado; los de saneamiento, tratamiento y reúso de aguas; los de riego o drenaje y los de control de avenidas y protección contra inundaciones. En su caso, contratar o concesionar la prestación de los servicios que sean de su competencia o que así convenga con terceros;
V. Administrar y custodiar las aguas nacionales y los bienes nacionales a que se refiere el artículo 113, y preservar y controlar la calidad de las mismas, así como manejar las cuencas en los términos de la presente ley;
VI. Programar, estudiar, construir, operar, conservar y mantener las obras hidráulicas federales directamente o a través de contratos o concesiones con terceros, y realizar acciones para el aprovechamiento integral del agua y la conservación de su calidad;
VII. Expedir los títulos de concesión, asignación o permiso a que se refiere la presente ley, reconocer derechos y llevar el Registro Público de Derechos de Agua;
VIII. Conciliar y, en su caso, fungir a petición de los usuarios, como árbitro en la solución de los conflictos relacionados con el agua, en los términos del reglamento de esta ley;
IX. Promover el uso eficiente del agua y su conservación en toda las fases del ciclo hidrológico, e impulsar una cultura del agua que considere a este elemento como un recurso vital y escaso;
X. Ejercer las atribuciones fiscales en materia de administración, determinación, liquidación, cobro, recaudación y fiscalización de las contribuciones y aprovechamientos que se le destinen o en los casos que señalen las leyes respectivas, conforme a lo dispuesto en el Código Fiscal de la Federación;
XI. Promover y, en su caso, realizar la investigación científica y el desarrollo tecnológico en materia de agua y la formación y capacitación de recursos humanos; XII. Expedir las normas en materia hidráulica en los términos de la Ley Federal sobre Metrología y Normalización;
XIII. Vigilar el cumplimiento y aplicación de la presente ley, interpretarla para efectos administrativos, y aplicar las sanciones y ejercer los actos de autoridad en la materia que no estén reservados al Ejecutivo Federal; XIV. Actuar con autonomía técnica y administrativa en el manejo de los recursos que se le destinen y de los bienes que tenga en los términos de esta ley, así como con autonomía de gestión para el cabal cumplimiento de su objeto y de los objetivos y metas señalados en sus programas y presupuesto;
XV. Expedir en cada caso, respecto de los bienes de propiedad nacional a que se refiere esta ley, la declaratoria correspondiente, que se publicará en el Diario Oficial de la Federación; y
XVI. Realizar las demás que señalen las disposiciones legales o reglamentarias.

La LAN estableció que el agua es un *"bien de dominio público federal, vital, vulnerable y finito, con valor social, económico y ambiental"* y que la responsabilidad de su preservación en cantidad y calidad recae tanto en el Estado como en la Sociedad. Reconoce además que es un asunto de seguridad nacional. Señala que la gestión de los recursos hídricos debe realizarse de manera integrada y por cuenca hidrológica, y que los servicios ambientales que proporciona el agua deben cuantificarse y pagarse. Además de los usos agrícola, industrial y público del agua.

En el ámbito de las cuencas y regiones hidrológicas e hidrológico-administrativas, la LAN establece la creación de los Organismos de Cuenca y los Consejos de Cuenca. Los primeros son organismos de índole gubernamental descritas como unidades técnicas, administrativas y jurídicas especializadas, con carácter autónomo, adscritos a la CNA, a través de los cuales se lleva a cabo la gestión integrada de los recursos hídricos.

Los Organismos de Cuenca deben apoyarse en los Consejos de Cuenca. Éstos últimos son "órganos colegiados de integración mixta, que serán instancia de coordinación y concertación, apoyo, consulta y asesoría, entre la Comisión Nacional del Agua, incluyendo el Organismo de Cuenca que corresponda, y las dependencias y entidades de las instancias federal, estatal o municipal, y los representantes de los usuarios de agua y de las organizaciones de la sociedad, de la respectiva cuenca hidrológica o región hidrológica" (Art. 3, fracción XV).

VIII. 2.1 ELEMENTOS DE LA LEY

OBJETO: "Regular la explotación, uso o aprovechamiento de dichas aguas, su distribución y control, así como la preservación de su cantidad y calidad para lograr su desarrollo integral sustentable". *(Artículo 1° LAN)*

Las disposiciones de esta Ley son aplicables a las aguas de zonas marinas mexicanas en tanto a la conservación y control de su calidad, sin menoscabo de la jurisdicción o concesión que las pudiere regir.

Artículo reformado DOF 29-04-2004

SUJETOS: La Federación a través del Ejecutivo Federal y éste actuará a través de la Comisión Nacional de Aguas, Estados y Municipios.

LA AUTORIDAD EN MATERIA DE AGUAS

La autoridad y administración en materia de aguas nacionales y de sus bienes públicos inherentes corresponde al Ejecutivo Federal, quien la ejercerá directamente o a través de **"la Comisión".** Para el despacho de los asuntos de su competencia, "la Comisión" contará en el nivel nacional con: a. Un Consejo Técnico,[69] y b. Un Director General.[70] *(Artículo 9 Bis 1)*

De conformidad con el (artículo 5°) de la Ley de aguas, el ejecutivo federal promoverá la coordinación de acciones con los gobiernos de los estados y de los municipios, sin afectar sus facultades en la materia y en el ámbito de sus correspondientes atribuciones.

El Coordinador de acciones por región hidrológica, serán los Consejos de Cuenca en cuyo seno convergen los tres órganos de gobierno (federación, estados y municipios).

La ley prevé que fomentará la participación de los usuarios del agua y de los particulares en la realización y administración de las obras y de los servicios hidráulicos, y favorecerá la descentralización de la gestión de los recursos hídricos conforme al marco jurídico vigente.

Sin embargo en la práctica no se logra el objetivo de descentralizar, pues la autoridad federal "la Comisión" o CONAGUA, conservan una línea vertical de mando, tanto en nombramiento como remoción de los Coordinadores de Organismo Cuenca.

---

[69] El Consejo Técnico de "la Comisión" estará integrado por los titulares de las Secretarías de Medio Ambiente y Recursos Naturales, quien lo presidirá; Hacienda y Crédito Público; de Desarrollo Social; de Energía; de Economía; de Salud; y de Agricultura, Ganadería, Desarrollo Rural, Pesca y Alimentación; así como del Instituto Mexicano de Tecnología del Agua y de la Comisión Nacional Forestal. Por cada representante propietario se designará a los suplentes necesarios con nivel de Subsecretario o equivalente. A propuesta del Consejo Técnico, el Titular del Ejecutivo Federal designará como miembros del propio Consejo, a dos representantes de los gobiernos de los estados y a un representante de una Organización Ciudadana de prestigio y experiencia relacionada con las funciones de "la Comisión". El Consejo Técnico se organizará y operará conforme a las reglas que expida para tal efecto.
El Consejo Técnico cuando así lo considere conveniente, podrá invitar a sus sesiones a los titulares de las demás dependencias y entidades de la Administración Pública Federal y a otros representantes de los estados, de los municipios, de los usuarios y de la sociedad organizada, los cuales podrán intervenir con voz, pero sin voto. En las sesiones del Consejo Técnico, participará con voz, pero sin voto, el Director General de "la Comisión".
La periodicidad y forma de convocatoria de las sesiones del Consejo Técnico se hará conforme a lo dispuesto en el Reglamento Interior de "la Comisión". (artículo 10 de la LAN)

[70] El Director General de la Comisión tendrá facultades de mando, adscripción, otorgar poderes generales y especiales, (lo cual implica la conservación de un poder central que en su momento delega mediante un poder) (Ver artículo 12)

De acuerdo con la ley de Aguas Nacionales, a la Comisión Nacional del Agua CONAGUA,[71] le corresponde formular el PROGRAMA NACIONAL HIDRÁULICO, que es el "Documento rector que integra los planes hídricos de las cuencas a nivel nacional, en el cual se definen la disponibilidad, el uso y aprovechamiento del recurso, así como las estrategias, prioridades y políticas, para lograr el equilibrio del desarrollo regional sustentable y avanzar en la gestión integrada de los recursos hídricos";(Frac. XLII).

Como se puede apreciar, esta función a la vez que normativa, limita y circunscribe a las funciones de la Cuencas, se trata de un programa central normativo, regulativo y prescriptivo, que se ordena desde el centro.

Así como hay un programa hídrico nacional, hay un programa específico para la Cuenca: *"Programa Hídrico de la Cuenca": que es el "documento en el cual se definen la disponibilidad, el uso y aprovechamiento del recurso, así como las estrategias, prioridades y políticas, para lograr el equilibrio del desarrollo regional sustentable en la cuenca correspondiente y avanzar en la gestión integrada de los recursos hídricos";(Frac. XLIII).*

Para efecto de que los particulares lleven a cabo la extracción de agua y la descarga de aguas residuales, será a través de permisos que otorgan la CONAGUA o los Organismos Cuenca, los cuales pueden ser:

1. PERMISOS DE EXTRACCIÓN DE AGUA Y DESCARGA DE AGUAS RESIDUALES: Que son los que otorga el Ejecutivo Federal a través de la Comisión o del Organismo Cuenca que corresponda, conforme a sus respectivas competencias para la explotación, uso o aprovechamiento de las aguas nacionales, así como para la construcción de las obras hidráulicas y otros de índole diversa relacionadas con el agua.

Los permisos tendrán carácter provisional para el caso de la explotación, uso o aprovechamiento de aguas nacionales en tanto se expide el titulo respectivo; y

2. PERMISOS DE DESCARGA, que son los que otorga el Ejecutivo Federal a través de la Comisión o del Organismo Cuenca que corresponda, conforme a sus respectivas competencias, para la descarga de aguas residuales a cuerpos receptores de propiedad nacional, a las personas físicas o morales de carácter público y privado.

---

[71]Art.3° Frac. XII. "Comisión Nacional del Agua": Órgano Administrativo Desconcentrado de la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales, con funciones de Derecho Público en materia de gestión de las aguas nacionales y sus bienes públicos inherentes, con autonomía técnica, ejecutiva, administrativa, presupuestal y de gestión, para la consecución de su objeto, la realización de sus funciones y la emisión de los actos de autoridad que conforme a esta Ley corresponde tanto a ésta como a los órganos de autoridad a que la misma se refiere;

Otra forma de explotar las aguas nacionales, es a través de Concesiones y Asignaciones, la diferencia estriba en el sujeto que detenta el título, son particulares los que pueden solicitar una concesión, y son autoridades a las que se les otorga una asignación.

El análisis de las competencias de las autoridades, y los derechos de los usuarios, es objeto de estudio de la siguiente investigación, por lo que en el presente estudio, se circunscribe a describir el sistema de gestión del agua en México, sus autoridades, organización y políticas hídricas.

IX. GESTIÓN DEL AGUA

Se entiende por gestión, de acuerdo a lo que dice el Diccionario de la Real Academia Española:

> ***Gestión.***
> *(Del lat. gestĭo, -ōnis).*
> *1. f. Acción y efecto de gestionar.*
> *2. f. Acción y efecto de administrar.*
> ***~ De negocios.***
> *1. f. Der. Cuasicontrato que se origina por el cuidado de intereses ajenos sin mandato de su dueño.*
> ***Gestionar.***
> *(De gestión).*
> ***1.*** *tr. Hacer diligencias conducentes al logro de un negocio o de un deseo cualquiera.*

La gestión del agua, es la administración del agua. México ha transitado por diferentes formas de administración del agua desde la la época colonial hasta nuestros días.

En la actual administración del agua, ésta se ha organizado en base a la configuración de las cuencas geográficas de nuestro territorio, y en base a esta sistematización de cuencas hidrográficas, que se encuentran administradas por los Consejos de Cuenca, que dependen directamente de las instrucciones de la Comisión a nivel central. Sin embargo, la ley de Aguas Nacionales señala que los propósitos de este sistema de Cuencas hidrográficas tienen objetivos específicos.

IX.1. ¿QUÉ ES UNA CUENCA HIDROLÓGICA?

"*La Cuenca Hidrográfica* se ha definido, como una hoya hidrográfica, cuenca de drenaje o cuenca imbrífera el territorio drenado por un único sistema de drenaje natural, esto decir que sus aguas se drenan hacia el mar, a través de un único río o que vierte sus aguas a un único lago endorreico.

Una cuenca hidrográfica está delimitada por la línea de las cumbres, también llamada divisoria de aguas. El uso de los recursos naturales se regula administrativamente separando el territorio por cuencas hidrográficas.

Las cuencas hidrográficas se perfilan a futuro como "*unidades de división funcionales*" que permitirán una mejor integración social y territorial por medio del agua.

Una cuenca hidrográfica y una cuenca hidrológica se diferencian en que la cuenca hidrográfica se refiere exclusivamente a las aguas superficiales, mientras que la cuenca hidrológica incluye las aguas subterráneas (acuíferos).

Una cuenca tiene tres partes:

• *Cuenca alta,* que corresponde a la zona donde nace el río, el cual se desplaza por una gran pendiente

• *Cuenca media*, la parte de la cuenca en la cual hay un equilibrio entre el material sólido que llega traído por la corriente y el material que sale. Visiblemente no hay erosión.

• *Cuenca baja,* la parte de la cuenca en la cual el material extraído de la parte alta se deposita en lo que se llama cono de deyección.

Hay tres tipos de cuencas:

A. .*Exorreicas:* drenan sus aguas al mar o al océano. Un ejemplo es la cuenca del Plata, en Sudamérica.

B. *Endorreicas:* desembocan en lagos, lagunas o salares que no tienen comunicación salida fluvial al mar. Por ejemplo, la cuenca del río Desaguadero, en Bolivia.

C. *Arreicas:* las aguas se evaporan o se filtran en el terreno antes de encauzarse en una red de drenaje. Los arroyos, aguadas y cañadones de la meseta patagónica central pertenecen a este tipo, ya que no desaguan en ningún río u otro cuerpo hidrográfico de importancia. También son frecuentes en áreas del desierto del Sáhara y en muchas otras partes"*.*[72]

[72]http://hidrologiaujcv.wordpress.com/2011/05/20/cuenca-hidrografica/

IX. 2. CARACTERÍSTICAS DE LA CUENCA HIDROGRÁFICA

Las principales características de una cuenca son:

• La curva cota superficie: esta característica da además una indicación del potencial hidroeléctrico de la cuenca.

• El coeficiente de forma: da indicaciones preliminares de la onda de avenida que es capaz de generar.

• El coeficiente de ramificación: también da indicaciones preliminares respecto al tipo de onda de avenida.[73]

IX. 3. CONSEJOS DE CUENCA

Desde 1975, el Plan Nacional Hidráulico,[74] reconoció que en el aprovechamiento de los recursos hidráulicos, "la cuenca", era la "unidad de planeación" más adecuada, en razón de que por la naturaleza de la cuenca, tiene espacios naturales determinados por la naturaleza en el ciclo hidrológico, por lo que sería posible establecer los volúmenes disponibles de agua en cada región, en la que se incluyen varios Estados, o municipios.

Es hasta el año de 1992, que se hacen los ajustes estructurales dentro de la administración pública, para que funcionen estos conceptos dentro de la reforma legislativa que se crearon los Consejos de Cuenca en el artículo 13 de la Ley. El Reglamento se expidió en 1994, en el se aborda el tema de los Consejos de Cuenca, estableciendo su delimitación territorial, (que corresponde al área geográfica de cada cuenca.

IX. 4. INTEGRACIÓN DE AUTORIDADES

El Director General de la Comisión Nacional del Agua es quien preside, hay un Secretario Técnico, que carece de voto; un representante de los usuarios de la Cuenca por tipo de uso y cuyo número no será inferior al resto de los integrantes del Consejo; los titulares de los poderes Ejecutivos de las Entidades federativas comprendidas en la "cuenca", quienes concurren a invitación de la CONAGUA -(quien invita es la CONAGUA)-, así como un número indeterminado de funcionarios de dependencias y entidades de los gobiernos federal, estatales y

[73] http://es.wikipedia.org/wiki/Cuenca_hidrogr%C3%A1fica, consultado el día 12 de agosto de 2011
[74] "Antología de la Planeación en México", t. V, Secretaría de Hacienda y Crédito Público, Ed. Fondo de Cultura Económica, México 1985.

municipales, así como instituciones organizaciones y representantes de organizaciones sociales que se considere conveniente por los miembros del Consejo, en el entendido de que solo disponen de voz en las sesiones).

Su organización y funcionamiento está determinado de acuerdo a las reglas que al efecto expida la CONAGUA, que pretende se realicen acciones tendientes a proponer lineamientos que reflejaran la realidad del desarrollo hidráulico de la cuenca, con la participación de las autoridades y de la sociedad, en todas las acciones que en materia de aguas se tendrían que llevar a cabo.

Podemos resumir que: En México, las Cuencas hidrológicas se han organizado a través de Organismos Cuenca,[75] quienes ejercen la autoridad en la materia y la gestión integrada de los recursos hídricos, incluyendo la administración de las aguas nacionales y de sus bienes públicos inherentes.

La Comisión Nacional del Agua (CONAGUA), ejerce el control a través de los Organismos de Cuenca, que tienen carácter gubernamental y se apoyaran en los Consejos de Cuenca de integración mixta, en términos de Ley de Aguas Nacionales, excepto en los casos previstos en la Fracción IX del Artículo 9 de la [LAN] que dice:

> *[IX. Programar, estudiar, construir, operar, conservar y mantener las obras hidráulicas federales directamente o a través de contratos o concesiones con terceros, y realizar acciones que correspondan al ámbito federal para el aprovechamiento integral del agua, su regulación y control y la preservación de su cantidad y calidad, en los casos que correspondan o afecten a dos o más regiones hidrológico - administrativas, o que repercutan en tratados y acuerdos internacionales en cuencas transfronterizas, o cuando así lo disponga el Ejecutivo Federal, así como en los demás casos que establezca esta Ley o sus reglamentos, que queden reservados para la actuación directa de "la Comisión" en su nivel nacional;]*

---

[75] ARTÍCULO 12 BIS 1. De la (LAN) Los Organismos de Cuenca, en las regiones hidrológico - administrativas son unidades técnicas, administrativas y jurídicas especializadas, con carácter autónomo que esta Ley les confiere, adscritas directamente al Titular de "la Comisión", cuyas atribuciones, naturaleza y ámbito territorial de competencia se establecen en la presente Ley y se detallan en sus reglamentos, y cuyos recursos y presupuesto específicos son determinados por "la Comisión".
Con base en las disposiciones de la presente Ley, "la Comisión" organizará sus actividades y adecuará su integración, organización y funcionamiento al establecimiento de los Organismos de Cuenca referidos, que tendrán el perfil de unidades regionales especializadas para cumplir con sus funciones. Dichos Organismos de Cuenca funcionarán armónicamente con los Consejos de Cuenca en la consecución de la gestión integrada de los recursos hídricos en las cuencas hidrológicas y regiones hidrológicas.
Los Organismos de Cuenca por su carácter especializado y atribuciones específicas que la presente Ley les confiere, actuarán con autonomía ejecutiva, técnica y administrativa, en el ejercicio de sus funciones y en el manejo de los bienes y recursos que se les destinen y ejercerán en el ámbito de la cuenca hidrológica o en el agrupamiento de varias cuencas hidrológicas que determine "la Comisión" como de su competencia, las facultades establecidas en esta Ley, sus Reglamentos y el Reglamento Interior de "la Comisión", sin menoscabo de la actuación directa por parte de "la Comisión" cuando le competa, conforme a lo dispuesto en la Fracción IX del Artículo 9 de la presente Ley y aquellas al cargo del Titular del Poder Ejecutivo Federal. Control centralizado Artículo adicionado DOF 29-04-2004

En los reglamentos de esta Ley se dispondrán mecanismos que garanticen la congruencia de la gestión de los Organismos de Cuenca con la política hídrica nacional y con el Programa Nacional Hídrico.

Artículo adicionado DOF 29-04-2004

Como se podrá advertir el control de la CONAGUA, es jerárquico y centralista, no se propicia la descentralización como originalmente se tenía el objetivo de crear las cuencas hidrográficas, que pretendían que la toma de decisiones fuera a nivel regional, de acuerdo a las características específicas de cada cuenca.

Cada organismo Cuenca estará a cargo de un Director General nombrado por el Consejo Técnico de "la Comisión" a propuesta del Director General de ésta. Control centralizado

El Director General del Organismo de Cuenca, quien estará subordinado directamente al Director General de "la Comisión", tendrá las siguientes atribuciones:

I. Dirigir y representar legalmente al Organismo de Cuenca;
II. Delegar facultades en el ámbito de su competencia;
III. Presentar informes que le sean solicitados por el Director General de "la Comisión" y el Consejo Consultivo del Organismo de Cuenca; Relación de Subordinación
IV. Emitir los actos de autoridad en la materia en su ámbito de competencia;
V. Expedir los títulos de concesión, asignación, permisos de descarga, además de los permisos provisionales referidos en la presente Ley;
VI. Las señaladas en el Artículo 12 BIS 6 de esta Ley y no comprendidas en el Artículo 12 BIS 3 de la misma, y
VII. Las demás que se confieran al Organismo de Cuenca en la presente Ley y en sus reglamentos.

Cada Organismo de Cuenca contará con un Consejo Consultivo, que estará integrado por representantes designados por los Titulares de las Secretarías de

- *Hacienda y Crédito Público, de*
- *Desarrollo Social, de*
- *Energía, de*
- *Economía, de*
- *Medio Ambiente y Recursos Naturales, de*
- *Salud y de*
- *Agricultura, Ganadería, Desarrollo Rural, Pesca y Alimentación, y de la*
- *Comisión Nacional Forestal, así como de*
- *"la Comisión", quien lo presidirá.*

Asimismo, el Consejo Técnico contará con

- *un representante designado por el Titular del Poder Ejecutivo Estatal por cada uno de los estados comprendidos en el ámbito de competencia territorial del Organismo de Cuenca,*
- *así como del Distrito Federal cuando así corresponda.*

Por cada estado comprendido en el ámbito territorial referido, el Consejo Consultivo contará con:

Un representante de las Presidencias Municipales correspondientes, para lo cual cada estado se encargará de gestionar la determinación del representante requerido. Los representantes referidos en el presente párrafo, participarán con voz y voto.

Por cada representante propietario se designará a los suplentes necesarios, con capacidades suficientes para tomar decisiones y asumir compromisos.

El Director General del Organismo de Cuenca fungirá como Secretario Técnico del Consejo referido, el cual se organizará y operará conforme a las reglas que expida para tal efecto.

El Consejo Consultivo contará con los Consejos de Cuenca, actualmente no constituyen una forma de descentralización de las funciones del Agua, pues existe un centralismo controlador de la CONAGUA, por ejemplo:

• Tiene un control de coordinación administrativo y sobre los consejos de los organismos de cuenca y concertación con el usuario.

• Las gerencias estatales siguen dependiendo de las regionales en los casos en que un Estado tiene territorio en diversas cuencas hidrográficas

• Los Consejos de Cuenca y sus organizaciones auxiliares no tienen personalidad jurídica propia, no administran sus fondos.

• La CNA, es la única con capacidad para impulsar el proceso de regulación que permita reducir dicho margen

Los Consejos de Cuenca actuales son:

I. Península de Baja California (Mexicali, Baja California).
II. Noroeste (Hermosillo, Sonora).
III. Pacífico Norte (Culiacán, Sinaloa).
IV. Balsas (Cuernavaca, Morelos).
V. Pacífico Sur (Oaxaca, Oaxaca).
VI. Río Bravo (Monterrey, Nuevo León).
VII. Cuencas Centrales del Norte (Torreón, Coahuila).
VIII. Lerma Santiago Pacífico (Guadalajara, Jalisco).
IX. Golfo Norte (Ciudad Victoria, Tamaulipas).
X. Golfo Centro (Jalapa, Veracruz).
XI. Frontera Sur (Tuxtla Gutiérrez, Chiapas).
XII. Península de Yucatán (Mérida, Yucatán).
XIII. Aguas del Valle de México y Sistema Cutzamala (México, Distrito Federal).

Sumado al otorgamiento de las facultades de control administrativo, político y presupuestal que tiene la CONAGUA, el Municipio que es la entidad en quien recae la responsabilidad de suministrar el servicio del agua, alcantarillado, y aguas residuales, no tiene recursos económicos y en muchos casos ni los recursos técnicos para poder cumplir con estos deberes impuestos en la Constitución.

El Municipio se encuentra en estado de debilidad total en materia de presupuesto, y tiene a su cargo la prestación de la mayor parte de todos los servicios. La intención de darle mayor autonomía al Municipio, debió de haber sido acompañada con mayores recursos presupuestales, para que este en posibilidad de cumplir debidamente lo que la Constitución Federal le confirió.

Por otro lado se presenta el problema de la competencia de los entes de gobierno, que parten de las Facultades atribuidas a la Federación a los Estados y Municipios.

En la actualidad, México Cuenta con 31 Estados y un Distrito Federal. Los 31 Estados tienen la misma naturaleza y el mismo estatuto constitucional. El Distrito Federal tiene un ordenamiento constitucional propio y diferente del de los Estados, por su naturaleza sui generis, existen 2,429 municipios, cuya configuración jurídico constitucional, es igual para todos a pesar de sus diferencias sociales, económicas y culturales.

México proviene desde su origen de un sistema centralista, que atravesó por diferentes sistemas de gobierno, a través de su historia y que incluso en el pasado siglo veinte, posterior a la Constitución de 1917, se constituyó en un gobierno centralista, gobernado por el poder de una presidencia sumamente fuerte que dominaba a los otros dos poderes, a pesar de estar constituido como una federación. Bajo esta óptica es que se puede entender la tendencia centralista de gobernar.

Esta característica parece inevitable, y es muy difícil de revertir, al contrario, lo que sucedió en materia de aguas fue que a pesar de querer descentralizar, la estructura de mando, no solo propicia, sino que mantiene el centralismo.

El objetivo principal es la descentralización de los servicios.

Con el objetivo de propiciar la participación de los usuarios y las autoridades locales en la planeación y el manejo del agua, se crearon los Consejos de Cuenca.

Estos se han definido en la ley como: "*La unidad técnica, administrativa y jurídica especializada, con carácter autónomo, adscrita directamente al Titular de "la Comisión"*, cuyas atribuciones se establecen en la ley y en sus reglamentos y cuyos recursos y presupuesto específicos son determinados por "la Comisión";

Estos objetivos sentados en la ley, son buenos propósitos que no corresponden a la realidad. La dependencia presupuestal que tienen los Organismos Cuenca de la CONAGUA, favorece la centralización, por lo que la pretendida descentralización es difícil de operar.

Los instrumentos jurídicos con los que cuenta la CONAGUA, para el manejo del Agua son además de la Ley de Aguas Nacionales, los Reglamentos que se fundamentan en Ley de Aguas Nacionales, y en la Ley Federal de Derechos en materia de agua, además de la normatividad de coordinación y concertación a través de los Consejos de Cuenca, con los que se aspira a promover un proceso de descentralización de atribuciones a los usuarios y a los gobiernos locales.

Sin embargo la competencia establecida por la Ley de Aguas Nacionales al Ejecutivo Federal, no indica que se pueda descentralizar, como podrá observarse de lo que establece el artículo 6°:

> *I. Reglamentar por cuenca hidrológica y acuífero, el control de la extracción así como la explotación, uso o aprovechamiento de las aguas nacionales del subsuelo, inclusive las que hayan sido libremente alumbradas, y las superficiales, en los términos del Título Quinto de la presente Ley; y expedir los decretos para el establecimiento, modificación o supresión de zonas reglamentadas que requieren un manejo específico para garantizar la sustentabilidad hidrológica o cuando se comprometa la sustentabilidad de los ecosistemas vitales en áreas determinadas en acuíferos, cuencas hidrológicas, o regiones hidrológicas;*
>
> *II. Expedir los decretos para el establecimiento, modificación o supresión de zonas de veda de aguas nacionales, en los términos del Título Quinto de la presente Ley;*
>
> *III. Expedir las declaratorias de zonas de reserva de aguas nacionales superficiales o del subsuelo, así como los decretos para su modificación o supresión;*
>
> *IV. Expedir por causas de utilidad pública o interés público, declaratorias de rescate, en materia de concesiones para la explotación, uso o aprovechamiento de Aguas Nacionales, de sus bienes públicos inherentes, en los términos establecidos en la Ley General de Bienes Nacionales;*
>
> *V. Expedir por causas de utilidad pública o interés público, declaratorias de rescate de concesiones otorgadas por "la Comisión", para construir, equipar, operar, conservar, mantener, rehabilitar y ampliar infraestructura hidráulica federal y la prestación de los servicios respectivos, mediante pago de la indemnización que pudiere corresponder;*

VI. Expedir por causas de utilidad pública los decretos de expropiación, de ocupación temporal, total o parcial de los bienes, o su limitación de derechos de dominio, en los términos de esta Ley, de la Ley de Expropiación y las demás disposiciones aplicables, salvo el caso de bienes ejidales o comunales en que procederá en términos de la Ley Agraria;

VII. Aprobar el Programa Nacional Hídrico, conforme a lo previsto en la Ley de Planeación, y emitir políticas y lineamientos que orienten la gestión sustentable de las cuencas hidrológicas y de los recursos hídricos;

VIII. Adoptar las medidas necesarias para el cumplimiento de acuerdos y convenios internacionales en materia de aguas, tomando en cuenta el interés nacional, regional y público;

IX. Nombrar al Director General de "la Comisión" y al Director General del Instituto Mexicano de Tecnología del Agua;

X. Establecer distritos de riego o de temporal tecnificado, así como unidades de riego o drenaje, cuando implique expropiación por causa de utilidad pública, y

XI. Las demás atribuciones que señale la presente Ley.

"La Comisión" tiene por objeto ejercer las atribuciones que le corresponden a la autoridad en materia hídrica y constituirse como el Órgano Superior con carácter técnico, normativo y consultivo de la Federación, en materia de gestión integrada de los recursos hídricos, incluyendo la administración, regulación, control y protección del dominio público hídrico.

En el ejercicio de sus atribuciones, "la Comisión" se organizará en dos modalidades:

a). El Nivel Nacional, (CONAGUA) y
b). El Nivel Regional Hidrológico - Administrativo, a través de sus ORGANISMOS DE CUENCA.

Las atribuciones, funciones y actividades específicas en materia operativa, ejecutiva, administrativa y jurídica, relativas al ámbito Federal en materia de aguas nacionales y su gestión, se realizarán a través de los Organismos de Cuenca, con las salvedades asentadas en la Ley de Aguas Nacionales [LAN]. .

De acuerdo a lo señalado por la ley, se trata de una desconcentración de funciones, más que una descentralización, en la que la Comisión, tal como dice la ley es el Órgano Superior con carácter técnico, normativo y consultivo de la Federación.

X. REGISTRO PÚBLICO DE DERECHOS DE AGUA (REPDA)

A partir de la expedición de la LAN (1992), los títulos de concesión, asignación y permisos de descarga se inscriben en el Registro Público de Derechos de Agua.

En diciembre de 2009, se contaba con 361,916 títulos de concesión o asignación de aguas nacionales inscritos en el REPDA, que corresponden a un volumen concesionado de 80,587 millones de metros cúbicos (hm3) de usos consuntivos y 164,564 hm3 de usos no consuntivos (hidroeléctricas). Por número, RHA VI Río Bravo y VIII Lerma-Santiago-Pacífico concentran el 30% del total de los títulos de concesión y/o asignación.[76]

XI. CONVENIOS DE COORDINACIÓN

De conformidad con lo que establece la Ley de Aguas Nacionales en el artículo 116, "La Federación y los Estados, en los términos de ley, podrán convenir la asunción por parte de éstos del ejercicio de sus funciones, la ejecución y operación de obras y la prestación de servicios públicos, cuando el desarrollo económico y social lo haga necesario.

Los Estados estarán facultados para celebrar esos convenios con sus Municipios, a efecto de que éstos asuman la prestación de los servicios o la atención de las funciones a las que se refiere el párrafo anterior.

La CONAGUA fomenta a través de los Convenios de coordinación, que celebrará con los Estados, el fomento de la cultura del agua, con el propósito de contribuir a consolidar la participación de usuarios, la sociedad organizada y los ciudadanos en el manejo de la misma. Se fomentarán los programas educativos que normalmente llevan a cabo las comisiones estatales.

---

[76] Ver en: http://www.conagua.gob.mx/OCB07/Contenido/Documentos/EstadisticaAguamexico2011.pdf, p. 81 [El 59.5% del total de los títulos de concesión o asignación corresponde al uso agrupado agrícola, Abastecimiento Público, 37.64%; Industria de autoabastecida 2.84%, Termoeléctricas 0.01%, Subtotal de usos consuntivos 99.97%, Uso no consuntivo (hidroeléctricas 0.03%] Nota: Un título de concesión y/o asignación puede amparar uno o más aprovechamientos o permisos que pueden ser:
a) Incluye los rubros agrícola, pecuario, acuacultura, múltiples y otros de la clasificación del REPDA.
b) Incluye los rubros público urbano y doméstico de la clasificación del REPDA.
c) Incluye los rubros industria agroindustria, servicios y comercio de la clasificación del REPDA.
Pueden existir ligeras variaciones en las cifras debido a la fecha en la que se hizo la consulta al REPDA, ocasionadas por los proyectos de inscripción pendientes. Fuente: CONAGUA. Subdirección General de Administración del Agua. 2010

Los Convenios de Cuenca,[77] fomentan únicamente la CULTURA DEL AGUA, que consiste básicamente en programas de difusión, y educación., el único objetivo de dichos convenios tipo, son: fomento de la cultura del agua en el que ambas instancias, Federación y Estados participan con recursos para llevar a cabo los programas.

Me parece que algo más importante es, llevar a cabo programas conjuntamente de construcción de infraestructura en cualesquiera de las áreas del manejo del agua; si no de otro modo sigue siendo un manejo de la federación el tema del agua.

El concepto de GESTIÓN INTEGRAL DE LOS RECURSOS HÍDRICOS [GIRH], se consolidó a nivel mundial en los años de 1990 como ya se explicó previamente. Esta gestión se integró a través de la suscripción de varios convenios a nivel internacional.

Bajo esta perspectiva se considera al agua como "*un nexo fundamental entre el desarrollo humano y la naturaleza, en donde se incluyen la compleja interrelación entre factores físicos que forman parte del ciclo hidrológico (aire, agua, suelo) con la biodiversidad que ésta soporta a la flora y a la fauna, es decir los recursos hídricos, los recursos naturales asociados al agua, incorporando además los factores antrópicos relacionados a su transformación*"?[78]

Estas políticas no han tenido la evolución y la aplicación programada en teoría con el objetivo de conservar ecológicamente el medio ambiente. Han quedado en planes y programas, todo el desarrollo de las GIRH, sobre todo en los países en vías de desarrollo. Sin embargo todos estos propósitos deberán hacerse realidad, ante los efectos del cambio climático, y justamente las medidas que se han concertado por medio de pactos internacionales para prevenir los efectos, tendrán que llevarse a cabo.

El sistema actual de organización del sistema de aguas, está basado en tomar en cuenta la conformación física y geográfica del territorio, los causes de los ríos, las caídas de agua y la conformación de las montañas, lo que conocemos como cuencas hidrológicas que constituyen la base a partir de las cuales se organiza el sistema de aguas.

---

[77] Puede verse el modelo del machote que se usa para celebrar los Convenios con las Cuencas en la página de la CNA http://www.conagua.gob.mx/CONAGUA07/Noticias/ModeloConvenioOrganismosdeCuenca2011.pdf, son Convenios de Coordinación entre la autoridad federal CNA y los Estados.

[78] PEREVOCHTCHIKOVA, María y ARELLANO-MONTERROSAS José L. Gestión de cuencas hidrográficas: experiencias y desafíos en México y Rusia, REVISTA LATINOAMERICANA DE RECURSOS NATURALES, 4(3): 313-325, 2008, localizado en: http://antiguo.itson.mx/drn/revista/volumenesRevista/vol_4_2008/pdf/numero3/Art_31_Perevochtchikova.pdf, consultado el 15 de agosto de 2011.

XII. INVERSIÓN Y DESARROLLO EN MATERIA HIDROAGRÍCOLA, DE AGUA POTABLE, ALCANTARILLADO Y SANEAMIENTO

En materia de inversión, la CONAGUA centraliza toda la operación, y para ello se expiden cada año las reglas para llevar a cabo los distintos programas de infraestructura orgánica,

REGLAS DE OPERACIÓN PARA LOS PROGRAMAS DE INFRAESTRUCTURA HIDROAGRÍCOLA Y DE AGUA POTABLE, ALCANTARILLADO Y SANEAMIENTO A CARGO DE LA COMISIÓN NACIONAL DEL AGUA, APLICABLES A PARTIR DE 2011.

La cobertura de las inversiones que se lleven a cabo comprenderán:

• Los Programas de Infraestructura Hidroagrícola se aplican en todos los distritos y unidades de riego.

• Los Programas de Agua Potable, Alcantarillado y Saneamiento se aplica en centros de población urbana y rural.

Su propósito fundamental es:

• Asegurar que la aplicación de recursos públicos en programas de desarrollo de infraestructura hidráulica, se realicen con eficiencia, eficacia, economía, honradez y transparencia, estableciendo los mecanismos regulatorios de acceso, evaluación y rendición de cuentas de cada programa.

• Estos programas responden a la creciente demanda de los distintos usuarios del agua, especialmente de aquellos usuarios que cuentan con menores recursos; se orientan a un mejor aprovechamiento del recurso y mejorar su productividad en materia hidroagrícola e incrementar el acceso y calidad de los servicios de agua potable, alcantarillado y saneamiento para la población de las zonas urbanas y rurales.

• Con estas acciones se busca elevar la preservación, eficiencia y sustentabilidad en el uso del recurso, impulsando el fortalecimiento de los organismos, sociedades y asociaciones responsables de su manejo, así como de los servicios de abasto y saneamiento en zonas urbanas y rurales, asignando al agua el valor que le corresponde, para mantener la calidad de vida de la población y en general para todas las actividades económicas del país.

• La integración de las reglas de operación se basa en la simplificación de procedimientos; unificar criterios con otros programas afines dentro del sector público y orientar su formulación a la obtención de resultados.

El artículo segundo especifica los programas y acciones en donde se aplicaran estas reglas:

ARTÍCULO 2. Definiciones.

Estas Reglas de Operación aplican a los seis programas de infraestructura hidráulica siguientes:

2.1. PROGRAMA DE REHABILITACIÓN, MODERNIZACIÓN Y EQUIPAMIENTO DE DISTRITOS DE RIEGO. Este programa tiene tres componentes:

La Rehabilitación y Modernización de los Distritos de Riego, que tiene como propósito lograr un uso eficiente y sustentable del recurso agua, mediante acciones de rehabilitación y modernización de la infraestructura hidráulica concesionada[79] en los Distritos de Riego y la tecnificación del riego, que permitan reducir las pérdidas de agua desde la red de conducción y distribución hasta la parcela, aumentando la disponibilidad de la misma y logrando un mejor aprovechamiento de la dotación con mayor eficiencia, mejorando la calidad y oportunidad del servicio de riego e incrementar la producción y productividad del agua.

El equipamiento de los Distritos de Riego,[80] que está orientado para mantener en condiciones óptimas de servicio y funcionamiento la infraestructura hidráulica concesionada a los Distritos de Riego, mediante la adquisición de maquinaria y equipo nuevos para la conservación y nivelación de tierras con tecnología de punta, hasta complementar el parque óptimo de maquinaria, basado en sus balances y el equipamiento necesario, así como la rehabilitación de la maquinaria existente y equipar talleres de mantenimiento preventivo, todo esto contribuirá a mejorar el servicio de riego e incrementar el uso eficiente del agua a nivel parcelario en apoyo a la productividad del agua.

La Devolución por el Suministro de Agua en Bloque,[81] para llevar a cabo la conservación de infraestructura concesionada, ello en concordancia con el espíritu de preservación de las obras y servicios existentes que forman parte del patrimonio nacional en apego a la Ley de Aguas Nacionales y a los preceptos de Transferencia de Distritos de Riego a los usuarios organizados.

---

79 Cuando se habla de Concesión el decreto define lo que se debe entender por Concesión: Concesión.- Título que otorga el Ejecutivo Federal a través de la CONAGUA o del Organismo de Cuenca que corresponda, conforme a sus respectivas competencias, para la explotación, uso o aprovechamiento de las aguas nacionales, y de sus bienes públicos inherentes a las personas físicas o morales de carácter público y privado, excepto los títulos de asignación.

80 Distrito de Riego.- Es el establecido mediante Decreto Presidencial, el cual está conformado por una o varias superficies previamente delimitadas y dentro de cuyo perímetro se ubica la zona de riego, el cual cuenta con las obras de infraestructura hidráulica, aguas superficiales y del subsuelo, así como con sus vasos de almacenamiento, su zona federal, de protección y demás bienes y obras conexas, pudiendo establecerse también con una o varias unidades de riego.

81 Devolución de Pagos por Suministro de Agua En Bloque (DPSAB).-Devolución de recursos a las Asociaciones Civiles de Usuarios o Sociedades de Responsabilidad Limitada en los Distritos de Riego, cuyo importe está en función de la infraestructura concesionadas y los porcentajes que se definen en el Decreto de Presupuesto de Egresos de la Federación para el ejercicio fiscal correspondiente.

2.2. PROGRAMA DE MODERNIZACIÓN Y TECNIFICACIÓN DE UNIDADES DE RIEGO.[82] Tiene como propósito contribuir al mejoramiento de la productividad del agua mediante un manejo eficiente, eficaz y sustentable del recurso agua en la agricultura de riego, a través de otorgar apoyos a los productores agrícolas de las Unidades de Riego con aprovechamientos subterráneos y superficiales y a los propietarios de pozos particulares dentro de los Distritos de Riego, para la modernización de la infraestructura hidroagrícola y tecnificación de la superficie agrícola.

2.3. PROGRAMA DE AGUA POTABLE, ALCANTARILLADO Y SANEAMIENTO EN ZONAS URBANAS (APAZU). Tiene como propósito fomentar y apoyar el desarrollo de los sistemas de agua potable, alcantarillado y saneamiento en centros de población mayores a 2,500 habitantes, mediante acciones de construcción, ampliación, rehabilitación, mejoramiento de la infraestructura hidráulica de los servicios para proporcionar agua para los diversos usos y fundamentalmente para el consumo humano.

2.4. PROGRAMA PARA LA CONSTRUCCIÓN Y REHABILITACIÓN DE SISTEMAS DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO EN ZONAS RURALES. Apoyar la creación de infraestructura para abatir el rezago en la dotación y cobertura de los servicios de Agua Potable y Saneamiento en Zonas Rurales, mediante la construcción, mejoramiento y ampliación de infraestructura en localidades rurales igual o menores a 2,500 habitantes de México, con la participación comunitaria organizada.

2.5. PROGRAMA DE AGUA LIMPIA. Fomenta y apoya el desarrollo de acciones para ampliar la cobertura de desinfección del agua para consumo humano, mediante la cloración en los sistemas de abastecimiento y distribución; la instalación, rehabilitación y mantenimiento de hipocloradores; así como el suministro y distribución eficiente de desinfectantes.

2.6. PROGRAMA DE TRATAMIENTO DE AGUAS RESIDUALES.- ANTERIORMENTE PROGRAMA FONDO CONCURSABLE PARA TRATAMIENTO DE AGUAS RESIDUALES. Este Programa fortalece las acciones de saneamiento mediante el incremento de tratamiento de mayores volúmenes de aguas residuales municipales y está dirigido a localidades urbanas mayores a 2,500 habitantes, con el propósito de reducir, prevenir y/o controlar la contaminación de los cuerpos de aguas nacionales y apoyar a los Organismos Operadores en el cumplimiento de la normatividad vigente; además, con el programa se contribuye a mejorar las condiciones ambientales y ecológicas de los cuerpos de agua.

---

[82] Unidad de Riego.- Área agrícola que cuenta con infraestructura y sistemas de riego, distinta de un Distrito de riego y comúnmente de menor superficie que éste; puede integrarse por Asociaciones de Usuarios u otras figuras de Productores organizados que se asocian entre sí para prestar el servicio de riego con sistemas de gestión autónoma y operar las obras de infraestructura hidráulica para la captación, derivación, conducción, regulación, distribución y desalojo de las aguas nacionales destinadas al riego agrícola.

Los apoyos de este programa, se otorgarán a los módulos de riego y red mayor de distribución de los Distritos de Riego concesionados, a través de las ACU[83] y de las SRL.[84]

Los apoyos se otorgarán por única vez para:
INFRAESTRUCTURA :
• Rehabilitar o modernizar canales.
• Rehabilitar drenes y caminos de operación.
• Rehabilitar, relocalizar o reponer pozos de propiedad federal.
• Rehabilitar, relocalizar o reponer pozos de propiedad particular ubicadas dentro de la jurisdicción de Distritos de Riego, o supervisados por alguna Jefatura de Distrito de Riego.
• Rehabilitar o modernizar plantas de bombeo de propiedad federal.
• Control de malezas acuáticas en presas y cuerpos de agua de los distritos de riego.
• Instalación de drenaje parcelario subterráneo.
• Construir, adquirir e instalar equipo de medición y control del agua.
• Rehabilitar o modernizar estructuras de medición y control del agua.
• Rehabilitación y/o construcción de estructuras de protección y rehabilitación de bordos de protección en la red de distribución de agua de los distritos de riego.
• Sistemas de riego que reduzcan los volúmenes de agua empleados, como pueden ser los de riego en baja y alta presión o riego a la demanda.
• Agricultura controlada de bajo consumo de agua, hasta una hectárea por usuario, dando prioridad a los distritos de riego sobredimensionados o sobre concesionados y/o ubicados en acuíferos sobreexplotados, definidos por la CONAGUA.
SUPERVISIÓN DE OBRA:
• Capacitación por instituciones de enseñanza e investigación reconocidas, o por asociaciones o empresas calificadas, en aspectos inherentes a la rehabilitación y modernización de infraestructura y tecnificación del riego.
EQUIPO:
• Equipo y mecanismos para estructuras de control y medición del agua.
• Estaciones agro climatológicas para el pronóstico del riego en tiempo real.
• Adquirir e instalar equipo de medición para pozos profundos de propiedad federal o particular en distritos de riego.
• Adquirir e instalar equipo de medición para plantas de bombeo en distritos de riego

[83] Asociación Civil de Usuarios (ACU).- Forma de organización de los usuarios de un Distrito de Riego o de una Unidad de Riego, a quien se le otorga la concesión para la explotación, uso o aprovechamiento de aguas nacionales y para el uso de la infraestructura hidroagrícola en un módulo de riego o en una unidad de riego.
[84] Sociedad de Responsabilidad Limitada de Interés Público y Capital Variable (SRL).- Integrada por las Asociaciones Civiles de un Distrito de Riego o varias Unidades de Riego.

Respecto de otros programas igual se establecen los tipos de apoyos, requisitos y montos mínimos. Se especifica cada área en la que CONAGUA participa. Se aprecia que es en el manejo integral a nivel nacional de todo el programa hídrico nacional.

Las reglas de inversión se señalan en el segundo transitorio que dice:

SEGUNDO.- *Dentro de los Programas: Agua Potable, Alcantarillado y Saneamiento en Zonas Urbanas y el Programa para la Construcción y Rehabilitación de Sistemas de Agua Potable y Saneamiento en Zonas Rurales, se considerarán esquemas de financiamiento, junto con los tres niveles de gobierno denominada 5 X 1 (Cinco Voluntades para una Acción). Esta consiste en la integración de recursos provenientes de las aportaciones de la sociedad civil (beneficiarios, club de migrantes, cooperativas, asociaciones civiles, ONGs etc.), y/o aportación de un organismo financiero, más las partes complementarias que podrán provenir de los tres niveles de gobierno hasta alcanzar el 100% del costo de las obras.*

XIII. SITUACIÓN ACTUAL DEL AGUA

Para valorar en su justa dimensión la situación del agua, a continuación, se transcriben algunos datos relevantes de la existencia de éste vital líquido que la CONAGUA, publica en su página.

Los siguientes datos son tomados de un estudio llevado a cabo por la CONAGUA, con fecha 2011, por lo que su vigencia nos muestra la situación real del agua en México:

"De acuerdo con los trabajos realizados por la CONAGUA, el INEGI y el INE, se han identificado 1,471 cuencas hidrográficas en el país, las cuales, para fines de publicación de la disponibilidad de aguas superficiales, se han agrupado y/o subdividido en cuencas hidrológicas.

Al 31 de diciembre del 2009 se tenían publicadas las disponibilidades de 722 cuencas hidrológicas, conforme a la norma NOM-011-CONAGUA-2000, en tanto que para el 31 de diciembre de 2010 se habían añadido otras 9 cuencas.[85]

Las cuencas del país se encuentran organizadas en 37 regiones hidrológicas, y a su vez se agrupan en las 13 regiones hidrológico- administrativas (RHA)

En lo que se refiere a las aguas subterráneas, el país está dividido en 653 acuíferos, conforme a lo publicado en el Diario Oficial de la Federación (DOF) el 5 de diciembre de 2001, de acuerdo con las coordenadas de las poligonales simplificadas del DOF del 13 de agosto del 2007, 3 de enero del 2008 y 28 de agosto del 2009

[85] Estadísticas del Agua en México, edición 2011, CONAGUA, información localizada en: http://www.conagua.gob.mx/OCB07/Contenido/Documentos/EstadisticaAguamexico2011.pdf, consultada el día 28 de agosto de 2011.

Anualmente México recibe del orden de 1,489 miles de millones de metros cúbicos de agua en forma de precipitación. De esta agua, se estima que el 73.1% se evapotranspira y regresa a la atmósfera, el 22.1% escurre por los ríos o arroyos, y el 4.8% restante se infiltra al subsuelo de forma natural y recarga los acuíferos. Tomando en cuenta las exportaciones e importaciones de agua con los países vecinos, así como la recarga incidental, anualmente el país cuenta con 460 mil millones de metros cúbicos de agua dulce renovable.

Las importaciones de otros países representan el volumen de agua que se genera en las ocho cuencas compartidas con los tres países con los que México tiene fronteras (Estados Unidos de América, Guatemala y Belice) y que escurre hacia nuestro país. Las exportaciones representan el volumen de agua que México debe entregar a Estados Unidos de América conforme al "Tratado de Aguas" de 1944.

Cabe aclarar que el agua renovable se debe analizar desde tres perspectivas:

• Distribución temporal, ya que en México existen grandes variaciones del agua renovable a lo largo del año. La mayor parte de la lluvia ocurre en el verano, mientras que el resto del año es relativamente seco.
• Distribución espacial. Porque en algunas regiones del país ocurre precipitación abundante y existe una baja densidad de población, mientras que en otras sucede el efecto contrario.
• Área de análisis. Porque la problemática del agua y su atención es predominantemente de tipo local.

Los indicadores calculados a gran escala esconden las fuertes variaciones que existen a lo largo y ancho del país

XIII. 1. RECURSOS HÍDRICOS DE MÉXICO

¿Dónde encontramos agua?, el agua se encuentra superficial y subterráneamente, a continuación se describen los recursos hídricos de que dispone México:

- **AGUAS SUPERFICIALES**

RÍOS

En México existen cerca de 42 ríos principales que transcurren en tres vertientes: occidental o del océano Pacífico, oriental o del océano Atlántico (Golfo de México y Mar Caribe) e interior, cuyos ríos desembocan en lagunas interiores (INEGI, 1995).

Los ríos y arroyos del país constituyen una red hidrográfica de 633 mil kilómetros de longitud, en la que destacan cincuenta ríos principales (véase el M2.6) por los que fluye el 87% del escurrimiento superficial del país y cuyas cuencas cubren el 65% de la superficie territorial continental del país.

Por la superficie que abarcan, destacan las cuencas de los ríos Bravo y Balsas, y por su longitud, destacan los ríos Bravo y Grijalva-Usumacinta. Los ríos Lerma, Nazas y Aguanaval pertenecen a la vertiente interior.

Dos tercios del escurrimiento superficial pertenece a siete ríos: Grijalva-Usumacinta, Papaloapan, Coatzacoalcos, Balsas, Pánuco, Santiago y Tonalá, a la vez que sus cuencas representan el 22% de la superficie de nuestro país.

El régimen climático del país, en los ríos de México, existe una diferencia notable en el volumen de agua que llevan en la época de secas y en la de lluvia. Esta variación se acentúa por las obras de retención de agua y su uso para irrigación, de tal manera que muchos de los ríos que originalmente eran permanentes ahora se vuelven intermitentes, por lo menos en algunos tramos de su recorrido. En amplias zonas, la deforestación y la erosión del suelo producen un aumento en el escurrimiento superficial y la disminución de la infiltración del agua de lluvia.

LAGOS Y LAGUNAS

La mayor parte de las formaciones naturales son de origen endorreico o están ligadas con los litorales. Las cuencas endorreicas son originadas por la obstrucción del drenaje superficial debido a fenómenos volcánicos o tectónicos o como consecuencia de la aridez, pues los cauces no llevan suficiente agua para que ésta recorra todo el camino hasta el mar. Las lagunas costeras son comunes en zonas donde la planicie mal drenada hace contacto con el mar.

Las lagunas pueden estar formadas por agua dulce, salobre o salada; el contenido de sal varía de una época a otra y también en función de la apertura temporal o el cierre de la comunicación con otras lagunas y con el mar.

La región más rica en lagos interiores es la que abarca el norte de Michoacán y el centro de Jalisco, donde existe una gran cantidad de cuerpos de agua de tamaños, profundidades y estados evolutivos diversos.

CUENCAS TRANSFRONTERIZAS DE MÉXICO

México comparte ocho cuencas con los países vecinos: tres con los Estados Unidos de América (Bravo, Colorado y Tijuana), cuatro con Guatemala (Grijalva-Usumacinta, Suchiate, Coatán y Candelaria) y una con Belice y Guatemala (Río Hondo.

Las aguas de los ríos Bravo, Colorado y Tijuana se comparten conforme a lo indicado en el "Tratado de Aguas", firmado en Washington, D.C. el 3 de febrero de 1944. En el caso del Río Colorado, el Tratado especifica que los Estados Unidos de América deberán entregar anualmente a México 1,850.2 millones de metros cúbicos (1.5 millones de acres pies por año).

Para el Río Tijuana, el Tratado establece solamente que ambos países a través de la Comisión Internacional de Límites y Aguas (CILA), emitirán recomendaciones para la distribución equitativa de sus aguas, elaborarán proyectos para obras de almacenamiento y control de avenidas, estimarán los costos y construirán las obras que se acuerden, repartiendo equitativamente los costos de construcción y operación.

En el Tratado se establecen tres consideraciones sobre los seis cauces mexicanos antes referidos, que es necesario señalar:

> 1. El volumen que México debe proporcionar a los Estados Unidos de América por concepto del tercio de los seis cauces mexicanos mencionados previamente, no será menor, en conjunto, en promedio y en ciclos de cinco años consecutivos a 431.72 millones de metros cúbicos (350,000 acres pies) anuales, lo que equivale a suministrar un volumen mínimo de 2,158.6 millones de metros cúbicos (1,750,000 acres pies) en cada ciclo.
>
> 2. En casos de extraordinaria sequía o de serio accidente en los sistemas hidráulicos de los afluentes mexicanos que hagan difícil para México dejar escurrir los 431.72 millones de metros cúbicos, los faltantes que existieran al final del ciclo de cinco años, se repondrán en el ciclo siguiente con agua procedente de los mismos tributarios.
>
> 3. En caso de que se cubra la capacidad asignada que tienen los Estados Unidos de América en las presas internacionales que comparten ambos países (La Amistad y Falcón), con aguas pertenecientes a los Estados Unidos, se considerará terminado un ciclo de cinco años y todos los volúmenes pendientes de entrega totalmente cubiertos, iniciándose a partir de ese momento un nuevo ciclo.

Se pueden consultar y ver en forma interactiva, todas las cuencas, regiones hidrológicas y subregiones hidrológicas además de ríos y lagunas en el sitio del Instituto Nacional de Ecología[86]

XIV. EL AGUA, Y LA SEGURIDAD NACIONAL

Al agua se le denomina actualmente el "oro azul", por lo valiosa que es y lo escasa que será. En consecuencia se prevé que habrá conflictos a futuro por la posesión del oro azul.

El denominar como asunto de seguridad nacional al agua, tomó relevancia, porque el que le dio esta importancia fue el Gobierno de los Estados Unidos, que consideró al agua como elemento fundamental y de seguridad nacional para su propio desarrollo.

[86] Ver: http://cuencas.ine.gob.mx/cuenca/, consultado el 25 de mayo de 2012

México tiene firmados Tratados de Aguas con los Estados Unidos de América desde el año de 1848, hasta el TRATADO SOBRE LA DISTRIBUCIÓN DE AGUAS INTERNACIONALES ENTRE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (TRATADO DE AGUAS DE 1944) de 3 de febrero de 1944 que específicamente tratan sobre las cantidades de agua que México tiene que pagar, sin embargo, no ha sido suficiente, pues recientemente durante el gobierno del Presidente Fox, se llevó a cabo la firma del Acta 307 de la Comisión Internacional de Límites y Aguas entre México y Estados Unidos, que fue firmado el 16 de marzo de 2001 la "Cobertura parcial del déficit en la aportación de los tributarios mexicanos del Río Bravo entre Fort Quitman y la Presa Falcón".[87]

Se señala en dicho documento que: *"La Comisión se reunió a las 10 hras del 16 de marzo de 2001, en la oficinas del Departamento de Estado de Estados Unidos, en Washington D.C., junto con representantes y funcionarios de alto nivel de los Gobiernos para considerar las medidas propuestas por el Gobierno de México en el cuarto año del actual ciclo de cinco años, para el cumplimiento parcial de la obligación estipulada en el inciso c), del apartado B del Artículo 4°, del Tratado sobre Distribución de Aguas Internacionales entre los Estados Unidos Mexicanos y los Estados Unidos de América, de fecha 3 de febrero de 1944".*

En la reunión que tuvieron el Presidente Vicente Fox y el Presidente George W. Bush en San Cristóbal, Guanajuato, el 16 de febrero de 2001, donde se formuló una solicitud de agua por un volumen de 740 millones de metros cúbicos (Mm3) (6000,000 acres pie (af) al 31 de julio de 2001, para reducir el déficit en ese momento, en las aportaciones de los tributarios mexicanos del Río Bravo". "(…) por informes de los ingenieros principales se observó que a finales de septiembre de 2000 a 3 de marzo de 2001, se había contabilizado a favor de Estados Unidos un volumen de 287 Mm3 (232,674 af), por lo que solo restaría cubrir, para el 31 de julio de 2001, un volumen de 453 Mm3 (367,252 af) Observaron que este volumen podría cubrirse con base en las siguientes estimaciones:

a) Escurrimientos de los afluentes no aforados: Se estima que desde el 4 de marzo hasta el 31 de julio de 2001 podrían esperarse escurrimientos al Río Bravo, por lluvias procedentes de los afluentes no aforados de entre 197 Mm3 (159, 710 af) y 295 Mm3 (239,159 af)

b) Tercio de los afluentes del Tratado: Se estima que desde el 4 de marzo hasta el 31 de julio de 2001, de los escurrimientos que podrían esperarse al río Bravo procedentes de los 6 tributarios mexicanos, el tercio de ellos que conforme al Tratado correspondería a Estados Unidos oscilaría entre 79 Mm3 (64,046 af) y 104 Mm3 (84,314 af).

[87] Documento localizable en: http://portal.sre.gob.mx/cilanorte/pdf/307.pdf consultado el 20 de septiembre de 2011.

c) Extracción de la Presa Venustiano Carranza: Un volumen adicional neto de 47 Mm3 (138,631 af) que estarán pendientes por trasvasar de esa presa.

Más adelante en el mismo documento se contempla: Que en caso de de no poder cumplir, se considere poder cubrir los posibles faltantes al 30 de septiembre con aguas provenientes de las Presas Luis L. León, La Fragua, Centenario y San Miguel.[88]

---

[88] DELGADO RAMOS Gian Carlos, "Agua y Seguridad Nacional"; Edit. Plaza y Janés. México, 2005. comenta en documento publicado por "agua.org.mx: que con respecto a esta Acta: El trasfondo del Acta 307 es doble. Por un lado fue una negociación que jugó un rol fundamental en el preámbulo de las elecciones a gobernador de Texas. Por el otro lado, y el más importante, asentaba legalmente la posibilidad de violar las fechas de pago -de México a EUA- en el sentido de su adelanto, algo urgente pues la severa sequía ya comenzaba a afectar seriamente a los agricultores Texanos al comprometer el riego de los cultivos de la temporada de verano.
En base al Tratado de 1944 México debe de pagar anualmente un monto mínimo garantizado de agua que no es reducido proporcionalmente en caso de intensa sequía (algo que sí sucede en el caso de los pagos de agua de EUA en el Colorado y en el tramo del Bravo que va de El Paso a Fort Quitman). Recuérdese que ese pago mexicano de agua puede hacerse en un ciclo de 5 años de tolerancia, por lo que México, en este caso, no estaba obligado a pagar su adeudo. En el caso del ciclo 25 (1992-1997) que venció en septiembre de 2002 ya estaban pagadas las cuotas correspondientes antes de que se firmara el Acta 307, mientras que en el del ciclo 26, ésas no se tienen que cubrir hasta el 2007.
El tema de las fechas de vencimiento se manipuló para hacer creer a la opinión pública en EUA que México se estaba "robando" el agua. Así, el 18 de mayo de 2002, en la 41 Reunión Parlamentaria celebrada en Guanajuato, Silvestre Reyes, representante de Texas y miembro de la delegación de legisladores estadounidenses, insistió en que México debe cumplir con la entrega del agua, pues de lo contrario esto puede considerarse como un robo. Por su parte, Jeffrey Davidow, embajador de EUA en México, afirmó en esa misma reunión que México tenía agua suficiente para pagar el adeudo a EUA, pero la estaban desviando en el norte para sembrar más de 25 mil hectáreas, amenazando que investigarán el agua que hay en Chihuahua, para que sea enviada a Texas. Textualmente pronunció: "...nosotros vamos a investigar por satélite si hay agua, pero es necesario mandar un equipo de la Comisión Binacional de Agua, para hacer un estudio." Es más, en otra ocasión, Frank White, gerente de 28 Distritos de Riego del sur de Texas afirmó que, "... México nos ha robado el agua porque Chihuahua no quiere soltar el agua del río Conchos...el problema es que han convertido el desierto en un oasis con nuestra agua."
En respuesta a Davidow, el priísta Oscar Lubbert, senador de Tamaulipas, indicó que si en la región se han regado 25 mil hectáreas, "...hay más de 200 mil en Tamaulipas y parte de Coahuila que no han recibido una sola gota de agua..." Por su parte, ya varios meses antes, el gobernador de Chihuahua, Patricio Martínez había suscrito que "...el agua que hay en Chihuahua es de Chihuahua...el Tratado que le conviene a México, no le conviene a mi Estado. Porque nosotros estamos obligados a pagar 54% de las aguas que el país entrega a Estados Unidos, para sólo recibir 5% para el Valle de Juárez. ¡Eso se acabo!...si quieren agua, de alguna manera tendrán que pagarla... el Tratado no tiene por qué ser eterno; no podemos pagarles lo que no tenemos."
Vale indicar que la postura anterior no es casual, Chihuahua es el único Estado del país que se rige por dos Tratados, el de 1906 y el de 1944. De ahí que indique el Gobernador de ese Estado los respectivos porcentajes. Y es que el disgusto por la situación del Valle de Juárez (regulado bajo el Tratado de 1906) ha sido histórico, incluso cuando se firmó el Tratado de 1944 se señaló la inconformidad por el mismo puesto que no resolvía los problemas de esa región.
Las reacciones en México no quedaban ahí, el 19 de mayo el presidente del Consejo Agropecuario Regional de Tamaulipas, Jorge Luis López Martínez, suscribió que 50 mil familias que subsisten sólo de la agricultura del Distrito 025 quedarían en total desamparo si se cumplía el Acta 307.
El daño es grave, agregó, porque afectaría a 14 mil productores de 202 mil hectáreas con una producción anual de 450 mil toneladas y una derrama económica de 800 millones de pesos. Es pues, dijo López Martínez, inaudito que Vicente Fox viole la Ley, firmando convenios y acuerdos del pago de deudas de un agua que no tiene y que además no debe disponer de la poca que hay ya que una ley que dice claramente que pertenece a los productores agrícolas del Distrito de Riego 025 y que fue creado por Decreto presidencial el 27 de junio de 1942 y publicado en el Diario Oficial de la Federación el 10 de agosto de 1953. Tal Decreto veda las aguas debajo de la presa internacional Falcón al indicar que, "...nadie, ni siquiera el Presidente de la República, puede hacer uso del agua del río Bravo y sus afluentes, a menos que se derogue esa ley."

En Estados Unidos, desde el año 2000, se viene discutiendo y tomando seriamente el asunto del agua pues, como indica la US Geological Survey, en un informe de 2004 del mencionado programa y dirigido al Congreso Estadounidense, *"... en muchas partes del país, la competencia por el agua para satisfacer las necesidades de las ciudades, hogares, granjas e industria se está incrementando."*

El presidente Fox aceptó pagar agua de forma adelantada en medio de una severa sequía, esto constituyó un acto que afectó la seguridad de miles de familias de México que igualmente padecían de la sequía, lo que se traduce en un acto contra la seguridad nacional, no obstante, no sólo se viene pagando el agua violando los periodos de pago del Tratado de 1944 en cantidades estipuladas en las Actas 307 y 309, sino que además, se están haciendo pagos "negros" que correctamente han sido calificados por el gobierno de Tamaulipas como una "irresponsabilidad de tipo criminal". Según indicó en octubre de 2003 Jorge Luis Zertuche, director de Desarrollo Agropecuario de Tamaulipas, "...las mediciones muestran una diferencia de casi 500 millones de metros cúbicos entre los escurrimientos que han llegado al Río Bravo desde el lado mexicano y la cantidad que reporta el capítulo estadounidense de la "COMISIÓN INTERNACIONAL DE LÍMITES Y AGUAS ENTRE MÉXICO-ESTADOS UNIDOS" [CILA], como líquido de México en las presas "La Amistad" y "Falcón"; en ese entonces se dijo:..'Podemos pensar que la evaporación haya restado unos 130 millones de metros cúbicos, pero al menos 350 millones fueron transferidos de un plumazo a Estado Unidos'.(...)"[89]

El problema de las aguas transfronterizas es de seguridad nacional, pues la presión que ejerce Estados Unidos sobre México, es constante, pues sus requerimientos son más graves y más grandes. Así señala el Ingeniero Ramos que: *"(...) en diciembre de 2003, "La Junta del Buen Vecino" (organismo que asesora al Presidente y al Senado de EUA, presidido por la Agencia de Protección al Medio Ambiente de ese país y en el que participan representantes de otras ocho agencias gubernamentales y de los cuatro Estados que colindan con México), recomendó, "... la realización de estudios sobre los acuíferos transfronterizos para abordar temas como los derechos sobre el agua subterránea." Es de esperarse entonces que en el corto plazo EUA presione a México para negociar leoninamente las reservas subterráneas fronterizas, momento en el que actitudes sumisas e incluso serviciales como las tomadas por las autoridades mexicanas entorno al cobro adelantado y por tanto ilegal de agua en la frontera norte, no debe permitirse bajo ningún concepto"*

Ahora bien, las advertencias de Davidow arriba puntualizadas, en efecto, se estaban concretando decididamente ya con algún tiempo. Se sabe que cuando menos desde febrero de 2002 se venían elaborado cada dos a tres semanas informes por el Center for Space Research (CSR) de la Universidad de Texas en Austin que, basándose en análisis sensoriales remotos por satélite, procuraban dar información detallada sobre las reservas de agua fronterizas, particularmente de Chihuahua, con el objeto de ofrecer al gobierno de EUA información puntual para "las negociaciones" con el Gobierno mexicano.

89 DELGADO RAMOS Gian Carlo "Agua y Seguridad Nacional", publicado en: http://www.ecoportal.net/content/view/full/42724, consultado el 25 de septiembre de 2011

La urgencia del agua, se tradujo en la disponibilidad del agua en el año de 2004, y posteriormente Estados Unidos comenzó a exigir el pago de la deuda que se tiene hasta el año 2007. Incluso se propuso por parte del Comisionado de la Sección Estadounidense de la CILA, de que ambas naciones asignen un valor en dólares al adeudo de aguas y negocien su pago con dinero en efectivo.

El mismo autor concluye con dos aseveraciones de pronóstico delicado:

1. La "venta" de los derechos de agua (o "concesiones") de ciertas zonas fronterizas por un periodo que puede ir de 5 a 30 años según lo establece la Ley de Aguas Nacionales reformada en mayo de 2004 (Artículo24). Tal "venta" sería posible gracias al despoblamiento de tales regiones y por tanto del número de voces opositoras, mientras que en el terreno legal, la vía estaría libre como resultado del decreto del 4 de diciembre de 1997 que reformó el Artículo 72 del reglamento de esa misma Ley y que desvincula los derechos de agua de aquellos sobre la propiedad de la tierra. El resultado sería una desnacionalización de facto del acceso, gestión y usufructo de las aguas nacionales fronterizas que profundizaría la permanente sequía artificial impuesta por el pago adelantado de la deuda de agua y por la mencionada "venta" a EUA de derechos de agua de ciertas zonas clave. El despoblamiento y la conversión de las tierras cultivables a tierras áridas iría en aumento.

2. El segundo escenario, y más grave aún, alude al saldo de la deuda de agua ya no con el remate de derechos de agua fronteriza de zonas clave, sino con la "venta" de los propios territorios. Este posible escenario no es una ocurrencia sin fundamentos, simple y llanamente se sostiene en la historia de expansión territorial de EUA, sus mecanismos y principios anexionistas, y sus ya viejos deseos de hacerse de los estados fronterizos de México (recuérdese la propuesta detrás del Tratado de la Mesilla). De suceder semejante atraco, seguramente las actuales generaciones no estaremos sobre la corteza terrestre, pero sí seguirán siendo responsables aquellos individuos del país, que hoy están atentando en contra de la integridad y la seguridad nacional mexicana al ceder ante las presiones de Washington y maquillar su actitud de cipayos de esa potencia norteña, bajo argumentos que colocan la cuestión del agua como "un asunto de seguridad nacional", todo mientras se esfuerzan por consolidar el saqueo de ese recurso en la frontera norte del país a favor de EUA. En efecto, hay que reconocer que tienen razón; sus actos responden a un asunto de "seguridad nacional", pero no mexicana sino estadounidense".

Como podemos observar la seguridad nacional con respecto al agua, es un tema vigente, y preocupante, más aún con los problemas de sequías que se padecen en el norte del país,[90] y el cambio climático que ya es una realidad.

[90] Al norte del país esta Estados Unidos, con problemas parecidos a los nuestros, que han resuelto sus problemas exigiendo agua de México, como parte de un Tratado de Aguas, dejando al lado mexicano sin agua

XV.- GOBERNABILIDAD DEL AGUA

Otro aspecto que ha sido motivo de estudio en relación con el agua, es la problemática de la *"gobernabilidad del agua".*

Gobernabilidad, es una palabra traducida del inglés en forma incorrecta al español. Desde el punto de vista de la gramática española, corresponde clasificarla como un sustantivo abstracto, esto es, como aquel conjunto de vocablos que designan cualidades, estados o propiedades que requieren residir en algo para poder existir.

De acuerdo con esto, *gobernabilidad* significaría, literalmente, "calidad, estado o propiedad de ser gobernable"; *gobernable* significaría, sin más, "capaz de ser gobernado"; mientras que su opuesto, ingobernable, designaría aquello que es "incapaz de ser gobernado. Gobierno a su vez, palabra origen de esta declinación, proviene del latín *gubernatio-onis, de gubernare*, gobernar. En el lenguaje usual es sinónimo de dirigir, regir, administrar, mandar, conducir, guiar, etc. Es el agrupamiento de personas que ejercen el poder. Es la dirección o el manejo de todos los asuntos que conciernen de igual modo a todo el pueblo".[91]

> La gobernabilidad implica la capacidad de la comunidad para lograr un equilibrio relativamente estable entre los sistemas político, económico, social, cultural, etc., que permita conducir los asuntos públicos -con transparencia y calidad- en forma relativamente equitativa y armoniosa, eficaz y eficiente, en beneficio del bienestar de todos-.

La gobernabilidad del agua, tiene como fin, el fortalecimiento de los medios de control de los ciudadanos sobre la manera en cómo se administra, distribuyen dichos recursos, e incluye la forma en que se garantiza la provisión de servicios básicos de entre todos, el servicio del suministro de agua potable, que es objeto de este estudio, además de otros servicios sociales indispensables para la sociedad.

En el ámbito internacional se dice que *"La Gobernabilidad del Agua se preocupa por diseñar y adoptar las leyes, las políticas y las instituciones adecuadas. Clarifica los roles y las responsabilidades de todos los actores- gobiernos locales y nacionales, el sector privado y la sociedad civil- en lo que se refiere a la propiedad y a la administración del recurso hídrico".*[92]

---

[91] DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO, INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, T. D-H, EDIT. PORRÚA, UNAM, MÉXICO 2009, P. 1820, VOZ ELABORADA POR LOMBARDO ABURTO, HORACIO.

[92] En un reporte de Water Governance Facility WGF) El Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) Water Governance Facility at SIWI [Instituto Internacional de Agua de Estocolmo por sus siglas en inglés] (El Centro de la gobernabilidad del agua del PNUD en el SIWI), en 2011, señala: "La gobernabilidad del agua es fundamental para alcanzar los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM) de las Naciones Unidas (ONU). Una gestión sabia del agua es decisiva para el desarrollo nacional, así como para mejorar las condiciones de vida de la gente pobre, que tiene mayores dificultades de acceso al agua potable de calidad y a servicios básicos de saneamiento, tanto como a agua para riego o demás usos económicos. La gobernabilidad del agua es así mismo

Para Carmen Carmona, *"(…) la gobernabilidad es una calidad que emana de la sociedad o de los sistemas sociales, no de los gobiernos"*[93] Concluye señalando que *La gobernabilidad se refiere a la capacidad de un sistema social para reconocer y hacer frente a sus desafíos, que se concreta en la calidad del sistema institucional para generar una acción colectiva positiva al respecto.*

Esta acción colectiva debe estar en coordinación con las acciones del Estado, con el fin de establecer las políticas adecuadas, para ejercer una democracia horizontal, en la que todos participen y se corresponsabilicen en las acciones, basadas en consensos para la construcción de sistemas de gestión, instituciones, leyes, cultura, conocimientos y prácticas aterrizados en las comunidades sociales.

El tema de la gobernabilidad del agua, busca incorporar la discusión de la GESTIÓN INTEGRAL Y SUSTENTABLE DEL AGUA, con la finalidad de analizar profundamente las capacidades de organización, gestión, y las políticas sociales que son necesarias para llevar a cabo un proceso de toma de decisiones en el manejo integral de los recursos naturales.

El enfoque del agua como recurso natural de uso común o como un bien económico fue propuesto en la CONFERENCIA SOBRE EL AGUA Y EL MEDIO AMBIENTE celebrada en Dublín, Irlanda, en 1992. En esta reunión se establecieron los siguientes principios (CAMA, 1992):

a) El agua es esencial para la vida, el desarrollo y el ambiente, por lo que su manejo eficiente requiere de la articulación de los diferentes usos de la tierra y el agua en las cuencas de captación y/o acuíferos.

b) El manejo del agua debe basarse en la participación de todos los usuarios, planificadores y tomadores de decisión de los diferentes niveles de gobierno así como en el diseño de políticas públicas. Componentes que se reflejan en la formación de la conciencia ciudadana y política sobre la importancia del agua.

c) El papel de la mujer en el manejo y conservación del agua es fundamental; es decir, la incorporación del enfoque de género en la gestión del agua. Este tema es objeto de estudio en otro análisis. Lo que si debo asentar aquí es que la visión de género en materia de agua, debe tomarse en cuenta para aplicar todas las políticas de gestión del agua.

---

una parte vital en la mejora de la sostenibilidad medioambiental, a través de la preservación de ecosistemas- zonas húmedas o zonas pantanosas, por ejemplo- y de la reunión de los involucrados en torno a este recurso clave, capaz de dividir sociedades"; información de la página de Water Governance Facility, localizada en: http://www.watergovernance.org/spanishwgf, consultada el 28 de julio de 2011.

[93] CARMONA LARA, Carmen, La Constitución y el agua apuntes para la gobernabilidad en el caso del agua en México, localizado en: http://www.bibliojuridica.org/libros/6/2598/8.pdf, consultado el 25 de julio de 2011.

Las políticas de gestión del agua, inciden directamente en el cuidado y uso que las mujeres realizan con el agua, son las directamente beneficiada o afectadas.

d) El agua tiene un valor económico por lo cual algunos consideran debe ser considerada como un bien económico donde el derecho humano al agua limpia por un precio accesible puede promover su uso eficiente y protección.

Sin embargo en lo personal difiero de esta opinión, pues el convertir el agua en un bien económico, lo alejará de las clases socioeconómicas más débiles.

El agua es un bien del Estado que debe ser accesible a toda la población, y sólo el Estado con una vocación de servicio público, la podrá proporcionar a quienes no tienen nada.

En la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo (CNUMAD) celebrada en junio del 1992, en la Ciudad de Río de Janeiro, Brasil se analizaron las acciones específicas para la instrumentación de un programa de acción. Lo anterior dio origen a la elaboración de la denominada Agenda 21, del Programa de Acción para el Desarrollo Sustentable, adoptado a nivel internacional (CNUMAD, 1992). De esta forma, se definió que *la gestión del agua debe basarse en una perspectiva eco sistémico e integral bajo la dimensión territorial de la cuenca.*

Este enfoque integral también fue incorporado en el Congreso Latinoamericano de Manejo de Cuencas Hidrográficas celebrado en 2003 en Arequipa, Perú, donde se mostró la pertinencia de implementar el concepto de GESTIÓN INTEGRAL DE RECURSOS HÍDRICOS (GIRH) en cuencas hidrográficas en Latinoamérica, considerando a la cuenca como la unidad territorial fundamental para la planificación de los recursos naturales asociados al agua.

Todos estos conceptos se interrelacionan pues corresponden a un modelo de administración gerencial, que se han trasladado al ámbito público. De ahí que de cierta forma hay en ocasiones choques de fines e intereses cuando se parte de la realidad mexicana, carente todavía del nivel de bienestar que tienen las sociedades que produjeron estos conceptos, como: Inglaterra o Estados Unidos.[94]

[94]Cfr. Este tema se abordó en las páginas 47 a 49 de este trabajo

XVII. FUTURO DEL AGUA

Desafortunadamente, los pronósticos actuales no son alentadores de no cambiar los usos actualmente.

El Senado de la República ha llevado a cabo Foros del Agua, en los que se ha fomentado la implementación de la Agenda del Agua 2030 elaborada por la CONAGUA,[95] que tiene como propósito lograr:

- Ríos limpios con aguas libres de contaminación.
- Cuencas en equilibrio, tanto en las aguas superficiales como las subterráneas.
- Cobertura universal de agua potable y alcantarillado.
- Asentamientos seguros frente a inundaciones catastróficas.

Para llevar a cabo estos propósitos propone llevar a cabo varias acciones que actualmente están a nivel de propuesta las cuales transcribimos de la Agenda 2030 de CONAGUA.

XVI. AGENDA 2030 DE CONAGUA

Iniciativas:

La Agenda del Agua 2030 identifica dieciséis iniciativas cuyo efecto beneficia a varios o incluso a todos los ejes temáticos, siendo las siguientes:

FUERA DE LA CAJA DEL AGUA: 1) Crear el Instituto Nacional de Planeación del Desarrollo, que asegure la debida armonización de largo plazo entre las diversas políticas de desarrollo sectoriales y territoriales del país.

DENTRO DE LA CAJA DEL AGUA EN EL ÁMBITO NACIONAL: 1) Crear una instancia que garantice la suficiencia presupuestal y su uso expedito en materia de estudios y proyectos, de modo que se integre una cartera robusta y estratégica; 2) Aplicar la evaluación orientada a resultados a todos los programas públicos que incidan o afecten el logro de la sustentabilidad hídrica; 3) Destinar los pagos por Derechos de uso de aguas nacionales al financiamiento de las funciones de gobierno y gobernanza del agua; 4) Establecer un sistema claro y transparente de precios y tarifas del agua en bloque, que considere costos y externalidades; 5) Derogar la Ley de Contribución de Mejoras por Obras Públicas Federales de

[95] Agenda 2030, documento localizable en: http://agendadelagua2030.conagua.gob.mx/Doc_Foroagendadelagua2030/Folleto.pdf consultado el 3 de septiembre de 2011

Infraestructura Hidráulica,[96] y asimilar el aprovechamiento a una tarifa por servicios, con objeto de recuperar las inversiones; 6) Potenciar los recursos destinados a la modernización y tecnificación de la infraestructura Hidroagrícola; 7 Crear un fondo nacional para el mantenimiento y rehabilitación de presas e infraestructura hidráulica mayor; 8) Propiciar que la comunidad científica y tecnológica contribuya de forma crecientemente efectiva a la formulación y despliegue de la política de sustentabilidad hídrica; 9) Crear un sistema de información de inversiones en el sector agua de los tres órdenes de gobierno y de los usuarios; 10) Incentivar y fortalecer procesos de largo aliento en materia de cultura del agua, y 11) Crear el fondo contingente de adaptación al cambio climático.

Todas las propuestas a nivel federal, son aumento de presupuesto y disponibilidad de dinero, aumento de estructura administrativa, pareciera que quieren crear una oficina recaudadora de derechos que les garantice ingresos equivalentes a los fiscales, aumentar las tarifas, y crear fondos propios. Pareciera que la tendencia es a conformarse como un organismo autónomo, (aún más de lo que ya es) a pesar de ser desconcentrado de la SEMARNAT, lo del fondo contingente actualmente está previsto por Gobernación para apoyar a los Estados en casos de desastres que generalmente son consecuencia de fenómenos naturales.

DENTRO DE LA CAJA DEL AGUA EN EL ÁMBITO REGIONAL: 1) Fortalecer el proceso de formulación, seguimiento y evaluación de los programas hídricos de largo plazo por región hidrológica orientados a la sustentabilidad hídrica; 2) Desarrollar sistemas regionales de información para reforzar la gestión del agua por cuenca y acuífero. (Mantiene un control centralizado de los programas).

DENTRO DE LA CAJA DEL AGUA EN EL ÁMBITO ESTATAL: 1) Modificar las leyes estatales y sus reglamentos para que regulen la inversión público-privada en la infraestructura hidráulica; 2) Crear fondos revolventes para apoyar el acceso de más organismos operadores del agua y asociaciones de riego al sistema financiero comercial.

Comentario

En el ámbito estatal propone modificaciones legislativas con el fin de que regulen cuestiones presupuestarias para fomentar la inversión privada, lo que quiere decir que está proponiendo la intervención de particulares en el manejo

[96] Ley De Contribución De Mejoras Por Obras Públicas Federales De Infraestructura Hidráulica TEXTO VIGENTE Nueva Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 26 de diciembre de 1990: "Es objeto de la presente Ley las mejoras por obras públicas federales de infraestructura hidráulica construidas por dependencias o entidades de la Administración Pública Federal, que benefician en forma directa a personas físicas o morales.
Las obras públicas a que se refiere esta Ley, son las que permiten usar, aprovechar, explotar, distribuir o descargar aguas nacionales, sean superficiales o del subsuelo, así como la reparación, terminación, ampliación y modernización de las mismas".(Art.1°)

del agua, concesionándola o en su caso privatizar sus aguas, o el manejo de los procesos de saneamiento. (La gestión del agua es estratégica y de seguridad nacional, constituye actualmente una obligación constitucional del Estado propiciar el acceso al agua potable a toda la población, es a mi parecer un servicio público del Estado).

OBSERVACIONES FINALES

Se señala en la agenda 2030: "(…) Hacer realidad la visión de la Agenda del Agua 2030 requiere inversiones anuales promedio superiores a los 50 mil millones de pesos para actuar principalmente en medidas de incremento de eficiencias del uso agrícola y del público urbano. No actuar implica crecientes costos de oportunidad, tan solo por demanda industrial no satisfecha que alcanzaría órdenes de magnitud de 1.5 billones de pesos anuales al 2030.

El escenario tendencial corregido por el impacto del cambio climático incrementaría la brecha a 36.3 miles de millones de metros cúbicos, es decir, 13.3 miles de millones de metros cúbicos más. Esto obligaría a intensificar y ampliar las medidas de bajo costo y a incluir medidas infraestructurales de alto costo, lo que obligaría a efectuar inversiones adicionales por 246 mil millones de pesos al año 2030. Al respecto, se recomienda la instrumentación de un fondo de contingencia que asegure la disponibilidad y la oportunidad de uso de los recursos en tan cuantioso orden de magnitud.

No obstante el dinero no es la única dificultad a superar, ni la más compleja. La mayoría de las iniciativas que forman parte de la Agenda del Agua 2030 tienen que ver con reasignación de atribuciones legales, desarrollo de capacidades e instrumentación de incentivos para fortalecer el sistema nacional de gestión del agua en sus ámbitos general, y regional. El avance en el cumplimiento de la Agenda del Agua debe evaluarse anualmente y presentarse en el mes de marzo de cada año en ocasión del Día Mundial del Agua; una valoración de resultados e impactos debe ocurrir cada seis años y debe ser la base para una actualización integral de dicho instrumento.

La Agenda del Agua 2030, es un instrumento para la cabal implementación de una política de sustentabilidad hídrica. Con ella deben alinearse los Programas Nacionales Hídricos, los Programas Regionales Hídricos, las carteras de inversiones del gobierno federal y de los gobiernos de los estados, los presupuestos de egresos fiscales en materia hídrica y los programas de cultura del agua"?[97]

[97]Agenda del Agua 2030Comisión Nacional del Agua http://www.conagua.gob.mx/CONAGUA07/Temas/AgendadelAgua2030.pdf

Comentario:

Lo que propone la agenda 2030 es aumentar la capacidad económica y financiera de la CONAGUA, aumentar su estructura administrativa lo que tendría una repercusión presupuestal en el Presupuesto de Egresos de la Federación, que en su caso será evaluado. Esta propuesta significa el crecimiento centralizado del control de las aguas nacionales.

Si el propósito de la Ley de Aguas Nacionales, desde el año 1992, era la descentralización del manejo del agua, éste no se ha logrado, todo lo contrario ha sucedido, pues los Consejos de Cuenca siguen dependiendo jerárquicamente de la Comisión, lo que conforma una estructura vertical de mando.

Si se quiere que la ley funcione, debiera modificarse la Ley y la estructura actual, que tiene mayores costos, pues en realidad se trata de organismos desconcentrados y no descentralizados.

Ahora bien, si lo que se quiere es mantener un control central, pues que así se diga y se haga.

Con la propuesta de modificación de la legislación interna de los Estados, se propicia la concesión de sus servicios de aguas.

Si la tendencia es concesionar los servicios del agua, están implícitamente transitando al sistema de una administración de gestión privada.

Una empresa que presta el servicio, debe cobrar invariablemente el servicio, pues dejar de hacerlo equivale a tener pérdidas. De acuerdo al sistema de administración gerencial con la que actúa la CONAGUA, es consecuente la exigencia de que se cobre el servicio y suministro de agua, de acuerdo a los parámetros de una empresa funcional.

El problema aquí, reside, en que efectivamente hay un nivel socio-económico que tiene la capacidad económica y el deber de pagar por el servicio. Pero hay otro sector muy amplio de la sociedad que no tiene para pagar el servicio, y que el Estado tiene la obligación de dar el servicio, más ahora que este derecho de acceso al agua potable, ha sido catalogado ya como “derecho humano”.

El agua es fundamental para conservar la salud, evitar epidemias y conservar el nivel de vida saludable de la población; es necesaria no solamente para el consumo humano, se requiere en forma más importante para la agricultura, y en segundo lugar para la industria.

En ambos campos es indispensable, pero más en la agricultura, pues todos dependemos de los alimentos para subsistir. Y he aquí un problema difícil de solucionar, pues es justo en este rubro en que se gasta el 60% del agua dulce disponible, y en donde se desperdicia o se pierde por los efectos normales de la evaporación.

Es en la agricultura donde deben desarrollarse mejores sistemas de control de riego, para optimizar su aprovechamiento.

Actualmente existe ya lo que se conoce como agua sólida.[98]

---

[98] EL AGUA SÓLIDA está compuesta por acrilato de potasio, tiene la característica de ser altamente giroscópico, es decir que absorbe grandes cantidades de humedad (finalmente agua). No crea problemas, aquí un ejemplo. El arroz es giroscópico, y por eso lo ponen en los saleros para que la sal no se humedezca: en ese caso las semillas absorben la humedad. Los frijoles también tienen propiedades giroscópicas, por eso los dejan remojando y por eso aumentan de tamaño, se ponen suaves y se cuecen con rapidez.
Esta sustancia que en gránulos o polvo ?puede absorber hasta 500 veces su peso en agua-. Dicho de otra manera: 8 gramos de polvo, que es más o menos lo que cabe en una cucharada sopera, sería capaz de retener hasta y cuatro litros de agua. El agua sólida puede ser de gran ayuda para el mundo. Para uso agrícola durante las sequías. Imaginemos que existe un terreno que antes era un bosque que fue deforestado, que ahora no es más que un terreno pobre sin mucha utilidad productiva, y si permanece así poco a poco se erosionara, sin contar con el cambio de las condiciones climáticas del lugar.
Posiblemente se podría reforestar con retoños. Es una buena idea, pero tiene un problema. Hay que sembrar durante la época de lluvias para que no mueran: pero es posible que aun con esta precaución, muchos de los árboles recién sembrados terminaran secándose si la temporada de aguas es corta, es irregular o el suelo no tiene mucha humedad.
Aquí es donde entra el agua sólida y el acrilato de potasio. Se puede fabricar agua sólida sin esperar las lluvias y se deja que esta agua sea absorbida por el polímetro. Los trozos de agua se pueden depositar en un agujero cerca de las raíces, los cubres con la tierra y el acrilato de potasio ira liberando esa agua poco a poco, de tal manera que las plantas tendrán humedad a pesar de que venga el tiempo seco.
Un ingeniero mexicano la introduce en el mercado de Latinoamérica. Hoy en México se ha desarrollado un método innovador que podría revolucionar la agricultura ya que esta no dependería de la lluvia o de sistemas de riego para suministrar la humedad necesaria a los cultivos.
l silo de agua es el sistema más avanzado que hay para el riego de los cultivos agrícolas y el sector forestal. Es el método más moderno, económico y eficiente en cuanto al uso racional del agua, ya que puede ahorrar hasta 90 por ciento del líquido.
Para aplicaciones en campo, se han experimentado rendimiento en las cosechas mayores al 300 por ciento; utilizando 50 por ciento menos de agua y 75 por ciento de fertilizantes y 50 por ciento menos herbicidas.
En lugar de esperar la lluvia y almacenarla de manera liquida los sitios absorbentes almacenan agua, cediendo humedad a las raíces de las plantas hasta por 5 meses.
Esta tecnología supera por mucho en costos a los sistemas de riego tradicionales y en México 83 por ciento del consumo del agua es para el sector agrícola. El sistema podría reducir sustancialmente la cifra, permitiendo almacenar los excedentes.
Sergio Rico Velasco, Ingeniero Químico egresado del Instituto Politécnico Nacional y gran ejecutivo de empresas mexicanas, asegura que el producto químico con el cual se elabora el silo es producto de uso común, pero la aplicación agrícola es resultado de la investigación, los polímeros como retenedores de humedad desde hace ocho años.
Este producto permitiría una considerable reducción de costos en los actuales sistemas de recolección de agua o lluvia, como son presas, cisternas, recipientes, tuberías, sistemas de bombeo o electricidad.
El agua sólida requiere únicamente de un costal de plástico y solo habría que evitar la evaporación. Se puede transportar casi por cualquier medio a grandes distancias, sea barco, ferrocarril, avión o camiones.
Contra la sequía, el agua en conserva

El desarrollo de nuevas tecnologías, será imperante para la optimización del agua.

Otro problema que enfrentamos es el crecimiento urbano por encima del agrícola, Las grandes concentraciones de seres humanos en las ciudades, demandan en mayor cantidad agua.

La demanda de agua de las grandes ciudades plantea una gran problemática para su abasto. Las inversiones que se han hecho parecieran no ser suficientes, en la consideración de que toda la infraestructura del agua se desgasta por el uso y en ocasiones se destruye, por lo que se necesita de un mantenimiento constante y costoso.

Tenemos muy cercanos ejemplos de lo que significa no dar mantenimiento a las instalaciones hidráulicas, con la serie de inundaciones que han sufrido

---

El silo de agua debe aplicarse preferentemente durante la siembra de la semilla o en el transplante de los árboles en forma de polvo que es su presentación original, con el objeto de que sean las lluvias o el riego los que hidraten. Si no cuenta con lluvias próximas ni con sistemas de riego se puede hidratar previamente y depositarlo con la semilla, permitiendo una rápida germinación.
Con el silo hidratado, el agricultor puede iniciar la siembra en la fecha que decida y no estar a expensas de la primera lluvia, esto permite anticipar las fechas de siembra, así como cultivar y cosechar antes de las fechas acostumbradas y consecuentemente aumentan la cantidad, calidad y precio de producción.
Se recomienda abrir un surco, colocar los silos en el fondo, sobre ellos la semilla y ambos se cubren con tierra, con esto se logra una germinación y crecimiento de la planta e incluso levantar la cosecha sin lluvia y sin riego.
Puede usarse para reforestar bosques talados colocando los hidratos en el fondo de las cepas. Lo que permite aumenten las probabilidades de vida de os arbolitos que se están transplantando.
Se puede aplicar lluvia sólida sobre las montañas deforestadas haciendo zanjas o curvas de nivel, se pone el agua sólida que se va a recargar con las lluvias y se obtiene humedad en cuatro meses de lluvia y cuatro meses adicionales por la humedad almacenada por lo silos.
Antes de la temporada de lluvias se coloca el polvo en el monte, cuando comienzan las precipitaciones se hidrata y hay que cubrirlo para evitar su evaporación; cuando llega el verano y la sequía y se inicia algún fuego se encuentra ahí el recurso extintor. También se puede regar con lluvia sólida los pastizales y arbustos, formando ?arroyos cortafuegos. Es posible fabricar hielo a partir de agua sólida, con la ventaja de que no se derrite. Podría emplearse para transportar y conservar diversos productos pecuarios y acuícola, como pescado, pollo o carnes rojas. El hielo dura más tiempo porqué cundo se iguala a la temperatura ambiente no se pierde, se derrite, escurre o contamina.
Además, reduce la erosión en la superficie y elimina los inhibidores de germinación y crecimiento, disminuye el uso de agroquímicos y la contaminación de mantos acuíferos, evita la pérdida de las cosechas, termina el ciclo agrícola aun cuando deje de llover o se suspenda el riego.
Mantiene uniformidad en la humedad de las raíces, evitando el estrés intermitente que sufren las plantas por falta de agua. Aplicado en tierras secas no se filtra al subsuelo ni se evapora, incluso permite sembrar en zonas totalmente desérticas.
No es combustible ni comburente; al secarse se hace polvo nuevamente; si vuelve a llover otra vez almacenara agua; absorbe y retiene fertilizantes y su pH es neutro. Tiene un tiempo de vida de hasta 10 años o más. Se recomienda instalarlo en la raíz de las plantas, ya sea a mano o con máquina de labranza de conservación. Entre sus desventajas esta que su proceso no es reversible, es decir, el agua no vuelve a ser liquida y no se recomienda para cultivos de mucho barbecho y no sirve para consumo humano o animal. Hay que recalcar esto: esta agua no es potable. Información localizable en: http://mx.globedia.com/agua-solida-tierra-sedienta-desierto
Consultada el26 de mayo de 2012

ciudadanos del Estado de México y Tabasco, que cuando aparecen esas fallas, resulta que no hay responsables.

El agua cada vez cuesta más, no pagamos su costo real, pero tampoco vemos avances o al menos reparación de los daños, para no propiciar mayores desastres a futuro.

Tender a la privatización, no es opción actualmente para el Estado, pues ahora tiene la obligación constitucional de poner a disposición de todos el acceso al agua potable, es un servicio público que el Estado no debe ponerlo en manos privadas.

Ell agua no debe transformarse en un recurso de explotación económica. No debe perderse el concepto de que el agua es de todos, y todos tienen derecho a ella, no es un elemento prescindible, sin agua no hay vida.

A mi parecer visualizó el servicio del agua como el caso del servicio de la energía eléctrica.

El agua es un recurso bien de la nación, y que al igual que la energía eléctrica, y los hidrocarburos, forma parte del patrimonio del Estado. De ahí que para un mejor control, servicio, infraestructura, establecimiento y cobro de cuotas, debiera ser centralizado y federal el servicio, en base a que en el panorama actual de crisis del agua, es un asunto de seguridad nacional. De hecho ya funciona así, pero para un mejor servicio se debiera hacer cargo también del suministro del agua y del tratamiento de las aguas residuales y drenaje. El manejo del agua, debe ser integral en todos sus aspectos, y no fraccionado.

¿Cómo podría manejarse un problema de seguridad nacional a través de concesionarios?

En el segmento correspondiente a la Seguridad Nacional, se expuso, como la federación dispone de recursos hídricos para desviarlos a Estados Unidos, como compromiso internacional, sin tomar en cuenta los derechos de agua de los Estados. La Federación tendría que hacerse cargo de resolver el problema en forma integral.

Los conflictos legales entre Estados y Municipios no se darían si el control fuera federal.

Igualmente sucede en la reinyección de aguas a los mantos acuíferos, que es competencia federal por disposición constitucional, y los Estados o en el caso del Distrito Federal, se encuentran limitados a no poder hacerlo, pues es competencia de la Federación. Es la CONAGUA, quien tiene la competencia.

Cabe señalar que a futuro, el tratamiento de aguas residuales, va a significar el remedio al problema de la escases del agua ante la demanda de agua por la explosión demográfica, y el panorama que se vislumbra con el cambio climático.

En mi opinión tener el control de las aguas, su servicio, mantenimiento, y suministro, debe ser de control federal. Pues en la práctica, muchos municipios no cuentan con los recursos de personal especializado, recursos financieros suficientes para enfrentar los retos del agua, y al final el que padece es el usuario.

Actualmente existe toda una infraestructura a nivel nacional, que lo único que requiere es el control y financiamiento de nivel federal, con todo lo que esto implica.

PROPUESTA DE REFORMA CONSTITUCIONAL

1.- Como resultado del estudio realizado, se propone considerar la conveniencia de derogar la fracción III del artículo 115 constitucional, respecto de las atribuciones sobre el manejo del agua potable, drenaje, tratamiento y distribución de sus aguas residuales:

> III. Los Municipios tendrán a su cargo las funciones y servicios públicos siguientes:
> a) Agua potable, drenaje, alcantarillado, tratamiento y disposición de sus aguas residuales;

2.- Respecto al Artículo 28 Constitucional, se propone se adicione para incluir dentro de las áreas estratégicas a las aguas nacionales y el tratamiento y disposición de las aguas residuales:

3.- No constituirán monopolios las funciones que el Estado ejerza de manera exclusiva en las siguientes áreas estratégicas: correos, telégrafos y radiotelegrafía; petróleo, aguas nacionales y el tratamiento de las aguas residuales y los demás hidrocarburos; petroquímica básica; minerales radioactivos y generación de energía nuclear; electricidad y las actividades que expresamente señalen las leyes que expida el Congreso de la Unión.

La propiedad de las aguas estatales, se seguiría conservando conforme lo establece la Constitución.

CONCLUSIONES

1) El agua es considerada actualmente por la Constitución como un bien de la nación que forma parte del patrimonio del Estado.

2) Nuestro orden jurídico reconoce tres regímenes de propiedad del agua: la pública de dominio directo, la social de interés público y el régimen privado de las aguas que se encuentran dentro de los terrenos de los particulares, con la salvedad de que el Estado se reserva el derecho de poder establecer modalidades en la propiedad si existe causa de interés público.

3) Los tres niveles de poder de la República Mexicana: Federal, Estatal y Municipal, tienen competencia sobre el recurso hídrico. La federal en materia de aguas nacionales, que se describen en el artículo 27 constitucional. La Estatal, en las aguas que corren en sus territorios y la Municipal en cuanto a la prestación del servicio de agua potable, alcantarillado y aguas residuales. La fórmula de distribución de competencias establecida en el artículo 124 constitucional, ha servido para delimitar las competencias entre la federación y los estados.

4) Históricamente el dominio de las aguas ha sido centralizado, y aunque ha habido esfuerzos por descentralizar su gestión, no se han descentralizado los recursos económicos y financieros, lo que propicia que la CONAGUA siga siendo un órgano controlador, que dispone de la mayor parte de recursos, dicta el programa nacional hídrico, nombra a los directores de los Consejos de Cuenca, convoca a las autoridades estatales y municipales, lo que implica un dominio administrativo, político y financiero centralizado.

5) Las Aguas Nacionales y el tratamiento de las aguas residuales, forman parte del patrimonio del Estado, y al igual que la energía eléctrica y los hidrocarburos, se propone se adicione el artículo 28 constitucional, para incluir el recurso de las aguas nacionales como estratégicas para el Estado Mexicano.

6) Al ser un recurso estratégico del Estado, su gestión debe ser federal, con el objetivo de que la gestión y la responsabilidad sea única. Buscan optimizar el servicio para repartir el agua en forma equitativa para la población, además de dirigir el programa hídrico nacional que contemple todas las necesidades integralmente.

7) La normatividad en materia de aguas, ha evolucionado de acuerdo a la política hídrica del Estado, a las acciones que se han querido impulsar, el desarrollo agrícola con una irrigación adecuada al campo, la producción de energía eléctrica utilizando la energía hidroeléctrica. La administración de los recursos hídricos en armonía con criterios ambientales y ecológicos para su conservación.

Y ahora como derecho humano el acceso al agua potable, exigirá el desarrollo de otra plataforma del Estado para cumplir con esta obligación que le impone la Constitución. Esta plataforma sería más congruente bajo un control federal.

8) El cuidado del agua es una obligación de todos, irrenunciable y debe ser una política de Estado, para lograr el objetivo de la conservación de las aguas en buen estado y una distribución basada en principios de proporcionalidad y equidad.

Es deber de todos, cuidar el agua, distribuirla equitativamente y tener presente que como dijo el Jefe de Seattle Sioux de la Tribu Suwamish,

> *"…la tierra no pertenece al hombre; el hombre es el que pertenece a la tierra. … Esta agua brillante que escurre por los riachuelos y corre por los ríos no es apenas agua, sino la sangre de nuestros antepasados… Los ríos son nuestros hermanos, sacian nuestra sed. Los ríos cargan nuestras canoas y alimentan a nuestros niños… Por lo tanto, vosotros deberéis dar a los ríos la bondad que le dedicarían a cualquier hermano"*.[99]

[99] Jefe de Seattle (Sioux) de la Tribu Suwamish, 1854., citado por el Hidrobiólogo: MORENO HERNÁNDEZ Andrés, en su estudio:"El derecho humano al agua" información localizada en: http://www.ceja.org.mx/IMG/pdf/EL_DERECHO_HUMANO_AL_AGUA_-_Andres_Moreno.pdf Consultada el 25 de septiembre de 2011

BIBLIOGRAFIA

1. ABOITES, Luis. "El agua de la nación. Una historia política de México" (1888-1946). México. Centro de Investigaciones y Estudios Superiores de Antropología Social, México, 1998.

2. ACOSTA ROMERO, Miguel, "Teoría General del Derecho Administrativo", Edit. Porrúa, México 1979

3. ACOSTA ROMERO, Miguel, "Teoría General del Derecho Administrativo. Primer Curso", Porrúa, Sexta Edición, México, 1984.

4. ARTEAGA NAVA, Elizur, "Derecho Constitucional", México, UNAM, 1994, t.II.

5. BRAÑES, Raúl, "Manual de Derecho Ambiental Mexicano", 2ª ed. México, Fundación Mexicana para la Educación Ambiental –Fondo de Cultura Económica, 2000.

6. CARMONA LARA, María del Carmen, "La Constitución y el Agua: Apuntes para la gobernabilidad en el caso del agua de México", obra colectiva: AGUA Aspectos Constitucionales, Coordinadores: RABASA O Emilio, ARRIAGA GARCÍA Carol B. pp. 83-140

7. DELGADO RAMOS Gian Carlos, "Agua y Seguridad Nacional"; Edit. Plaza y Janés. México, 2005

8. CARPIZO, Jorge, "Estudios constitucionales", México, LGEM/UNAM, 1983, pp.

9. FARÍAS HERNÁNDEZ, Urbano, "Derecho Mexicano de Aguas Nacionales", Porrúa, México, 1993

10. GALVEZ XOCHITL, EMBRIZ OSORIO ARNULFO "Los Pueblos Indígenas de México y el Agua". Agua y Diversidad Cultural en México. Editado por Israel Sandre Osorio y Daniel Murillo. Oficina Regional de Ciencia de la UNESCO para América Latina. IMTA INSTITUTO Mexicano de Tecnología del Agua

11. GUERRERO LAGARRETA Manuel, "El agua "Edit. Fondo de Cultura Económica, México 1991;

12. FRAGA, Gabino, "Derecho Administrativo", 22ª edición, México, Porrúa, 1982.

13. LANZ CÁRDENAS, José Trinidad, "Legislación de aguas en México". Villahermosa Consejo Editorial del Estado de Tabasco, México 1982

14. NAVA NEGRETE Alfonso, "Derecho Administrativo Mexicano", 2ª Edición, México, Fondo de Cultura Económica, 2001

15. RABASA Emilio O. (coord.) "La Constitución y el medio ambiente", UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2007

16. SÁNCHEZ MEZA, Juan Jaime, "El Mito de la Gestión Descentralizadora del Agua en México. El Colegio de Sonora, Hermosillo Sonora, México 2007.

17. SÁNCHEZ MEZA, Juan Jaime, ¿Se ha descentralizado la gestión del agua en México?, en Régimen Jurídico del Agua, Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados, coord. FERNANDEZ RUIZ Jorge, SANTIAGO SÁNCHEZ, Javier, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie DOCTRINA JURÍDICA, núm. 382, UNAM, México 2007. Pp. 323-366

18. ORTIZ RENDON, Gustavo Armando, Evolución y perspectivas del marco jurídico del agua en México: Nuevos retos y oportunidades para la gestión integrada del recurso hídrico, obra colectiva AGUA Aspectos Constitucionales; Coord. RABASA O Emilio, ARRIAGA GARCÍA Carol, Edit. Porrúa IIJ de la UNAM, México

19. SERNA DE LA GARZA, José María, La lógica centralizadora del Sistema Federal Mexicano. En El Municipio en México y en el Mundo, "Primer Congreso Internacional de Derecho Municipal"; Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México 2005

20. SERRA ROJAS, Andrés, "Derecho Administrativo", Segundo Curso, Porrúa, México, 1996.

21. LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA SUS ORÍGENES Y PRIMEROS AÑOS 1808-1847, Suprema Corte de Justicia de la Nación, primera edición 1986, México D.F.

HEMEROGRAFÍA

1. CABEZUT URIBE, Adriana, TIENDA DÍAZ Norma, "Las Aguas Nacionales como Patrimonio del Estado", Revista PRAXIS DE LA JUSTICIA FISCAL Y ADMINISTRATIVA, Número 4, en http://www.tfjfa.gob.mx/investigaciones/abstllasaguasnacionales.html

2. BARKIN, David, coord... "La Gestión del agua en México", Revista: RETOS, DEBATES Y BIENESTAR. Universidad de Guadalajara, 2006.

3. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, María de Lourdes, Aspectos Legales del Agua en México y su impacto en el agua subterránea. Revista REGIONES Y DESARROLLO SUSTENTABLE, II enero- junio, pp. 105-140

4. GARMENDIA CEDILLO Xochitl, La Descentralización como Factor de Transformación de la Economía en México, REVISTA PRAXIS DE LA JUSTICIA FISCAL Y ADMINISTRATIVA, número 5, en: http://www.tfjfa.gob.mx/investigaciones/pdf/ladescentralizacioncomofactordetrans.pdf

5. MADRAZO Jorge, DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO, Vol. P-Z, Edit. Porrúa, IIJ UNAM p. 3094-3095

6. PALERM Jacinta/CHAIREZ Carlos, "Medidas antiguas de Agua", RELACIONES OTOÑo, Vol. 23, número 92. El Colegio de Michoacán, Zamora, México, pp.- 227-251,

7. PINEDA GODOY, Marcos(Jefe del Departamento de Análisis Político, del Centro Nacional de Desarrollo Municipal de la Secretaría de Gobernación y asesor de la Comisión de Participación Ciudadana en la LVI Legislatura de la Cámara de Diputados).; Los retos de la reforma municipal; Documento localizable en: http://www.diputados.gob.mx/cronica57/contenido/cont12/anali7.html

8. PEREVOCHTCHIKOVA, María y ARELLANO-MONTERROSAS José L. Gestión de cuencas hidrográficas: experiencias y desafíos en México y Rusia, REVISTA LATINOAMERICANA DE RECURSOS NATURALES, 4(3): 313-325, 2008, localizado en: http://antiguo.itson.mx/drn/revista/volumenesRevista/vol_4_2008/pdf/numero3/Art_31_Perevochtchikova.pdf

9. SEMBLANZA HISTÓRICA DEL AGUA EN MÉXICO, CONAGUA, noviembre de 2009. Esta publicación forma parte de los productos generados por la Subdirección General de Programación cuyo cuidado editorial estuvo a cargo de la Coordinación General de Atención Institucional, Comunicación y Cultura del Agua de la Comisión Nacional del Agua. Autor: Comisión Nacional del Agua. Editor: Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales.

CONFERENCIAS, FOROS

HERNÁNDEZ GANUNDI, Félix, "Una política alternativa para la gestión del agua", ponencia presentada en el FORO temático "Medio ambiente", realizado el 15 de octubre de 2005, en La Paz, BCS.

FORO: LA AGENDA DEL AGUA. 2030, que se llevó a cabo el martes 21 de junio, se llevó a cabo en el Auditorio Lerdo de Tejada, del Instituto Belisario Domínguez del Senado de la República.

CIBERGRAFÍA

1. LANZ CÁRDENAS José Trinidad, "Régimen Jurídico de las Aguas Interiores de México", localizado en: http://www.bibliojuridica.org/libros/2/957/15.pdf

2. MACEDO, Pablo, "El Código de 1870. Su importancia en el Derecho Mexicano", Bibliojurídicas, localizado en: http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/3/pr/pr16.pdf, p.251

3. ÓRNELAS CELIS Armando "El Régimen Jurídico de los Recursos Geotérmicos en México", Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. www.jurídicas.unam.mx

4. Cuenca hidrográfica. http://hidrologiaujcv.wordpress.com/2011/05/20/cuenca-hidrografica/

5. Definiciones: http://es.wikipedia.org/wiki/Cuenca_hidrogr%C3%A1fica

6. Página de la Cámara de Senadores. http://comunicacion.senado.gob.mx/index.php

7. Página de la Comisión Nacional del Agua. http://www.cna.gob.mx/

8. Página de la ONU. http://www.un.org/es/

9. Página de agua http://www.agua.org.mx/

PACTOS, CONVENIOS INTERNACIONALES, DECLARACIONES DE ORGANISMOS INTERNACIONALES

1. PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES Ratificada por México en 1981
A.G. Res. 2200A (XXI), 21 U.N. GAOR Supp. (No. 16) p. 49, ONU Doc. A/6316 (1966), 993 U.N.T.S. 3, entrada en vigor 3 de enero de 1976. http://www2.ohchr.org/spanish/law/cescr.htm

2. CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Entrada en vigor el 2 de septiembre de 1990, http://www2.ohchr.org/spanish/law/crc.ht

3. LA CONVENCIÓN SOBRE ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LAS MUJERES (CEDEAW) y su protocolo facultativo. , documento localizado en: http://www.zonalibredeviolencia.ipn.mx/DOCUMENTOS/ACUERDOS/2.%20Manual.%20Convenci%C3%B3n%20sobre%20la%20Eliminaci%C3%B3n%20de%20Todas%20las%20Form.pdf

4. OFICINA DEL ALTO COMISIONADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS, CONVENCIÓN SOBRE LA ELIMINACIÓN DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER, 1979, http:/www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/elcedavo_sp.ph.html}

5. RESOLUCIÓN SOBRE DERECHO HUMANO AL AGUA Y EL SANEAMIENTO. A/64/L.63/Rev.1, localizada en: http://www.politicaspublicas.net/panel/agua/dhagua/667-onu-2010-resolucion-agua.html

6. RESOLUCIÓN A/RES/58/217, EL PERÍODO 2005-2015 "DECENIO INTERNACIONAL PARA LA ACCIÓN «EL AGUA, FUENTE DE VIDA» http://www.un.org/waterforlifedecade/pdf/who%20spanish.pdf

7. CONVENIOS DE LA CNA CON LOS ESTADOS http: //www.conagua.gob.mx/CONAGUA07/Noticias/ModeloConvenioOrganismosdeCuenca2011.pdf, son Convenios de Coordinación entre la autoridad federal CNA y los Estados

8. PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. http://www2.ohchr.org/spanish/law/cescr

9. PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES Ratificada por México en 1981 A.G. res. 2200A (XXI), 21 U.N. GAOR Supp. (No. 16) p. 49, ONU Doc. A/6316 (1966), 993 U.N.T.S. 3, entrada en vigor 3 de enero de 1976. Documento localizado en: http://www.rlc.fao.org/frente/pdf/pidesc.pdf

10. TRATADO DE PAZ, AMISTAD, LÍMITES Y ARREGLO DEFINITIVO ENTRE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS Y LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA DE 2 DE FEBRERO DE 1848 (TRATADO DE GUADALUPE) Documento localizable en: http://portal.sre.gob.mx/cilanorte/index.php?option=displaypage&Itemid=68&op=page&SubMenu

11. TRATADO SOBRE LA DISTRIBUCIÓN DE AGUAS INTERNACIONALES ENTRE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (TRATADO DE AGUAS DE 1944) DE 3 DE FEBRERO DE 1944. DOCUMENTO LOCALIZABLE EN: http://portal.sre.gob.mx/cilanorte/index.php?option=displaypage&Itemid=68&op=page&SubMenu

12. COMISIÓN INTERNACIONAL DE LÍMITES Y AGUAS ENTRE MÉXICO Y LOS ESTADOS UNIDOS ACTA 307 firmada en Washington D.C. el 16 de marzo de 2001. Documento localizable en: http://portal.sre.gob.mx/cilanorte/index.php?option=displaypage&Itemid=57&op=page&SubMenu=

13. ASIGNACIÓN A ESTADOS UNIDOS DE AGUAS DEL RÍO BRAVO DURANTE EL ÚLTIMO AÑO DEL CICLO ACTUAL APROBACIÓN MÉXICO – Junio 28, 2002
Estados Unidos – Junio 28, 2002. Documento localizable en: http://portal.sre.gob.mx/cilanorte/index.php?option=displaypage&Itemid=57&op=page&SubMenu=

LEGISLACIÓN

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS
Constitución publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de febrero de 1917
TEXTO VIGENTE
Última reforma publicada DOF 17-08-2011

LEY GENERAL DE BIENES NACIONALES
Nueva Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 20 de mayo de 2004
TEXTO VIGENTE.- Última reforma publicada DOF 31-08-2007

LEY DE AGUAS NACIONALES
Nueva Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 1º de diciembre de 1992
TEXTO VIGENTE. Última reforma publicada DOF 18-04-2008.

LEY FEDERAL DEL MAR Nueva Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 8 de enero de 1986. Fe de erratas DOF 09-01-1986.

LEY GENERAL DEL EQUILIBRIO ECOLÓGICO Y LA PROTECCIÓN AL AMBIENTE DOF 28 de enero de 1988, últimas reformas DOF 28-01-2011

DECRETO DE CREACIÓN DE LA CNA DOF 16 de enero de 1989

DECRETO por el que se reforman y adicionan los artículos 7 Bis y 18 de la Ley de Aguas Nacionales. DOF. 20 de junio de 2011

REGLAS de Operación para los programas de Infraestructura Hidroagrícola y de Agua Potable, Alcantarillado y Saneamiento a cargo de la Comisión Nacional del Agua, aplicables a partir de 2011. DOF de31 de diciembre de 2010

CONSTITUCION POLITICA DEL ESTADO DE AGUASCALIENTES (AGUASCALIENTES, AGS., 13 DE AGOSTO DE 1950).

DECRETO LEY DE AGUAS DEL DISTRITO FEDERALEY DE AGUAS
(Publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 27 de mayo de 2003)

DICCIONARIOS, INFORMES, ESTADÍSTICAS, REPORTES

1. DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO, t .I-O, Edit. Porrúa, IIJ de la UNAM, México 2009, voz elaborada por Jorge Carpizo, p.2577-2578-

2. EL DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA http://buscon.rae.es/draeI/

3. "ANTOLOGÍA DE LA PLANEACIÓN EN MÉXICO", t. V, Secretaría de Hacienda y Crédito Público, Ed. Fondo de Cultura Económica, México 1985.

4. ESTADÍSTICAS DEL AGUA EN MÉXICO, edición 2011,CONAGUA, información localizada en: http://www.conagua.gob.mx/OCB07/Contenido/Documentos/EstadisticaAguamexico2011

5. REPORTE DE WATER GOVERNANCE FACILITY WGF) EL PROGRAMA DE NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO (PNUD) WATER GOVERNANCE FACILITY AT SIWI [Instituto Internacional de Agua de Estocolmo por sus siglas en inglés] (El Centro de la gobernabilidad del agua del PNUD en el SIWI), en 2011, http://www.watergovernance.org/spanishwgf,

6. AGENDA DEL AGUA 2030 COMISIÓN NACIONAL DEL AGUA

7. http://www.conagua.gob.mx/CONAGUA07/Temas/AgendadelAgua2030.pdf

DISEÑO EDITORIAL Y PORTADA
LIC. VERÓNICA GALLOSA HERNÁNDEZ

Quórum

Av. Congreso de la Unión 66
Col. El Parque, C.P. 15960
México, D.F. Edificio I, nivel 2

Tel. 5036-0000
exts. 58140 y 58141

cedip@congreso.gob.mx
www.diputados.gob.mx/cedip

109
Quorum