

6

ENERO-JUNIO 2019

JURÍDICA IBERO

NUEVA ÉPOCA

REVISTA SEMESTRAL DEL DEPARTAMENTO DE DERECHO
DE LA UNIVERSIDAD IBEROAMERICANA

JURÍDICA IBERO NUEVA ÉPOCA

REVISTA SEMESTRAL DEL DEPARTAMENTO DE DERECHO
DE LA UNIVERSIDAD IBEROAMERICANA



Rector

DAVID FERNÁNDEZ DÁVALOS, S. J.

Vicerrectora

SYLVIA IRENE SCHMELKES DEL VALLE

JURÍDICA IBERO

NUEVA ÉPOCA

REVISTA SEMESTRAL DEL DEPARTAMENTO DE DERECHO
DE LA UNIVERSIDAD IBEROAMERICANA

Año 3, núm. 6

enero-junio 2019

UNIVERSIDAD IBEROAMERICANA, A. C.

DEPARTAMENTO DE DERECHO

Director
José Luis Caballero Ochoa

JURÍDICA IBERO

Director
Diego García Ricci

Coordinación Editorial
Iván Escoto Mora

CONSEJO EDITORIAL

Héctor Fix-Fierro	Gilberto Rita Tamés
Mónica González Contró	Juan Federico Arriola Cantero
José Luis Caballero Ochoa	Rodolfo Gómez Alcalá
Olga Sánchez Cordero de García Villegas	Rogelio Flores
Denise González Núñez	Rosalinda Martínez Jaimes
Geraldina González de la Vega	Diego García Ricci
Arturo Cossío Zazueta	

COMITÉ EDITORIAL

Diego García Ricci	Erick Alejandro Hernández Zúñiga
Iván Escoto Mora	Balduino Gómez de la Cruz

JURÍDICA IBERO, año III, núm. 6 es una publicación semestral editada por el Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, A.C. Prol. Paseo de la Reforma 880, Col. Lomas de Santa Fe, Ciudad de México, C.P. 01219. Teléfonos: 5950-5000 ext. 4124. Editor responsable: Diego García Ricci. Número de Certificado de Reserva otorgado por el Instituto Nacional de Derechos de Autor: 04-2016-072816404700-102. Número de Certificado de Licitud de Contenido y de Título: 16843 otorgado por la Comisión Calificadora de Publicaciones y Revistas Ilustradas de la Secretaría de Gobernación. Domicilio de la publicación: Dirección de Publicaciones de la Universidad Iberoamericana. Prol. Paseo de la Reforma 880, Col. Lomas de Santa Fe, Ciudad de México, C.P. 01219. Impresión: Alfonso Sandoval Mazariego, Tizapán 172, colonia Metropolitana Tercera Sección, Nezahualcóyotl, Estado de México. C.P. 57750. Distribución: Universidad Iberoamericana, A.C. Prolongación Paseo de la Reforma 880, Col. Lomas de Santa Fe, Ciudad de México, C.P. 01219. Teléfonos: 55-5950-5000 ext. 7600.

Todo artículo firmado es responsabilidad de su autor. Prohibida la reproducción parcial o total, por cualquier medio o procedimiento, del contenido de la revista, sin autorización previa y expresa, por escrito, de la Universidad Iberoamericana: publica@ibero.mx.

Este número se terminó de imprimir en enero de 2019, con un tiraje de 300 ejemplares.

ÍNDICE

	Página
<i>Editorial</i>	9
<i>“Persuasión coercitiva” y organizaciones criminales En el derecho penal mexicano</i>	13
CARLOS BARDAVÍO ANTÓN	
<i>Examen crítico de la Recomendación General 35, emitida por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos</i>	67
ALEJANDRO DÍAZ PÉREZ ISABEL ANAYANSSI ORIZAGA INZUNZA	
<i>Órganos constitucionalmente autónomos y órganos de relevancia constitucional: de la descentralización administrativa a la autonomía constitucional</i>	91
ADÁN MALDONADO SÁNCHEZ	
<i>Comentarios en torno al principio democrático inserto en el artículo tercero constitucional</i>	117
JAIME CALDERÓN GÓMEZ	
RESEÑA	
Cossío Díaz, José Ramón, <i>Voto en contra</i> , México, Debate, 2019	137
CÉSAR ENRIQUE OLMEDO PIÑA	

INDEX

	Page
<i>Editorial statement</i>	9
<i>“Coercive persuasion” and criminal organizations in the mexican criminal law</i>	13
CARLOS BARDAVÍO ANTÓN	
<i>A critical examination of General Recommendation 35 issued by the National Human Rights Commission</i>	67
ALEJANDRO DÍAZ PÉREZ ISABEL ANAYANSSI ORIZAGA INZUNZA	
<i>Constitutionally autonomous organizations and constitutionally relevant organizations: from administrative decentralization to constitutional autonomy.</i>	91
ADÁN MALDONADO SÁNCHEZ	
<i>Comments on the democratic principle inserted in article third of the constitution</i>	117
JAIME CALDERÓN GÓMEZ	
REVIEW	
Cossío Díaz, José Ramón, <i>Voto en contra</i> , México, Debate, 2019	137
CÉSAR ENRIQUE OLMEDO PIÑA	

EDITORIAL

Este año es de suma trascendencia para todos los que integramos el equipo editorial, pues conmemoraremos el 50 aniversario de *Jurídica Ibero*, Revista Semestral del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana. *Jurídica* se fundó el 12 de septiembre de 1969, en el antiguo complejo arquitectónico ubicado en la colonia Campestre Churubusco de la Ciudad de México, gracias al impulso de Miguel Villoro Toranzo, Manuel Borja Martínez, Héctor González Uribe, Jorge Díaz Estrada, entre otros muchos destacados juristas. En 2016, bajo el nombre de *Jurídica Ibero*, se inició una nueva época; se dejó atrás el formato de anuario, con el fin de darle una mayor periodicidad a la revista, a partir de la publicación de números semestrales, los cuales, hoy día, pueden consultarse en nuestro sitio web. A lo largo de este año, se llevarán a cabo diversas actividades para celebrar los cincuenta años de vida de una revista que, con el paso del tiempo, se ha convertido en un referente en la construcción de la ciencia del derecho en México.

El número que el lector tiene en sus manos se estructuró a partir de dos ejes temáticos; por una parte, exploramos algunos debates que se están presentando entre la sociedad y el derecho en México; y, por la otra, buscamos una nueva aproximación a los órganos constitucionales autónomos, los cuales han aumentado considerablemente en la última década. El resultado fue altamente refrescante.

Iniciamos este número con el artículo “*Persuasión coercitiva*” y *organizaciones criminales en el derecho penal mexicano* de Carlos Bardavío Antón, quien apoyándose en la psicología, el derecho y la sociología, describe el sentido de la persuasión y sus implicaciones coercitivas dentro de las organizaciones caracterizadas como “sectas destructivas”, en las que se configuran dinámicas de violencia que restringen o eliminan la voluntad de sus adeptos para cometer conductas antijurídicas.

El análisis propuesto por el doctor Bardavío Antón aporta elementos para la construcción de un tipo penal caracterizado por la existencia de un elemento subjetivo llamado “engaño coercitivo” y la realización de un resultado material derivado de lo que denomina “consentimiento desinformado”. Este artículo, cabe subrayar, es resultado de la investigación doctoral del autor y constituye un aporte relevante y original a la teoría del delito, no sólo por la problemática de la que deriva la investigación, vinculada con las relaciones socio-culturales y los escenarios de conflicto producidos por extremismos religiosos, sino por el novedoso abordaje multidisciplinario construido por el propio autor.

El segundo artículo se titula *Examen crítico de la Recomendación General 35, emitida por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos*, en el cual Alejandro Díaz Pérez e Isabel Anayanssi Orizaga Inzunza cuestionan la eficacia de una recomendación de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos: la Recomendación 35, para proteger a los pueblos y comunidades indígenas que son despojados de su patrimonio cultural por empresas nacionales y extranjeras, especialmente, aquellas interesadas en la producción textil y alimentaria, en la mercantilización de los saberes tradicionales relacionados con medios alternativos de sanación, o bien, en la explotación de recursos genéticos. La crítica central de los abogados Díaz Pérez y Orizaga Inzunza recae sobre las posibilidades de contención de los procesos industriales de apropiación y reproducción indebida de objetos y saberes de los pueblos, los cuales se encuentran, en la mayoría de los casos, al margen de la protección del derecho de la propiedad intelectual. Se trata de un texto que pone bajo la lupa, como dicen los autores, la eficacia de las instituciones del Estado para garantizar los derechos de los grupos minoritarios, a pesar de contar con los recursos y facultades que un organismo constitucional autónomo detenta, como es el caso de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

Por su parte, Adán Maldonado Sánchez presenta el artículo *Órganos constitucionalmente autónomos y órganos de relevancia constitucional: de la descentralización administrativa a la autonomía constitucional*. El autor analiza el surgimiento de los organismos autónomos, desde su antecedente como órganos descentralizados hasta su incorporación dentro del orden constitucional. A propósito de su estudio, el abogado Maldonado Sánchez establece un marco comparativo entre ambas modalidades de configuración administrativa para distinguirlas y exponer la relevancia de la transición hacia la autonomía. En este trabajo se subraya la importancia política de los órganos autónomos como un elemento incorporado desde la década de 1990 para fortalecer el sistema de pesos y contrapesos entre los Poderes del Estado mexicano, así como para cumplir actividades relevantes para el desarrollo de la nación. A partir de la incidencia de estos órganos en el sistema de equilibrios políticos, el texto problematiza en torno al constitucionalismo contemporáneo. El abogado Maldonado Sánchez aporta datos esenciales sobre la integración de los organismos autónomos establecidos en la Constitución de 1917, lo que permite su comparación y análisis sistemático. Al final del trabajo, plantea algunas ideas sobre la funcionalidad y justificación de los organismos constitucionales autónomos, además de proponer una distinción entre éstos y los “organismos públicos de relevancia constitucional”.

El cuarto artículo es el de Jaime Calderón Gómez titulado *Comentarios en torno al principio democrático inserto en el artículo tercero constitucional*. El doctor Calderón Gómez presenta un análisis de la democracia incorporada como categoría rectora de la educación dentro del sistema constitucional mexicano. Identifica a la democracia como “principio” y la analiza a través de los enfoques de la filosofía del derecho y de los derechos humanos, lo que permite comprender la ampliación de su campo semántico y operativo hasta presentarse como un “sistema de vida”. El doctor Calderón Gómez también problematiza la relación entre educación y democracia, planteando una crítica respecto del cumplimiento de las expectativas formuladas en el orden constitucional.

El número concluye con una reseña del libro *Voto en contra*, de José Ramón Cossío Díaz, escrita por el maestro César Enrique Olmedo Piña.

Estoy convencido que, con esta entrega, el lector podrá adentrarse en algunas discusiones recientes sobre la sociedad y el derecho en México y podrá reflexionar también sobre la funcionalidad de algunas de sus instituciones jurídicas y sociales.

LA VERDAD NOS HARÁ LIBRES

Prof. Dr. Diego García Ricci
Director de *Jurídica Ibero*

“PERSUASIÓN COERCITIVA” Y ORGANIZACIONES CRIMINALES EN EL DERECHO PENAL MEXICANO

“COERCIVE PERSUATION” AND CRIMINAL ORGANIZATIONS IN THE MEXICAN CRIMINAL LAW

Carlos BARDAVÍO ANTÓN*

Resumen

La sociedad está compuesta por complejos sistemas de comunicación, entre los cuales se encuentran las organizaciones religiosas, algunas de ellas calificadas de sectas y otras de destructivas o coercitivas. En las sectas coercitivas la comunicación es deficitaria gracias a una organización totalitaria y sistémica que restringe o elimina la voluntad de los sujetos, por eso los exadeptos suelen denunciar la falta de libertad. Se han analizado las metodologías y técnicas de manipulación que aplican algunos grupos criminales desde diferentes disciplinas científicas como la psicología, la psiquiatría y la sociología; asimismo, se ha estudiado el fenómeno planteado desde el derecho comparado y las problemáticas tipológicas y normativas en la legislación mexicana, el resultado permite mostrar que las diferentes técnicas de persuasión coercitiva no pueden sancionarse por la Ley de Asociaciones Religiosas y de Culto Público, sino que pueden ubicarse en el delito

* Doctor en Derecho por la Universidad de Sevilla (España), profesor de derecho penal en la Universidad Internacional de la Rioja (España), abogado, Socio Director Bardavío Abogados.

Fecha de recepción: 1 de marzo de 2019.

Fecha de aceptación: 28 de junio de 2019.

de amenazas del artículo 282 II en relación con los artículos 51 y 52 del Código Penal Federal, así como en algunos otros tipos, no sin dificultades de enorme calado normativo, por lo que se precisa de una formulación típica del delito de coacciones básico en el Código Penal Federal, aunque en situaciones más graves, cuando se afecta a la salud psíquica, puede ubicarse esta dinámica criminal en el delito de lesiones calificado del artículo 292 del Código Penal Federal.

La insuficiencia de los tradicionales tipos contra la voluntad y contra la integridad psíquica precisa nuevas formulaciones dogmáticas y tipológicas para combatir una fenomenología criminal que, en la psicología, la psiquiatría y la sociología, ya está respaldada con cierto consenso científico. Finalmente, hemos realizado una propuesta de tipificación que resuelve las problemáticas normativas y dogmáticas mediante la armonización de los resultados hallados en las otras ciencias. Además de esta figura criminal centrada en la persuasión coercitiva como injusta, se propone la criminalización de ciertas organizaciones coercitivas dolosas o imprudentes para dotar de sentido normativo a los adoctrinamientos que se nutren de miembros jóvenes, como ocurre en el caso de las acusadas organizaciones criminales que existen en México.

Palabras clave: asociacionismo ilícito, coacciones, control mental, privación de libertad, moral, integridad psíquica, lavado de cerebro, manipulación mental, organizaciones criminales dolosas o imprudentes, persuasión coercitiva, proselitismo ilícito, sectas coercitivas.

Abstract

The Society is composed of complex communication systems, among which are the religious organizations, some of them qualified as Cults and others as destructive or coercive. In coercive Cults the communication is deficient thanks to a totalitarian and systemic organization that restricts or eliminates the will of the subjects, for that reason the ex-adepts usually denounce the lack of freedom. We have analyzed the methodologies and techniques of manipulation applied by some criminal groups from different scientific disciplines such as psychology, psychiatry and sociology, and comparative law and the typological and normative problems in Mexican legislation, resulting in different persuasion techniques coercive can not be sanctioned by the Law of Religious Associations and Public Cult, but everything else can be located in the crime of threats of Article 282 II in relation to Articles 51 and 52 of the Federal Criminal Code, and in some other types, not without difficulties of enormous normative draft, so it requires a typical formulation of the crime of basic coercion in the Federal Criminal Code, although in more serious states when it affects the mental health can be located this criminal dynamic in the crime of coercion aggravated of article 292 of the Federal Criminal Code.

The insufficiency of the traditional types against the will and against the psychic integrity requires new dogmatic and typological formulations to combat a criminal

phenomenology that in psychology, psychiatry and sociology is already supported with a certain scientific consensus. Finally, we have made a typification proposal that resolves the normative and dogmatic problems through the harmonization of the results found in the other sciences. In addition to this criminal figure focused on coercive persuasion as unfair, it is proposed to criminalize certain coercive organizations, with willful misconduct or reckless conduct, to give normative meaning to indoctrinations that from the youth were associated with the accused criminal organizations that exist in Mexico.

Keywords: *illicit association, coercion, mind control, deprivation of freedom, moral integrity, psychic integrity, brainwashing, mind manipulation, intentional and unintentional criminal organizations, coercive persuasion, illegal acts of proselytism, coercive cults.*

I. Introducción: determinación terminológica de sectas, sectas criminales, sectas coercitivas, y dinámicas de persuasión coercitiva

Las sectas y la dinámica criminal habitualmente denunciada como *lavado de cerebro, manipulación mental, persuasión coercitiva, abuso psicológico, dependencia o grupos de manipulación mental* suponen un ámbito de estudio con grandes discrepancias, tanto en la terminología como en su realidad y en la trascendencia jurídico-penal de la fenomenología. Desde los años cincuenta del siglo xx se ha mostrado interés por parte de la psicología y la sociología en las dinámicas de dependencia a las que llevan ciertos comportamientos grupales o relaciones duales. No sorprenderá que afirmemos que esta modalidad criminal interesa especialmente en México, por cuanto ciertos grupos, sectarios o no, y organizaciones criminales captan a jóvenes miembros con fórmulas de adoctrinamiento semejantes a las utilizadas tradicionalmente por las *sectas coercitivas* más peligrosas o por el *yihadismo* terrorista. También son llamativos en México los delitos cometidos en nombre de la Santa Muerte, los *narcosatánicos*, los delitos sexuales cometidos con abuso de la autoridad espiritual y el denominado *coaching coercitivo*. Sin embargo, la legislación mexicana no es clara en cuanto a los tipos penales aplicables a dinámicas en las que se incapacita la libre voluntad mediante técnicas tan específicas como la *persuasión coercitiva* en grupos o relaciones duales, esto a pesar de que en México existen organizaciones de todo tipo que utilizan el proselitismo, la superstición, la fe, la salud o el crecimiento personal para captar seguidores, en definitiva, en ámbitos *trascendentales* del ser humano.

En este sentido, esta investigación trata de aportar soluciones normativas a aquellos casos en los que a un sujeto se le restringe o elimina la capacidad de voluntad, mediante técnicas que la literatura más autorizada en la psicología ha denominado *persuasión coercitiva*. Se comprobará a lo largo de este estudio que dicha dinámica supone una forma de *violencia específica* diferente de las tradicionales formas de violencia (psicológica,

física, en las cosas, doméstica/de género, laboral, etcétera) que sirve a la postre para que la víctima obre en su propio perjuicio (estafas, abusos o agresiones sexuales, trata de personas, etcétera) y que, además, facilita un resultado de lesiones psicológicas. Como veremos a lo largo de este estudio, la legislación mexicana en este aspecto resulta insuficiente, asistemática y contradictoria, lo que precisa de nuevas valoraciones normativas con el objeto de combatir adecuadamente extralimitaciones en el proselitismo. Y si bien es cierto que la inmensa mayoría de los países no regulan criminalmente esta problemática, salvo excepciones que veremos *infra*, esto se debe al desconocimiento o insensibilidad de los operadores jurídicos sobre dichas técnicas de incapacitación de la libre voluntad, como sucedió en su tiempo con la hipnosis no consentida o la violencia psicológica en las relaciones sentimentales.

Pues bien, debemos empezar aclarando las cuestiones terminológicas, que ya de por sí son polémicas y nada pacíficas. El término *secta* fue reintroducido por Max Weber y Ernst Troeltsch,¹ y se contrapuso al tradicional concepto de Iglesia, esto es, una institución obligatoria que administra la gracia divina y cuya adscripción personal es desde el nacimiento,² mientras que en las sectas la adscripción es voluntaria, la *exclusividad*, *meritocracia* y *deber social* delimitan cada grupo. Es evidente que el término *secta* se utiliza de forma peyorativa, pero adolece de determinación jurídica en la delimitación jurídico-penal, cuestión que es importante aclarar.

Tradicionalmente se han denominado “sectas destructivas” a aquellas que crean un vínculo afectivo: una “sectadependencia”, o más propiamente una adicción,³ y que propician trastornos de la personalidad. Otra parte de la doctrina las ha denominado *nuevos movimientos religiosos* con el fin de eliminar la connotación peyorativa del término *secta*, sin embargo, como suele decirse, muchos de estos grupos ni son nuevos ni son estrictamente religiosos. En Alemania se les ha denominado “psicogrupos” (*Psychogruppen*) en relación con el intrusismo profesional que denunciaba el informe elaborado para el

¹ Este artículo se corresponde en esencia al publicado originalmente en la revista española, *La Ley Penal*, núm. 128, 2017, bajo el título “La relevancia típica de la ‘persuasión coercitiva’: propuesta de tipificación”, el cual cuenta con abundante normativa española, el cual, ahora, he reformulado con base en la legislación mexicana. Agradezco a los profesores de derecho penal de la Universidad del Valle de México, Víctor Manuel García, doctor *honoris causa* Marco Antonio Chávez Vaca y, especialmente, al juez del Estado de México Gerardo Romero Castro, al doctor Ricardo William Sánchez Rocha de la Universidad De La Salle Bajío (Guanajuato) y a mi colega de la Universidad Iberoamericana de Ciudad de México, doctor Gilberto Santa Rita Tamés, las inestimables apreciaciones sobre la legislación mexicana.

Para un estudio profundo remitimos al lector a mi obra: Bardavío Antón, Carlos, *Las sectas en derecho penal: estudio dogmático de los delitos sectarios*, Barcelona, J. M. Bosch Editor, 2018. Esta monografía corresponde en esencia a mi tesis doctoral defendida el 10 de febrero de 2017 en la Universidad de Sevilla, España.

Weber, Max, *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, ed. Jorge Navarro Pérez, pról. de José Luis Villacañas, Madrid, Istmo, 1998, pp. 153 y ss., 265 y ss.; Troeltsch se contraponen en parte a Weber, Troeltsch, Ernst, *The social teaching of the Christian churches*, New York, McMillan, 1931.

² Weber, M., *Ensayos sobre sociología de la religión*, Madrid, 1992, vol. I, pp. 207 a 231, vol. II, pp. 15 y 16; Weber, M., *Sociología de la religión*, Buenos Aires, La Pléyade, 1978, p. 114 y ss.

³ Rodríguez, Pepe, *Adicción a sectas*, Barcelona, Ediciones B, 2000, p. 29, y pp. 63 y ss.; Rodríguez, Pepe, “La sectadependencia, otra forma de adicción”, *Estudios de Juventud*, ejemplar dedicado a *Juventud, Creencias y Sectas*, núm. 53, 2001, pp. 153 y ss.; se muestran partidarios también de la analogía con la adicción, Cuevas Barranquero José Miguel y Canto Ortiz Jesús M., *Sectas. Cómo funcionan, cómo son sus líderes, efectos destructivos y cómo combatirlos*, Málaga, Aljibe, 2006, pp. 61-63; Echebarría Echabe, Agustín, “Procesos grupales y construcción de la identidad: el caso de las sectas”, en Ordeñana, Juan Goti (ed.), *Aspectos socio-jurídicos de las sectas desde una perspectiva comparada*, Guipúzcoa, The Onati International Institute for the Sociology of Law, 1991, p. 49.

Bundestag en 1998 referente al uso de *técnicas pseudo-terapéuticas*.⁴ En los últimos años, en Francia se ha analizado la problemática como relaciones sociales que van a la deriva o relaciones consistentes en desviaciones sectarias (*deriva sectaria*).⁵ Precisamente esta concepción totalizadora está dando resultados en la comprensión de esta tipología criminal. Por ejemplo, en España la terminología que parece estar imponiendo en el ámbito de la psicología hace referencia a la dinámica grupal y su relación con ciertos abusos: “grupo de abuso psicológico” o “grupo de manipulación psicológica” (GMP).⁶ De tal forma se explica el cambio de la fenomenología de las tradicionales sectas coercitivas de tipo religioso a las más actuales que utilizan otros ámbitos como las pseudoterapias (*pseudomedicinas*) o aspectos del *coaching*, y a las que actualmente se las denomina gráficamente *sectas 2.0*. En este sentido, cualquier grupo, sea una Iglesia tradicional, empresa, asociación, o cualquier relación dual, puede comportarse de forma injusta, en nuestro caso, creando una limitación o anulación de la capacidad de la voluntad del adepto, asociado o del tercero. Esta es la cuestión *stricto sensu* de la problemática, más allá de la modalidad organizativa u origen de la relación, esto es, cuando se afecta a un bien jurídico indispensable en la sociedad: la capacidad de libre voluntad de las personas.

Por nuestra parte consideramos que el término *persuasión coercitiva*, que hace años ya tuvo cierto respaldo,⁷ es el más adecuado porque el sustantivo *persuasión* se refiere a la dinámica de captación y técnicas concretas de persuasión, y con el adjetivo *coercitivas* se consigue asociarlo al concepto de *coacción*. Con el adjetivo *coercitivas* se expresa con mayor claridad la naturaleza criminal y normativa de los delitos contra la libertad de obrar en general, concretamente con la comisión de un delito de coacciones agravado, y esto a diferencia de la denominación “grupos de manipulación psicológica” con la que se señala generalmente cualquier otro ámbito.

⁴ La comisión alertaba sobre la dependencia psicológica que se crea en diversas situaciones, como en las psicoterapias. Véase ampliamente el informe de Comisión de Investigación ordenada por el Parlamento alemán por decisión de 9 de mayo de 1996 (Documento 13/4477) sobre “Las llamadas sectas y psicogrupos”, *Endbericht der Enquete-Kommission “Sogenannte Sekten und Psychogruppen”*, *Deutscher Bundestag*, Drucksache 13/10950, 13. Wahlperiode, de 9 de junio de 1998, pp. 79 y 80.

⁵ Fournier, Anne y Monroy, Michel, *La dérive sectaire (Le sociologue)*, París, PUF, 1999; Fournier, Anne y Picard, Catherine, *La falsa espiritualidad y la manipulación de los individuos. Sectas, democracia y mundialización*, trad. de Lucas Verma, Barcelona, Paidós, 2004, pp. 32 y ss.; Perlado, Miguel, “Sectas, derivas sectarias y relaciones sectarias”, *Traspasos, Revista de investigación sobre abuso psicológico*, núm. 6, 2015, pp. 3-7, disponible en: <http://revista.aitap.org/sectas-derivadas-secarias-y-relaciones-sectarias/>; *Rapport au Premier Ministre*, MIVILUDES, La Documentation Française, París, 2003, pp. 5 y ss.

⁶ Langone, Michael D., “Psychological abuse”, *Cultic Studies Journal*, vol. 9, 1992, pp. 206-218; Langone, Michael D., “La investigación en el ámbito de las sectas”, ponencia presentada en el II Congreso Internacional de Grupos Totalitarios y Sectarismo, 23 y 24 de abril de 1993, Barcelona, en Silletta, Alfredo, *La ofensiva de las sectas. Los falsos mesías en la Argentina*, Buenos Aires, Planeta, 1995, Colección Argentina Hoy, pp. 91-123; conforme también, Cuevas Barranquero, José Miguel, *Evaluación de persuasión coercitiva en contextos grupales*, Málaga, Publicaciones y Divulgaciones, Facultad de Psicología, Universidad de Málaga, 2016, pp. 57, 261 y ss.; Almendros Carmen *et al.*, “Abuso psicológico en grupos manipuladores”, *Behavioral Psychology/Psicología Conductual*, vol. 19, núm. 1, 2011, monográfico dedicado al *Abuso psicológico*, pp. 157 a 182; Pascual, Jordi y Vidaurrázaga Meza, Enrique, *Grupos de manipulación psicológica en Cataluña, situación y conceptos*, Carles Riera i Albert y Jordi Pascual i Saüc (dirs.), AIS, Servicio de Estudios, 2005, pp. 23 y ss.

⁷ En coherencia denomina a dichas técnicas “persuasión coercitiva”, Rodríguez-Carballeira, Álvaro, “El fenómeno de las sectas coercitivas”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, ejemplar dedicado a *Sociología de grupos pequeños: sectas y tribus urbanas*, Andrés Canteras Murillo (dir.), núm. 11, 2000, pp. 229; Rodríguez-Carballeira, Álvaro, “La actuación de las sectas coercitivas”, *Eguzkilore*, San Sebastián, núm. 18, diciembre de 2004, pp. 248 y ss.

En cuanto a lo que nos interesa, en las sectas o en ciertas relaciones impera una *comunicación trascendental* respecto a un determinado ámbito o varios (religión, filosofía, moral, salud, economía, amor, etcétera). De ahí que podamos definir como secta o relación sectaria a *aquella agrupación de personas o relación de sujetos que la sociedad percibe como una vinculación trascendental sobre una creencia, ideología o fin común con independencia de la naturaleza de esta, y que en el acervo social se considera por su estructura, conductas, credos o ideales, un perjuicio para el modelo tradicional de convivencia.*

Desde esta perspectiva, las sectas o relaciones sectarias pueden ser *criminales* cuando su organización supone un peligro objetivo a la operatividad de la sociedad o cometen cualquier *delito-fin* en el seno de la organización o relación, y entre éstas están, las especialmente coercitivas, aquellas que utilizan particularmente la persuasión coercitiva, es decir, la limitación o anulación de la capacidad de libre voluntad del sujeto para configurar la operatividad de la organización criminal o relación coercitiva, y que sirve a la postre para perpetrar ese mismo u otros delitos-fin.

Partimos de la concepción del *funcionalismo normativo* y las bases de la moderna teoría de la *imputación objetiva*. El *funcionalismo normativo* explica con mayor acierto la infinidad de posibilidades delictivas en la relación del trinomio *sociedad, persona, norma*.⁸ En concreto, mediante el funcionalismo podemos explicar sistemas organizacionales sin una jerarquía criminal clara o establecida, o relaciones sectarias sin una organización finalística criminal, es decir, tanto organizaciones como relaciones sistémicas, lo mismo dolosas que imprudentes, o bien peligrosas para la operatividad de una sociedad basada en las libertades fundamentales. Desde el funcionalismo normativo se pueden explicar todas las dinámicas de comportamiento sobre la base del moderno Derecho penal, el cual pone su prevención en distintas formas de comisión delictiva (delitos de peligro, consumación anticipada), bienes jurídicos colectivos y pluriofensivos, intervención delictiva en los estados previos a la consumación; cuestiones que a nuestro entender no pueden ser explicadas por otras corrientes dogmáticas como el finalismo y el causalismo.

La peligrosidad inherente a este tipo de grupos se puede concretar en los siguientes conceptos normativos que, a la vez, sirven de criterios de imputación objetiva basados en el funcionalismo normativo.⁹

- a) El *consentimiento desinformado*. El adepto no sabe en qué grupo está entrando, está desinformado de los dogmas/ideales/tratamientos a los que se somete. Si en toda vinculación de naturaleza *contractual* ha de existir plena información previa, también en la asociada a la moral y las creencias.

⁸ Jakobs, Günther, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*, trad. de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez, Madrid, Civitas, 1996, pp. 25 y ss.; véase también para el derecho mexicano, Polaino-Orts, Miguel, *Funcionalismo normativo. Bases dogmáticas para el nuevo sistema de justicia penal, fundamentos y función del derecho penal*, Ciudad de México, Centro de Estudios Superiores en Ciencias Jurídicas y Criminológicas, 2014, t. I, pp. 66 y ss.

⁹ Más ampliamente, Bardavío Antón, C., *Las sectas en derecho penal: estudio dogmático de los delitos sectarios*, cit., pp. 579 y ss.

- b) *Déficit de garantía de expectativa cognitiva o de confianza especial.* El grupo y su dinámica comportamental crean la apariencia de la infalibilidad de la oferta, se crea una confianza tan especial que reduce las expectativas sociales y jurídicas de la víctima de tal modo que todos quienes participan en la garantía deficitaria (al menos con cierto conocimiento) son competentes de este mundo confiable, esto es, una *comunidad de confianza riesgosa*.

Pues bien, a las sectas se les reprocha habitualmente por exadepptos y grupos de presión utilizar técnicas de persuasión que merman la capacidad de libre voluntad. Los exadepptos suelen denunciar comúnmente: “no quería hacer lo que se me pedía o no sabía los riesgos que suponía hacer lo que se me pedía”. Estas técnicas se han estudiado desde diferentes prismas y modelos científicos.

En concreto, el *modelo del lavado de cerebro* se basa en que es posible controlar la voluntad de las personas (“reforma del pensamiento”,¹⁰ “persuasión coercitiva”,¹¹ “debilidad, dependencia y temor” Síndrome *DDD* en sus siglas en inglés,¹² o el *MK-Ultra*).¹³ La *persuasión coercitiva* —en palabras de Singer y Lalich— consiste en “mantener a los sujetos inconscientes de que se los manipula y controla, en especial no permitirles percatarse de que se los hace avanzar por un sendero de cambio que los lleva a servir intereses que los perjudican”.¹⁴ De otra parte, el *modelo causal sociológico y antropológico*¹⁵ se basa en las relaciones que se producen en el sistema sectario desde la perspectiva del converso/adepto. En nuestra opinión, este último modelo analiza el sectarismo más convenientemente como interacción del trinomio *sociedad/individuo/rol*. Subrayan al respecto Zimbardo¹⁶ y otros que la gravedad y la fuerza de la persuasión se debe a

¹⁰ Lifton, Robert, *Thought Reform and Psychology of Totalism: A Study of Brainwashing in Red China*, Nueva York, Norton, 1961, pp. 419-425.

¹¹ Schein, Edgar H. et al., *Coercive Persuasion: A socio-psychological Analysis of the Brainwashing of American Civilian Prisoners by the Chinese Communists*, Nueva York, W. W. Norton, 1961. Denominación que en parte se ha impuesto gracias a Rodríguez-Carballeira al considerarla más neutral y precisa en función del objetivo ilícito que persiguen algunos grupos a través de las técnicas de persuasión coactivas; Rodríguez-Carballeira, A., “La persuasión coercitiva en sectas: ¿Una nueva teología?”, *Papers d'Estudis i Formació*, núm. 9, junio de 1992, p. 61; Rodríguez-Carballeira, A., *Psicología de la persuasión coercitiva*, Barcelona, Universitat de Barcelona, 1992; Rodríguez-Carballeira, A., *El lavado de cerebro*, Barcelona, Boixareu Editores, 1992; Rodríguez-Carballeira, A., “Sectas coercitivas y juventud”, *Estudios de Juventud*, ejemplar dedicado a *Juventud, Creencias y Sectas*, núm. 53, 2001, pp. 117-129; Rodríguez-Carballeira, A., “El fenómeno de las sectas coercitivas”, *cit.*, pp. 225-266; Rodríguez-Carballeira, A., “La actuación de las sectas coercitivas”, *cit.*, pp. 247 a 268; Rodríguez-Carballeira, Alvaro y Almendros, Carmen, “Análisis de las sectas coercitivas y de su principal problemática jurídica”, *Psicología Jurídica*, 2006, pp. 335-362.

¹² Farber I. E. et al., “Brainwashing. Conditioning and D. D. D.”, *Sociometry*, vol. 20, pp. 271-285.

¹³ Programa secreto de la CIA bajo el nombre de *MK-Ultra* cuyo fin era el “control mental” mediante drogas como el LSD. Más ampliamente, Cuevas Barranquero, J. M. y Canto Ortiz J. M., *Sectas. Cómo funcionan*, *cit.*, pp. 54-56; Cuevas Barranquero, J. M., *Evaluación de persuasión coercitiva en contextos grupales*, *cit.*, pp. 235 y ss.

¹⁴ Singer Margaret, Thaler y Lalich, Janja, *Las sectas entre nosotros*, Barcelona, Gedisa, 1997, p. 77; en el mismo sentido, de la Calle, Agustín, *Sectas y derecho en España*, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 1990, p. 179; Jordán Villacampa, María Luisa, “Aproximación al tema de las sectas pseudoreligiosas”, *Dimensiones jurídicas del factor religioso. Estudios en homenaje al profesor López Alarcón*, Murcia, 1987, p. 258.

¹⁵ Lofland John y Stark Rodney, “Become a World-Saber: a theory of conversion to a deviant perspective”, *American Sociological Review*, vol. 30, 1965, pp. 862-875.

¹⁶ Véase Cuevas Barranquero, J. M. y Canto Ortiz, J. M., *Sectas. Cómo funcionan*, *cit.*, pp. 48 y 49; véase Cuevas Barranquero, J. M., *Evaluación de persuasión coercitiva en contextos grupales*, *cit.*, pp. 243 y ss.; con detalle, Zimbardo, Philip,

factores intrínsecos de la misma (son técnicas mundanas) y que alcanzan repercusión con el control social.

Los condicionantes que suelen apreciarse para darse las notas propicias para la *influencia social persuasiva* son la credibilidad de la fuente y su poder, el atractivo de la fuente, la semejanza, la reciprocidad, la coherencia, la validación social, la simpatía y la confianza, entre otras.¹⁷ En concreto se comenta que la dinámica criminal de las sectas comienza con la *captación* o *reclutamiento* de personas susceptibles de entrar en una determinada tipología sectaria. Posteriormente se somete al adepto a técnicas fisiológicas y psicológicas de persuasión extremas,¹⁸ y finalmente se le intimida si no funcionan las anteriores. El grupo sectario o la relación en sí ofrece un *consuelo*, una *salvación-sanación* o *producto*, pero dicha oferta se realiza bajo diversas formas de control y técnicas que desconoce la víctima que pueden ser asociadas a una forma de violencia específica, al limitar o anular la capacidad de libre voluntad sin ser apreciada por la víctima (alevosía, abuso de superioridad y de confianza). Entre dichas técnicas podemos señalar las siguientes:

- a) el *control ambiental*, esto es, el dominio de las circunstancias de tiempo y lugar (aislamiento, control de la información);
- b) el *control cognitivo*, por ejemplo, la denigración del pensamiento crítico, la mentira y el engaño (*teoría de la mente*), la condescendencia e identificación al grupo, el control de la atención y del lenguaje, la alteración de las fuentes de autoridad;
- c) las técnicas de inducción de estados disociativos mediante el uso de drogas, síndromes de abstinencia sin tratamiento facultativo especializado y autorizado legalmente, los cánticos, las oraciones, la meditación excesiva, la hipnosis, los trances, la imaginería guiada, los falsos recuerdos inducidos y la indefensión aprendida;
- d) las técnicas indirectas, como la revisión de la historia personal;
- e) la *presión de los pares* y el *modelado*,¹⁹ que consiste en la presión a los potenciales miembros para que imiten conductas;

El efecto lucifer. El porqué de la maldad, trad. de Genís Sánchez Barberán, 5a. reimp. de la 1a. ed. en esta presentación 2011, Barcelona-Buenos Aires-México, Paidós, 2016, pp. 349 y ss.

¹⁷ Detalladamente sobre la influencia social y persuasión, Canto Ortiz, J. M., *Psicología social e influencia. Estrategias del poder y procedimientos de cambio*, Málaga, Aljibe, 1994; Canto Ortiz, J. M., *Psicología de los grupos: estructura y procesos*, Málaga, Aljibe, 1998; Cuevas Barranquero, J. M. y Canto Ortiz J. M., *Sectas. Cómo funcionan*, cit., pp. 39 y ss.; Cuevas Barranquero, J. M., *Evaluación de persuasión coercitiva en contextos grupales*, cit., pp. 165 y ss.

¹⁸ Para un estudio conjunto y comparado, Cuevas Barranquero, J. M., *Evaluación de persuasión coercitiva en contextos grupales*, cit., pp. 153 y 154, pp. 289 y ss.; Cuevas Barranquero J. M. y Canto Ortiz J. M., *Sectas. Cómo funcionan*, cit., pp. 36 y ss.; Enroth, Ronald S., *Las sectas y la juventud*, Tarrasa, Clie, 1980; Singer M. T. y Lalich J., *Las sectas entre nosotros*, cit., pp. 166 y ss.; Rodríguez, P., *Adicción a sectas*, cit., pp. 47 y ss.; Rodríguez, P., *Las sectas hoy y aquí*, 3a. ed., Tibidabo, 1991, pp. 26 y ss.; Rodríguez, P., *El poder de las sectas*, Ediciones B, Barcelona, 1989, pp. 51 y ss.

¹⁹ En palabras de Singer y Lalich, esta técnica consiste en "aumentar el potencial reclutador de los miembros, los grupos enseñan a los miembros a sonreír, parecer felices, ser amistosos y prestar atención a los recién llegados". Es una técnica de modelo, que se reduce a la imitación, Singer M. T. y Lalich J., *Las sectas entre nosotros*, cit., pp. 180 y 181.

- f) la *manipulación personal* con la cual se pretende que el sujeto actúe conforme a los beneficios que ofrece la secta.²⁰

No obstante, se comenta acertadamente que el uso deliberado de la influencia u otras técnicas (mundanas) son en principio lícitas, por ejemplo, el *marketing*, si bien se reconoce que “no es del todo necesaria la intencionalidad”,²¹ y es que ciertas dinámicas grupales son susceptibles de generar el mismo resultado sin intencionalidad o dolo, cuestión con la que estamos de acuerdo y da un giro al ámbito de estudio al fundamentar las conductas imprudentes. Y se comenta que supone una función de “retroalimentación” entre los miembros del grupo.²² Por ejemplo, en la *manipulación psicoterapéutica* se hace creer al sujeto que la única forma de recuperar su salud física o mental será a través de las directrices sanadoras del líder.

En conclusión, las técnicas o estrategias de persuasión o de influencia no son estrictamente injustas o delictivas, constituyen técnicas mundanas; pero la unión de varias, su frecuencia o intensidad, su finalidad o contexto riesgoso constituye una claro injusto cuando limita o anula la capacidad de obrar en general o supone un “proselitismo engañoso” mediante diferentes niveles de verdad,²³ esto es, como *engaño coercitivo* cuando se ocultan datos relevantes sobre el sentido de lo que se informa como seguro, lo cual acaba por limitar la capacidad de libre voluntad. En tales casos surge la *persuasión coercitiva* como *injusto* si tratamos la fenomenología desde una postura *sistémica*.²⁴

II. Derecho comparado

Prácticamente ningún país tiene una regulación específicamente combativa contra el fenómeno sectario, o bien las relaciones sectarias que incapacitan la libre voluntad

²⁰ Comenta Cuevas Barranquero que “(l)a persuasión implicaría dirigir un mensaje a una audiencia con la intencionalidad de formar, reforzar o cambiar sus actitudes... la influencia abarcaría cualquier forma de cambio, intencionalidad o no, e incluiría la persuasión; mientras que esta última requeriría intencionalidad de cambio por parte de la fuente de influencia, tratando de modificar o generar nuevas actitudes o comportamientos. Los procesos persuasivos pertenecen al universo más amplio de la influencia social”, Cuevas Barranquero, J. M., *Evaluación de persuasión coercitiva en contextos grupales*, cit., p. 86, pp. 220 y ss., ampliamente pp. 148 y ss., con referencias a Hovland y seguidores, véase Hovland Carl I. et al., “Communication and persuasion”, *Psychological studies of opinion change*, New Haven, Yale University Press, 1953.

²¹ Cuevas Barranquero, J. M., *Evaluación de persuasión coercitiva en contextos grupales*, cit., p. 262.

²² Si bien se refiere a delirios compartidos, Perlado, M., “La atadura sectaria”, *Intercambios, Papeles de Psicoanálisis*, núm. 15, 2005, pp. 27-35.

²³ Baamonde, José María, *La manipulación psicológica de las sectas*, Madrid, Ediciones San Pablo, 2003.

²⁴ Tomamos como hipótesis de trabajo las sectas o relaciones sectarias como sistemas sociales que fomentan precisamente la libertad de conciencia y religiosa, pero, por otro lado, no se ha analizado en la doctrina penal el peligro que suponen ciertas estructuras, comunicaciones y dogmas totalitarios que utilizan medios que ponen en peligro la libertad de obrar en general. En nuestra opinión, y utilizando un modelo sistémico, el desarrollado novedosamente por Luhmann (*por todos*, Luhmann, Niklas, *Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general*, trad. de Silvia Pappe y Brunhilde Erke, bajo la coordinación de Javier Torres Nafarrate, 2a. ed., Anthropos, México, 1998) y, trasladando sus principios a las dinámicas grupales o relaciones, estructura, jerarquía y roles en el sectarismo religioso o trascendental y especialmente en el criminal, se alcanza el paradigma de que en las *relaciones o sectas coercitivas*, pero también en las organizaciones criminales en general, dicho sistema *reduce la complejidad* del objetivo pero también crea a la vez un riesgo al eliminar alternativas de comportamiento conforme a las ofrecidas por el mayor sistema, el sistema de libertades. Esto se puede apreciar en *dinámicas sectarias totalitarias* y el ejercicio progresivo sutil asociado al “aislamiento cultural”, la “obediencia a la autoridad”, y al uso de “técnicas de persuasión”.

mediante las técnicas señaladas por la literatura científica, a excepción de algunos casos aislados que analizaremos *infra* o algunos intentos en Argentina²⁵ y Colombia.²⁶

Se han hecho esfuerzos para restaurarlo en Italia con el *delitto di plagio*. El artículo 603 del Código Penal italiano tipificaba este delito que, sin embargo, fue declarado inconstitucional²⁷ y el cual establecía: “(q)uien somete a una persona al propio poder, reduciéndola a un estado de total sujeción, será castigado con la reclusión de cinco a quince años”. No obstante, el actual artículo 613 CP italiano vigente sanciona el delito sobre el “estado de incapacidad adquirida mediante violencia”,²⁸ que en su expresión típica parece comprender medios como las técnicas de persuasión coercitiva; sin embargo, lo asocia a resultados en la integridad psíquica: “con cualquier otro medio, pone a una persona, sin su consentimiento, en estado de incapacidad de entender o querer”.

En Alemania se creó un organismo de vigilancia de sectas y psicogrupos (*Bundestelle für Sektenfragen*), una comisión de investigación en el parlamento, varios proyectos legislativos y un tipo penal, el de la usura, que tiene ciertas reminiscencias con una modalidad criminal de persuasión coercitiva cuando se explota la falta de juicio o la debilidad relevante de voluntad.²⁹

En España, el Grupo Popular presentó en 1995 unas enmiendas al Proyecto del Código Penal³⁰ que planteaban la *protección penal del derecho a la formación de la conciencia* a través de un tipo,³¹ pero fue rechazado por la indeterminación normativa y probatoria que recogía la formulación “medio ilegítimo de persuasión”.

²⁵ En 2009, en la provincia de Córdoba se planteó un proyecto de ley en relación a los grupos que usan técnicas de manipulación psicológica que finalmente fue aprobado por la Ley 9891 de Prevención y Asistencia a las Víctimas de Grupos que usan Técnicas de Manipulación Psicológica, sancionada el 9 de noviembre de 2011 y reglamentada por Decreto 564 del 3 de junio de 2013, y que se refiere a aquellas *organizaciones* que propician la *destrucción de la personalidad* y los *lazos de comunicación* cuando se emplean “en su dinámica de captación o adoctrinamiento técnicas de persuasión coercitivas”.

²⁶ El Proyecto de Ley 055 de 2010 de Colombia dentro del capítulo dedicado a los delitos contra el sentimiento religioso y el respeto a los difuntos, iba a incluir un tipo específico de *constreñimiento religioso*. Más ampliamente, véase Bardavío Antón, C., *Las sectas en derecho penal: estudio dogmático de los delitos sectarios*, cit., p. 466.

²⁷ El Tribunal Constitucional italiano en la sentencia núm. 96, de 8 de junio de 1981, razonaba la inconstitucionalidad por la falta de concreción del tipo penal que se exige en el artículo 25 de su Constitución, y esto porque según refiere la sentencia, se debe a “la imposibilidad de encontrar en la realidad un estado total de sujeción, idóneo para suprimir íntegramente (y no *cuasi* íntegramente) toda la libertad y autonomía de determinación del sujeto que se considera plagiado”, y de tal modo, en la imposibilidad de demostrar “según los conocimientos y experiencias actuales, de que puedan existir seres capaces de obtener con sólo medios psíquicos la total sujeción de una persona”, véase Martín Sánchez, Isidoro, *El derecho a la formación de la conciencia y su tutela penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, pp. 321 y ss. (*Giustizia Penale*, 1981, pp. 226 y ss.).

²⁸ Preceptúa el artículo 613 CP italiano: “El que, mediante sugestión hipnótica o en vigilia, o mediante el suministro de sustancias alcohólicas o estupefacientes, o con cualquier otro medio, pone a una persona, sin su consentimiento, en estado de incapacidad de entender o querer, será sancionado con reclusión hasta un año. El consentimiento prestado por las personas mencionadas en el último párrafo del artículo 579 no excluye la punibilidad. La pena será de prisión hasta cinco años: 1° si el culpable ha actuado con el fin de hacer que se cometa un delito; 2° si la persona incapaz comete, en tal estado, un hecho previsto en la ley como delito”.

²⁹ Véase Fournier A. y Picard C., *La falsa espiritualidad y la manipulación de los individuos. Sectas, democracia y mundialización*, cit., pp. 215 y ss. El Parlamento alemán se planteó la regulación de ciertas dinámicas de persuasión coercitiva en las empresas piramidales, en personas jurídicas de índole religiosa o ideológica relacionadas con la venta de productos, en los trabajos voluntarios de los adeptos que podían contravenir la seguridad social, y en la psicoterapia (*psicomercado*), véase Endbericht der Enquete-Kommission, “Sogenannte Sekten und Psychogruppen”, cit., pp. 79 y ss., 147 y ss.

³⁰ Enmienda núm. 499, *Boletín Oficial de las Cortes Generales* de 6 de marzo de 1995 (Serie A, núm. 77-6, p. 232) y Enmienda núm. 706 de 21 de septiembre de 1995 (núm. 87, p. 297).

³¹ El tipo rezaba así: “El que, mediante cualquier medio ilegítimo de persuasión, violare el derecho de otro a la libre formación de su conciencia, impidiéndole así la elección de una ideología, religión o creencia, será castigado con la pena de prisión de dos a cuatro años”.

Finalmente se introdujo el delito de *asociacionismo ilícito* del artículo 515.3 CPE en su redacción Ley Orgánica 10/1995 CPE (ahora 515.2 CPE),³² que criminaliza la *asociación* cuando se “empleen medios violentos o de alteración o control de la personalidad para su consecución”, esto es, se criminaliza la *agrupación de personas* que utilicen estos medios delictivos aunque el fin sea lícito. Dicho de otra forma, se criminaliza el *sistema de injusto* que supone la agrupación de personas que empleen estos medios ilícitos aun sin un resultado perjudicial. Es decir, la criminalización de una asociación ilícita vía 515 CPE tiene el mismo fundamento de punibilidad que cualquier organización criminal, incluso las terroristas,³³ pero con la diferencia de que la primera tiene legalidad formal.

Mas si cabe, refuerza este planteamiento el hecho de que actualmente en España, la intervención del líder y miembros activos ya no se encuentra criminalizada como antes en el artículo 517.1 y 2 CPE en su redacción de la Ley Orgánica 10/1995 del Código Penal, lo que obliga a considerar que el actual artículo 515.2 CP criminaliza la asociación y la declara ilegal, es decir, ordena su disolución e impone penas accesorias (artículos 520 y 129 CPE). No obstante, en su vigencia de 1995 hasta el 2016, la criminalización de la intervención del líder y miembros activos en el artículo 517.1 y 2 CP respondía a la criminalización por *pertenencia* semejante al del jefe y miembros activos de una organización, grupo o banda criminal (artículo 570 CP), lo que no impedía la criminalización tanto de la asociación en aquel momento (515.3 CP), como la dirección y la pertenencia (artículo 517.1 y 2 CP) y el injusto autónomo de la persuasión coercitiva.

Actualmente, como decíamos, después de la Ley Orgánica 1/2015, el artículo 515 CPE contempla cuatro supuestos, pasando el supuesto que nos compete del artículo 515.3 al 515.2, pero el artículo 517 CPE, tras dicha modificación, se refiere a *casos previstos en los números 1.º y 3.º al 6.º del artículo 515*. En puridad esta modificación descriminaliza la intervención del líder y de los miembros activos en la comisión del artículo 515 CPE, porque el artículo 517 CPE no contempla el 2º supuesto de asociacionismo ilícito que estamos tratando, lo que se debe o a un descuido del legislador o precisamente a la reafirmación del injusto autónomo de la persuasión coercitiva en otro tipo delictivo. No obstante, este delito asociativo nunca ha sido aplicado en España, no existe ninguna condena al respecto, y esto se debe a la precaria redacción que por un lado no especifica, ni en el tipo ni en ninguno otro por remisión, qué es la alteración o control de la personalidad; y por otro, no se sanciona desde la reforma del 2015 la intervención personal de los sujetos, sólo se declara ilícita la asociación, lo cual es claramente insuficiente como respuesta a los perjuicios sufridos por las personas en su capacidad de libre voluntad.

Principalmente son Francia y Bélgica los países que claramente han combatido penalmente las dinámicas de persuasión coercitiva, otros como Luxemburgo, y recientemente Reino Unido e Irlanda, actúan frente a la violencia doméstica y de género. En Bélgica se

³² Artículo 515 CP español: “Son punibles las asociaciones ilícitas, teniendo tal consideración: 2º Las que, aun teniendo por objeto un fin lícito, empleen medios violentos o de alteración o control de la personalidad para su consecución”.

³³ Rodríguez-Carballeira Álvaro *et al.*, “Un análisis psicosocial del grupo terrorista como secta”, *Revista de Psicología Social*, ejemplar dedicado a *Explicaciones y análisis sobre la violencia terrorista*, vol. 24, núm. 2, 2009, pp. 183-195.

aprobó la Ley de Información sobre la Seguridad del Reino de Bélgica,³⁴ se creó el organismo especializado de vigilancia (CIAOSN) y finalmente se aprobó la Ley de 26 de noviembre de 2011 que modifica y completa el Código Penal para tipificar en su artículo 442 *quater* el abuso de una posición de debilidad de las personas como delito dentro del capítulo dedicado al acoso, en el artículo 442 *bis* como agravante del delito de acoso, y en el apartado décimo del artículo 433 como delito contra el patrimonio como modalidad del abuso de la vulnerabilidad en la venta, el alquiler o proporcionando bienes para lograr un beneficio anómalo.³⁵

Críticamente se puede sostener que, a pesar de ser un acierto, la redacción del artículo 442 *quater* en su Código Penal entremezcla las coacciones por dichas técnicas, con resultados serios en la integridad física o psíquica y en el patrimonio, con la pena de un mes a dos años de prisión y multa. Consideramos que es un error asimilar las coacciones con la integridad psíquica, al menos porque de esta manera se desvirtúa el campo autónomo de la persuasión coercitiva en el caso muy frecuente de que no llegase a atacar la salud mental. Además, el citado artículo agrava de forma acertada la pena si las técnicas utilizadas afectan al entendimiento de la víctima, a un menor, si causan una enfermedad incurable, incapacidad permanente de trabajar o inutilización de órgano o mutilación grave; y en caso de que constituya un acto de participación activa o necesaria en una asociación, con la pena de prisión de un mes a cuatro años, y de diez a quince años en caso de muerte.

Por otra parte, en Francia, por impulso del *Informe Vivien*, entre otros,³⁶ se creó la Misión Interministerial de Vigilancia y Lucha contra las Derivas Sectarias (MIVILUDES) y se intentó ya en el año 2000, aunque sin resultados, instaurar, por medio de un proyecto de ley, el delito de *viol psychique o manipulation mentale*.³⁷ Pero finalmente en el año 2001 el Parlamento francés aprobó la ley denominada “About-Picard”, núm. 2001/504 de 12 de junio de 2001 (artículo 20 del *Diario Oficial* de 13 de junio de 2001), que tipificó el “delito de manipulación mental” (artículo 223-15-2),³⁸ redactada como sigue:

[el] abuso fraudulento del estado de ignorancia o de la situación de debilidad de un menor, o de una persona cuya especial vulnerabilidad... o de una persona en estado de so-

³⁴ Véase Redondo Hermida, Álvaro, “Las sectas dañosas ante el derecho penal”, *La Ley, Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, núm. 2, 2006, pp. 1508 y ss.

³⁵ Ampliamente, Bardavio Antón, C., *Las sectas en derecho penal: estudio dogmático de los delitos sectarios*, cit., pp. 474 y ss.

³⁶ Véase Fournier A. y Picard C., *La falsa espiritualidad y la manipulación de los individuos. Sectas, democracia y mundialización*, cit., pp. 13 y 14.

³⁷ Navas Renedo, Begoña, *Tratamiento jurídico de las sectas. Análisis comparativo de la situación en España y Francia*, Granada, Editorial Comares, 2002, pp. 277-279.

³⁸ Artículo 223-15-2: “Será castigado con tres años de prisión y multa de 375.000 euros el abuso fraudulento del estado de ignorancia o de la situación de debilidad de un menor, o de una persona cuya especial vulnerabilidad, debida a su edad, enfermedad, invalidez, deficiencia física o psíquica o a su estado de embarazo, sea aparente y conocida por el autor, o de una persona en estado de sometimiento psicológico o físico resultante del ejercicio de presiones graves o reiteradas o de la aplicación de técnicas propias para alterar su juicio, para llevar a este menor o a esta persona a realizar un acto o una abstención que le sean gravemente perjudiciales.

Cuando la infracción haya sido cometida por el dirigente de hecho o de derecho de un grupo que desarrolle actividades que tengan por objeto o por efecto crear, mantener o explotar el sometimiento psicológico o físico de las personas que participen en estas actividades, las penas se elevarán a cinco años de prisión y a 750.000 euros de multa”.

En los artículos 223-15-3 y 223-15-4 se establecen penas accesorias para las personas físicas (prohibiciones) y jurídicas (disolución).

metimiento psicológico o físico resultante del ejercicio de presiones graves o reiteradas o de la aplicación de técnicas propias para alterar su juicio, para llevar a este menor o a esta persona a realizar un acto o una abstención que le sean gravemente perjudiciales.

Se comenta que la ley francesa sólo sanciona tres factores: la vulnerabilidad de la víctima, el conocimiento de esa vulnerabilidad y la causación de un perjuicio grave. De aquí que los trastornos psíquicos que se deriven del sometimiento no están contemplados salvo en casos extremos, sólo la estafa puede ser perseguida bajo este presupuesto en referencia a ese *perjuicio grave*, por eso se comenta que además de suponer un delito contra el patrimonio, básicamente es un delito contra la libertad de decidir y actuar.³⁹ Se trata de una norma penal específica contra los comportamientos que produzcan, como mínimo, un grave riesgo para los bienes personales y trascienda en un peligro para la Sociedad.

En nuestra opinión, la referencia del tipo al ejercicio de presiones graves o reiteradas o de la aplicación de técnicas, lleva a considerar que criminaliza la creación de la vulnerabilidad, sin embargo, no hace distinción penológica en cuanto a la creación y al aprovechamiento, y se refiere a la creación de una vulnerabilidad del juicio, cuestión desacertada porque dichas técnicas no tienen que afectarlo en todos los casos.

A modo de conclusión, la legislación francesa, belga e italiana no hacen distinción penológica de la gravedad de la situación de aprovechamiento, abuso fraudulento de ignorancia o de estado de debilidad, de la situación de creación. Esto en nuestra opinión es un error porque la creación supone un injusto básico diferenciado del aprovechamiento posterior o del aprovechamiento de la debilidad previa de la víctima, y deberían ser tratados como agravantes. Otro error es basar la conducta típica en la *alteración/incapacidad del juicio/entendimiento/querer* porque elimina la posibilidad de criminalizar la creación de situaciones de *dependencia exógenas/sociales* o de *limitación* de la elección como injusto autónomo previo a la lesión. Se trata la problemática como una cuestión de salud psíquica, con lo que hubiera bastado incluir estas técnicas como agravante evitándose problemas concursales mayores.

Recientemente, en Reino Unido y en Irlanda se ha regulado penalmente una forma de persuasión coercitiva (*coercive control*) como violencia específica en el ámbito de las relaciones sentimentales y familiares, lo que supone un claro reconocimiento de esta problemática; sin embargo, ambas leyes no determinan las formas de control específicas tratadas por la literatura científica sino como forma amplia de *control explícito*, y dejan sin sanción la misma conducta injusta realizada en otros ámbitos y sujetos.⁴⁰ No obstante, en el caso de la Ley de Reino Unido es interesante que criminaliza la forma culposa en casos en los que el autor, aún sin saberlo, debería saber que su comportamiento (control) tiene un resultado perjudicial para la víctima.

³⁹ En este sentido y ampliamente sobre el *abuso de debilidad* desde una perspectiva psicológica en la ley francesa, Hirigoyen, Marie-France, *El abuso de debilidad: y otras manipulaciones*, trad. de Núria Petit Fontseré, Barcelona, Paidós, 2012. Colección Contextos, pp. 10 y 11, pp. 48 y ss. Además, basa correctamente el concepto de abuso de debilidad en la falta de consentimiento libre e informado, *ibidem*, pp. 20 y ss.

⁴⁰ En 2015, en Reino Unido, Section 76, *Serious crime act, 2015, the offence of controlling and coercive behavior in an intimate or family relationship*. En 2019, en Irlanda, Section 39, *Domestic Violence, Act, 2018*.

No obstante, el logro de este tipo de leyes es haber conseguido ya algunas condenas por dinámicas de este tipo. A través del artículo 223-15-2 del CP francés, hasta la fecha, se han dictado más de 40 condenas⁴¹ que se antojarían imposibles con la regulación mexicana como vamos a comprobar a continuación, y en cuya virtud merece una propuesta de tipificación que finalmente realizaremos en armonía a las conclusiones que se vayan alcanzando.

III. Persuasión coercitiva: ¿proselitismo ilícito, delito contra la integridad moral, privación de libertad, coacciones, lesiones o asociacionismo ilícito?

A. Proselitismo ilícito

La conducta de proselitismo ilícito suele asociarse al empleo de violencia, intimidación, fuerza o cualquier *método ilegítimo* que impida a un miembro o miembros de una confesión religiosa realizar sus prácticas propias o asistir a ellas. Con este tipo de preceptos, penales o no, se protege la vertiente externa⁴² de la práctica de una religión.

Sin embargo, llama la atención que en México no exista un tipo penal que combata especialmente conductas que atenten de forma clara contra la libertad de conciencia o religiosa, a pesar de la protección constitucional en los artículos 1º, 3º fracción I, y 24 referidos a la libertad religiosa y la objeción de conciencia,⁴³ salvo, claro está, el artículo 404 del Código Penal Federal de México (CPFM) que castiga a los ministros de cultos religiosos que en actos públicos induzcan al electorado a votar o no votar en algún

⁴¹ Bardavío Antón, C., *Las sectas en derecho penal: Estudio dogmático de los delitos sectarios*, cit., pp. 562 y ss., pp. 768 y ss.

⁴² Corcoy Bidasolo, Mirentxu et al., *Manual práctico de derecho penal. Parte especial. Doctrina y jurisprudencia, con casos solucionados*, 2a. ed., ampliada y puesta al día, en Corcoy Bidasolo, Mirentxu (coord.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, p. 184.

⁴³ Detalladamente, Arrieta, Juan Ignacio, “Las objeciones de conciencia a la ley y las características de su estructura jurídica”, en Soberanes, José Luis et al., *Objeción de conciencia*, Ciudad de México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas, pp. 27-55; Aspe Hinojosa, Roberto, *La libertad de conciencia*, pról. Bernardo Pérez Fernández del Castillo, Ciudad de México, Porrúa, 2007; Bastian, Jean-Pierre, “Tolerancia religiosa y libertad de culto en México, una perspectiva histórica”, en Adame Goddard, Jorge et al., *Derecho fundamental de libertad religiosa*, Ciudad de México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Ciudad de México, 1994, Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas, pp. 17-36; Ciáurritz, María José, “Objeción de conciencia y Estado democrático”, en Adame Goddard, Jorge et al., *Derecho fundamental de libertad religiosa*, cit., pp. 63-90; Martínez-Torrón, Javier, “El derecho internacional y las objeciones de conciencia”, *Cuadernos del Instituto. Derechos Humanos*, Ciudad de México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, Serie L, núm. 3, pp. 111-136; Martínez-Torrón, Javier, “La protección internacional de la libertad religiosa”, vv.AA., *Tratado de derecho eclesiástico*, Pamplona, Eunsa, 1994; Pacheco Escobedo, Alberto, *Temas de derecho eclesiástico mexicano*, 2a. ed., Ciudad de México, Panorama, 1994; Pacheco Escobedo, Alberto, “Ley y conciencia”, *Objeción de conciencia*, cit., pp. 9-26; Pacheco Escobedo, Alberto et al., “Objeción de conciencia”, *Memoria del Coloquio Internacional organizado por la UNAM en 1997*, Ciudad de México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998; Silva García, Fernando (coord.), *Garantismo judicial: Libertad religiosa*, presentación Iván Carlo Gutiérrez Zapata, Ciudad de México, Porrúa, 2012; Jorge E. Traslosheros (coord.), *Libertad religiosa y Estado laico: voces, fundamentos y realidades*, Ciudad de México, Porrúa, 2012.

sentido. Y la sorpresa se debe a que en México la proliferación de sectas coercitivas de la libertad de actuar de las personas es más que acusada si atendemos al fervor por lo trascendental, religioso, sanador/curativo o las denominadas sesiones de autoayuda.

La Ley de Asociaciones Religiosas y de Culto Público de julio de 1992 (de influencia española) derogó los delitos contra la religión.⁴⁴ Su artículo 2º preceptúa la libertad de la persona a profesar o no “creencias religiosas”, individual o colectivamente y a practicarlas o abstenerse, lo que parece olvidar a los sujetos que tienen creencias no estrictamente religiosas pero que se elevan de igual manera a dogmas de fe, como la cosmovisión y el ateísmo,⁴⁵ sin perjuicio de que la mayoría de Códigos estatales criminalizan la inhumación o exhumación de cadáveres, lo que constata cierta protección de los sentimientos religiosos, pero de forma deficitaria al no proteger íntegramente situaciones graves que atentan contra la libertad de profesar o no las creencias, por ejemplo, la más básica: la formación de la conciencia moral y por ende la de actuar en general.

Esta falta de protección penal se constata en la referida Ley de Asociaciones. Su artículo 29 sanciona en el apartado I, entre otras conductas, asociarse bajo la forma de asociación religiosa con fines de proselitismo político; en el apartado IV “promover la realización de conductas contrarias a la salud o integridad física de los individuos”; en el apartado V “ejercer la violencia física o presión moral, mediante agresiones o amenazas, para el logro o realización de sus objetos”, y en el apartado XIII la comisión de delitos cometidos en ejercicio de su culto o en sus instalaciones. El artículo 32 preceptúa las sanciones administrativas en las siguientes: apercibimiento, multa de hasta 20 mil días de salario mínimo general, clausura temporal o definitiva de un local destinado al culto público, suspensión temporal de derecho de la asociación religiosa en el terreno nacional o bien en un Estado, municipio o localidad, y la cancelación del registro de asociación religiosa. Por otra parte, en virtud del artículo 31 se determinan las sanciones en consideración a la naturaleza y gravedad de la falta o infracción, la posible alteración de la tranquilidad social y el orden público, la situación económica y grado de instrucción del infractor, la reincidencia y el daño causado.

Sin embargo, no ha de olvidarse que esta ley no es penal, sólo sanciona administrativamente la discriminación, la coacción u hostilidad contra las creencias religiosas (apartado C, artículo 2º). Se intuye que la laicidad de la nación mexicana ha favorecido la impunidad penal de ciertas conductas, pero con la paradoja de que los delitos básicos del CPFM criminalizan conductas de similar naturaleza sin que existan motivos religiosos o cometidos contra la persona por sus creencias, lo que hace incomprensible que en otros casos, por ejemplo cuando la conducta del asociado a la confesión se realice con el fin

⁴⁴ La Ley *Calles* de Tolerancia de Cultos, de 14 de junio de 1926, se integró en Ley de 21 de junio que Reformó el Código Penal para el Distrito y Territorios Federales, sobre delitos del fuero común y para toda la República de delitos contra la Federación, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 2 de julio de 1926.

⁴⁵ Defiende la inclusión de los no creyentes, González Morfín, Efraín, *Algunas consecuencias prácticas de las reformas a los artículos constitucionales 3, 5, 24, 27 y 130 de la Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público en la Iglesia Católica en el nuevo marco jurídico de México*, Ciudad de México, Ediciones de la C.E.M., 1992, p. 304, véase Rodríguez Rodríguez, Rafael, *La libertad religiosa en México: “XVII años de vigencia de la Ley de Asociaciones Religiosas y de Culto Público*, tesis doctoral, Madrid, Universidad Autónoma de Madrid, junio de 2009, p. 37.

de atentar contra la libertad de creencias, se adolezca de respuesta penal, aunque, por otro lado, el mismo CPFM sanciona conductas que puedan restringir dicha libertad aun sin la finalidad religiosa, por ejemplo el delito de amenazas, como veremos *infra*. Las excepciones son, en todo caso, ciertos tipos agravados de abusos sexuales y violación cometidos por ministros (apartado h del artículo 205 del CPFM) y el delito de proselitismo ilícito con el fin de obligar a votar a favor o en contra de un candidato (artículo 404 del CPFM). Además, las formulaciones del apartado IV y V del artículo 29 de la Ley de Asociaciones citada se refieren a ataques a la vertiente externa del ejercicio de la voluntad religiosa, dejando fuera otras formas más sofisticadas de coerción que atacan la formación de la voluntad en su vertiente interna o exógena (social y no materialmente psíquica o del juicio). En este sentido, parece que las infracciones de la Ley de Asociaciones se dirigen a sujetos pertenecientes a una confesión, tanto representantes como ministros y asociados, y las previsiones del CPFM a cualquier sujeto, lo cual evidencia la incoherencia sistemática y de tipicidad que sólo puede resolverse mediante una comprensión unitaria para evitar problemáticas cuando un ministro, representante o asociado, coaccione o atente contra la salud de la víctima por fines o motivos religiosos.

Llama también la atención que en el párrafo segundo del artículo 1º de la Ley de Asociaciones se establezca que las “convicciones religiosas no eximen en ningún caso del cumplimiento de las leyes del país. Nadie podrá alegar motivos religiosos para evadir las responsabilidades y obligaciones prescritas por la ley”. Además de ser redundantes ambas frases, salvo prácticas laborales, el precepto adolece de coherencia con otros preceptos de mayor rango como los artículos 51 y 52 del CPFM que se refieren a la posibilidad de disminuir la pena por motivo de las circunstancias de autor, además se obvia la problemática jurídico penal de la autoría de conciencia, por convicción y del enemigo, desde donde una parte de la doctrina aboga por ciertas excepciones con base en instituciones dogmáticas para los primeros (atipicidad, error de prohibición, inimputabilidad, inexigibilidad, falta de punibilidad), y escasamente para los segundos.⁴⁶

Parte de la doctrina⁴⁷ ha denunciado, con razón, que los preceptos que garantizan la libertad de conciencia resultan incompletos y técnicamente defectuosos al no proteger el *derecho a la formación de conciencia*, cuestión del todo básica y de vital interés en la protección del posterior ejercicio libre de la libertad de conciencia. Si aceptamos que el bien jurídico en este tipo de preceptos es el sentimiento religioso, habrá que admitir también que atentados graves supondrían un delito contra la libertad religiosa, al menos de especial protección respecto a las coacciones o amenazas, sin embargo, dicha especialidad protectora no se aprecia en México precisamente por la falta de sanción penal. En todo caso, este tipo de preceptos suponen el tipo especial respecto al de coacciones, pero la consecuencia de esta solución es grave: la incoherencia legislativa en México que

⁴⁶ Al respecto, detalladamente, Bardavío Antón, C., *Las sectas en derecho penal: estudio dogmático de los delitos sectarios*, cit., pp. 99-380.

⁴⁷ Respecto al artículo 522 del CP español, Martín Sánchez, I., *El derecho a la formación de la conciencia*, cit., pp. 270 y 271; le sigue, Goti Ordeñana, Juan, “Tratamiento jurídico de las sectas en España”, *Estudios de Juventud*, ejemplar dedicado a *Juventud, Creencias y Sectas*, núm. 53, 2001, pp. 149 y 50.

supone una conducta claramente más grave que el delito de amenazas/coacciones, pero sancionado administrativamente, y la renuncia a una penalidad quizá más proporcionada respecto a determinados ataques que suponen *doblegar la voluntad de la libertad de conciencia y de actuar en general*.

La sanción recogida en la conducta de proselitismo ilícito del artículo 29 de la Ley de Asociaciones referida a “salud o integridad física” del apartado iv, y a la “violencia física o presión moral, mediante agresiones o amenazas, para el logro o realización de sus objetos” del apartado v, es irrisoria en relación al desvalor de la acción y del resultado que se pueden dar con la persuasión coercitiva, pero más claramente injustificada en relación al tipo penal de amenazas del CPFM que criminaliza una conducta más leve al no exigirse cierto elemento subjetivo especial (fin de mermar la voluntad del sujeto ya sea por motivaciones religiosas o no), y en relación a los demás delitos específicos que tratan la *violencia moral* como forma típica o agravada (delitos sexuales, contra el patrimonio, la vida, la salud, etcétera). En nuestra opinión, en casos graves, se ha de aplicar el delito de amenazas en virtud de que el CPFM protege aquí el bien jurídico de las formas básicas de la libertad (aunque con problemáticas normativas como veremos *infra*) mejor que la ley administrativa, o por aplicación del concurso de leyes cuando dicho desvalor se presente especialmente grave, y sin perjuicio de que los Códigos estatales puedan contemplar esta posibilidad en un delito más específico de coacciones.

La problemática sobre la ubicación típica de fórmulas amplias de ataque a la libertad religiosa tales como “apremio ilegítimo” (delito de proselitismo ilícito del artículo 522.1 Código Penal español)⁴⁸ o “alteración o control de la personalidad” (delito de asociacionismo ilícito del artículo 515.2 CPE) que se recogen en la legislación española, los abusos psicológicos en la francesa, la “violencia física o presión moral, mediante agresiones o amenazas” en la Ley de Asociaciones religiosas en México, o la —que por nuestra parte proponemos— de “persuasión coercitiva” reside en si cabe asimilar estas dinámicas a los conceptos normativos de violencia, intimidación o de fuerza.

Efectivamente, ni el CPFM ni la Ley de Asociaciones recoge en su formulación con precisión la dinámica criminal de la persuasión coercitiva que hemos analizado *supra*. Concretamente, ni la referencia a la salud entendida de forma extensa como salud física o psíquica puede amparar las situaciones de la persuasión coercitiva, porque esta en la mayoría de los casos supone un ataque sutil, progresivo e imperceptible para la víctima o, dicho de otro modo, el resultado de la lesión, si se quiere considerar como lesión psíquica, sólo se contempla en las formas extremadamente graves por la intensidad del ataque o su perdurabilidad; esto es, existen ciertos casos, los más comunes, que suponen ataques a la capacidad de la libre voluntad sin afección a la capacidad psíquica o al juicio. Evidentemente los ataques a la integridad física incluso realizados de propia mano por la víctima son residuales o, en su caso, consecuencia de una previa persuasión coercitiva.

⁴⁸ Artículo 522 CP español: “Incurrirán en la pena de multa de cuatro a diez meses: 1º. Los que por medio de violencia, intimidación, fuerza o cualquier otro *apremio ilegítimo* impidan a un miembro o miembros de una confesión religiosa practicar los actos propios de las creencias que profesen, o asistir a los mismos”.

Es por esto que la fórmula normativa recogida en el apartado v del artículo 29 de la Ley de Asociaciones tampoco cumple con las exigencias de protección legal mínimas. La persuasión coercitiva no supone un ataque realmente físico, salvo casos muy tasados de técnicas de manipulación fisiológicas (como el ayuno para que la víctima rebaje su capacidad de defensa). No pueden considerarse una modalidad tal porque se exige en el precepto que dicha violencia o presión sean ejercidas mediante agresiones o amenazas, de lo que se induce una tipología de medios de comisión muy estrictos. Tanto es así que la expresión *agresiones* al venir diferenciada de las amenazas la hace referirse a las agresiones físicas, mientras que las amenazas se referirían a la tradicional *vis compulsiva* o psíquica como modalidad de ataque contra la capacidad de decidir o la de ejecutar o abstener una conducta por miedo, pero no a una modalidad estricta de violencia contra la capacidad de libre voluntad de actuar en general o de formación de conciencia.

Por otra parte, los conceptos normativos de *presión* y *violencia moral* referidos en el CPFM y en los Códigos estatales en determinados tipos básicos o agravados tampoco se asemejan normativamente a la persuasión coercitiva a pesar de su similitud terminológica, precisamente al dirigirse a la constitución típica objetiva de determinados tipos y bienes jurídicos más estrictos que la amplia voluntad de actuar en general.

En cuanto a lo que nos interesa para resolver la problemática, parte de la doctrina asemeja los conceptos normativos *violencia*, *intimidación* o *fuerza* que afectan la libertad religiosa a la configuración de un delito de proselitismo ilícito,⁴⁹ los dos primeros referidos a la fuerza física o coacción moral, mientras que la fuerza se referiría a la capacidad de limitar la libertad de las personas. Sin embargo, dichas fórmulas no pueden entenderse estricta ni tradicionalmente, sino con relación a la subordinación⁵⁰ relevante del sujeto en su capacidad de obrar y de tomar decisiones. De tal forma, la mayor parte de la doctrina no considera que el engaño, la hipnosis y determinadas drogas puedan incluirse en la expresión *apremio ilegítimo* de la legislación española⁵¹ o *presión moral* en México. Y esto es porque la doctrina mayoritaria ubica el uso de drogas, narcóticos y la hipnosis en el concepto normativo de violencia,⁵² lo que en el caso de México abre la controversia normativa entre la aplicación de la Ley de Asociaciones o el delito

⁴⁹ Respecto al artículo 522 del CP español, véase Cancio Meliá, Manuel, "De los delitos contra la libertad de conciencia, los sentimientos religiosos y el respeto a los difuntos", en Gonzalo Rodríguez Mourullo (dir.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, Madrid, 1997, p. 1297; López Alarcón, Mariano, "Tutela de la libertad religiosa", en Ferrer Ortiz, Javier (coord.), *Derecho eclesiástico del Estado español*, Navarra, Ediciones Universidad de Navarra, 1996, pp. 160 y ss.; Pérez-Madrid, Francisca, *La tutela penal del factor religioso en el Derecho español*, Navarra, EUNSA, Ediciones Universidad de Navarra, 1995, pp. 193 y ss.

⁵⁰ Señala también la jerarquía, Martín Sánchez, I., *El derecho a la formación de la conciencia*, cit., p. 272.

⁵¹ Bueno Salinas, Santiago, "El ámbito de amparo del derecho de libertad religiosa y las asociaciones", *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 1, 1985, p. 119; Fernández-Coronado, Ana, "La tutela penal de la libertad de conciencia", *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, 1986, p. 46; Martín Sánchez, I., *El derecho a la formación de conciencia*, cit., p. 275; Motilla de la Calle, Agustín, "La protección de la religión en el Código Penal español de 1995", *Quaderni di Diritto e Politica Ecclesiastica*, Milán, vol. II, 1996, p. 460.

⁵² Véase Alonso Herreros Rubén *et al.*, "Actitud del ordenamiento español ante las sectas", en Buqueras Segura, Ma. Elena (coord.), *Sectas y Derechos Humanos, III Congreso Interuniversitario de Derecho Eclesiástico para Estudiantes*, 21-24 abril de 1994, p. 52.

de amenazas/coacciones. Sin embargo, otra parte de la doctrina⁵³ incluye en la expresión *apremio ilegítimo* de la legislación penal española la hipnosis, el suministro de drogas y otros procedimientos novedosos. Esta es la controversia jurídico-penal fundamental en España, cuestión que también resulta de igual manera en México en relación con la expresión *violencia física o presión moral* o en el ataque a la salud (psíquica) que pueden contemplar comisiones bajo la forma de la hipnosis o el suministro de drogas.

En relación con el engaño se reclama por parte de algunos penalistas españoles su inclusión en la actual regulación,⁵⁴ lo cual puede también realizarse en la legislación mexicana sin problemática alguna, máxime cuando en esta es más habitual su uso normativo como modalidad delictiva en determinados tipos. De esta manera, mediante el término engaño (*engaño coercitivo*), se podrían apreciar conductas persuasivas injustas,⁵⁵ un medio que no sería estrictamente violento pero sí *injusto* al igual que el engaño que se utiliza como medio para la privación de libertad,⁵⁶ ya que el engaño realizado coercitivamente es el medio más utilizado para captar adeptos⁵⁷ o conseguir otras conductas tales como el desembolso de grandes cantidades de dinero; esto es, el *engaño coercitivo* es una forma de incapacitación de la voluntad por medio de la ocultación de datos relevantes sobre el riesgo realmente existente. En todo caso ha de ser contrario a derecho⁵⁸ (¡antijurídico!).

No obstante, algunos autores consideran que no puede aceptarse en la expresión típica *apremio ilegítimo* de la regulación española el engaño o la promesa para conseguir que la víctima profese o practique un determinado sentimiento moral cuando no inter venga la violencia, la fuerza o la intimidación,⁵⁹ o en el caso de la mexicana lo mismo se podría apelar en relación a la *presión moral*, pero según lo dicho, si el engaño se constituye como una forma de coerción no habrá problema en asimilarlo al concepto normativo de violencia.

⁵³ Por eso, algún sector que ha estudiado con detalle la problemática considera que en la controvertida expresión entraría toda “utilización de técnica de modificación del pensamiento que produzcan dependencia psíquica o control mental”, véase Jordán Villacampa, Ma. L., *Las sectas pseudoreligiosas*, Madrid, Ministerio de Justicia, Centro de publicaciones, 1991, p. 103; Navas Renedo, B., *Tratamiento jurídico de las sectas*, cit., p. 293; Tamarit Sumalla, Josep María., “Las sectas y el derecho penal”, en Ordeñana, Juan Goti (ed.), *Aspectos socio-jurídicos de las sectas desde una perspectiva comparada*, cit., pp. 283 y 285; acepta algunos de estos supuestos, Higuera Guimerá, Juan Felipe, *El delito de coacciones*, pról. de José Cerezo Mir, 2a. ed., revisada y ampliada, Bosch, 1983, pp. 123-129; Pérez-Madrid, F., *La tutela penal del factor religioso en el derecho español*, cit., p. 195.

⁵⁴ Ya el artículo 205 CP derogado español, en su núm. 2º, lo contenía en el sentido expuesto por Morillas Cueva: “una perturbación de la voluntad del individuo con el fin de conseguir los objetivos previstos”, Morillas Cueva, Lorenzo, *Los delitos contra la libertad religiosa (Especial consideración del artículo 205 del Código Penal español)*, pról. de Sainz Cantero, Universidad de Granada, 1977, p. 290; también, Martín Sánchez, I., *El derecho a la formación de la conciencia*, cit., p. 328.

⁵⁵ Por ejemplo, se comenta que entraría el engaño “cuando se hace creer a otro lo que no es cierto”, Morillas Cueva, L., *Los delitos contra la libertad religiosa*, cit., p. 290.

⁵⁶ Polaino Navarrete, Miguel, *El delito de detención ilegal*, Pamplona, Aranzadi, 1982, p. 106.

⁵⁷ También así, aunque se refiere sólo al engaño sin especificar si ha de ser coercitivo, Martín Sánchez, I., *El derecho a la formación de la conciencia*, cit., p. 329.

⁵⁸ Morillas Cueva, L., *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 1072.

⁵⁹ A este respecto, López Alarcón considera que “el apremio ilegítimo es un instrumento diferente de los demás para la comisión del delito que, por consiguiente, opera como elemento autónomo de la figura delictiva y no han de concurrir los demás que enumera el texto primitivo”, por tanto, considera que la persuasión coercitiva tiene cabida en esta expresión del artículo 522 CPE, López Alarcón, M., “Las Sectas y los NMR’s. Problemas de su tratamiento jurídico. ¿Reconocimiento o prohibición?”, *Ius Canonicum*, vol. 37, núm. 74, julio-diciembre de 1997, pp. 451 y ss.

En conclusión, la formulación mexicana en relación con la atipicidad penal del delito de proselitismo ilícito ante conductas graves que atentan contra la capacidad de libertad de voluntad, y más concretamente contra la capacidad de libertad de voluntad de conciencia moral, hace necesario estudiar otros tipos con el objeto de aplicar la norma más adecuada a las conductas descritas. Como veremos *infra* nuestra propuesta parte de considerar la persuasión coercitiva como una fenomenología *limitante progresiva y previa* a la configuración típica de los injustos actuales de amenazas, proselitismo ilícito, trato degradante o de lesiones.

B. Delito contra la integridad moral

Existe cierta correlación entre la tortura y los tratos degradantes realizados con técnicas psicológicas y los realizados con técnicas de persuasión coercitiva. En ambos casos existe cierta *despersonalización* o *cosificación* que puede llevar a causar lesiones psíquicas e incluso el suicidio.⁶⁰

En México, la Ley General para Prevenir, Investigar y Sancionar la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, de 26 de junio de 2017, en sus artículos 24 y sucesivos sanciona las torturas, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, es decir, decreta la inviolabilidad de la persona y su dignidad, que no pueda ser tratada como una cosa, cuando fueren realizadas por un servidor público o un particular con la autorización, el apoyo o la aquiescencia de un servidor público. El CPFM y los Códigos estatales criminalizan especialmente estas conductas.

Pues bien, la problemática sobre dicha similitud criminal parte de que algún sector de la doctrina delimita el concepto normativo trato degradante del tipo de torturas a los sufrimientos físicos o psíquicos que tengan el fin de afectar a la capacidad de voluntad, conocimiento, discernimiento y decisión,⁶¹ lo que hace que se confunda la relación entre este delito y las dinámicas coercitivas descritas, y su diferenciación con los tratamientos inhumanos que, en definitiva, son “los que provocan grandes sufrimientos mentales o físicos injustificables que alcancen cierta intensidad”.⁶² En España Maqueda Abreu considera que “(e)l concepto aproximativo que... ofrece de esos atentados, en tanto que

⁶⁰ Sobre los efectos de la aplicación de torturas psicológicas como el miedo, el terror, desorientación espacio-temporal, uso del lenguaje y sentimientos de la víctima, Rodríguez Mesa, María José, *Torturas y otros delitos contra la integridad moral cometidos por funcionarios públicos*, Granada, Comares, 2000, pp. 30 y ss.

⁶¹ En España, De la Cuesta Arzamendi concluye que es “aquel comportamiento incidente en la esfera corporal o psíquica de otro, dirigido a contrariar o negar radicalmente su voluntad, obligándole de manera ilegítima —mediante el empleo de fuerza física, intimidación o con aprovechamiento o abuso de situaciones de superioridad formal o fáctica o incluso, por medio del engaño— a hacer u omitir algo o a soportar una situación o condiciones injustas, y que, comportando normalmente cierto padecimiento físico y/o psicológico, sea potencialmente constitutivo de grave humillación o vejación de la víctima”. De la Cuesta Arzamendi, José Luis, “Torturas y atentados contra la integridad moral”, *Estudios penales y criminológicos*, XXI, Galicia, Universidad de Santiago de Compostela, 1998, p. 115; Rodríguez Mesa comenta que la tortura ataca directamente la dignidad del hombre torturado en sentido kantiano, y no existe *consenso racional* sobre la necesidad de la tortura en el sentido expuesto por Habermas, Rodríguez Mesa, Ma. J., *Torturas y otros delitos contra la integridad moral cometidos por funcionarios públicos*, *cit.*, pp. 42 y ss.

⁶² De la Cuesta Arzamendi, J. L., “Torturas y atentados contra la integridad moral”, *cit.*, p. 53. Ampliamente sobre el debate de la distinción y la evolución legislativa y jurisprudencial en España y Europa, Rodríguez Mesa, Ma. J., *Torturas y otros delitos contra la integridad moral cometidos por funcionarios públicos*, *cit.*, pp. 45 y ss.

causantes de la *supresión o disminución de (las) facultades de conocimiento, discernimiento o decisión*, es suficientemente ilustrativo en orden a evidenciar el grave ataque a la inviolabilidad de la personalidad humana que representan”, y por eso concluye que la legislación penal española en relación al tipo del artículo 173 CP español (tipo básico de delito contra la integridad moral)⁶³ que no precisa que se realice por un autoridad, es suficiente en relación a criminalizar la persuasión coercitiva, si bien comenta que otra cosa es saber aplicarla,⁶⁴ sin embargo, la legislación penal mexicana se centra en la comisión por autoridad o sujeto con la avenencia de la autoridad, o contra la autoridad.

En nuestra opinión, ni la legislación penal mexicana ni la española regulan un tipo perteneciente a la delincuencia *estricto sensu* de las sectas coercitivas o la persuasión coercitiva como afirma algún otro autor,⁶⁵ porque en la mexicana existe el requisito de la comisión por un sujeto activo entendido como autoridad o como particular con la avenencia de aquél, y en el tipo básico de la española ni el sujeto siente tal humillación durante su aplicación, ni el bombardeo de amor, la distorsión de la comunicación, el aislamiento ambiental, el control emocional y ciertas técnicas indirectas suponen actos en sí mismo humillantes.

En cuanto a la tortura, el líder podría tratarse dentro del concepto normativo de *autoridad* (abuso de poder, superioridad del autor sobre la víctima y actuar alevoso o superioridad),⁶⁶ sin embargo, inclusive si realizáramos una interpretación extensiva del sujeto activo,⁶⁷ la dinámica persuasiva no conlleva *per se* un trato humillante o degradante, ni la víctima lo siente así, salvo cuando afloran los trastornos como lesión psicológica. Por otra parte, estos delitos no protegen la formación o capacidad de decisión del sujeto, sino estrictamente, la ejecución de la decisión libre.

En conclusión, la interpretación que apunta a que la persuasión coercitiva pertenece a los delitos contra la integridad moral es muy forzada y excepcional, por ejemplo, en casos concretos como las *torturas psicológicas* que se refieran a medios de confesión o de sometimiento directo de la víctima, esto porque la persuasión coercitiva supone un ataque indirecto, sutil y en principio imperceptible por el sujeto a su *capacidad exógena/*

⁶³ Artículo 173.1 CP español: “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”.

⁶⁴ Maqueda Abreu, María Luisa, “Las sectas destructivas ante el Derecho”, *Eguzkilore*, San Sebastián, diciembre de 2004, pp. 245 y 246.

⁶⁵ Cugat Mauri aunque reconoce problemáticas con el consentimiento, considera que en estos casos suele apreciarse *falta de libertad o superioridad* del autor sobre la víctima, y de aquí problemáticas de concurso con otros tipos como el de agresión sexual agravada y contra la vida, Cugat Mauri, Miriam, *Sectas y sectarios ante el derecho penal, Revista de Derecho y Proceso Penal*, Navarra, núm. 22, 2010, pp. 111 y ss.; Rodríguez Mesa en relación a esta clase de injustos señala que no es necesario un sufrimiento sentido gravemente, por ejemplo en el supuesto de someter a condiciones que “*le supongan... la supresión o disminución de sus facultades de conocimiento, discernimiento o de decisión...* Son múltiples y variadas las técnicas mediante las cuales se afecta a las facultades de conocimiento, discernimiento o decisión. Entre ellas son de destacar las denominadas técnicas de privación, el lavado de cerebro y las técnicas de despersonalización”, Rodríguez Mesa, Ma. J., *Torturas y otros delitos contra la integridad moral cometidos por funcionarios públicos*, cit., pp. 240 y ss.

⁶⁶ Lascurain Sánchez, Juan Antonio *et al.*, en Bajo Fernández, Miguel (dir.), *Compendio de derecho penal. Parte especial*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1998, vol. II, p. 93.

⁶⁷ Sobre las interpretaciones del concepto de autoridad y la posibilidad de una interpretación extensiva y contextual, Rodríguez Mesa, Ma. J., *Torturas y otros delitos contra la integridad moral cometidos por funcionarios públicos*, cit., pp. 209 y ss.

social de la voluntad de actuar en general, mientras que el trato degradante, la tortura y los tratos inhumanos, precisamente al igual que sucede con las formas de dominación de la violencia de género/doméstica, constituyen ataques más directos y que precisan que la víctima los conozca con el objeto de comprobarse por el autor la dominación o el sufrimiento, esto es, se refiere a un ataque más centrado a la capacidad *endógena* de la voluntad. Si bien en ambos casos el efecto y el grado de dominación puede ser el mismo, o incluso dar como consecuencia una lesión psíquica o casos de supuesto suicidio; sin embargo el *modus* de aplicación es diametralmente opuesto y ataca distintos niveles y naturalezas de la voluntad, no obstante, precisamente por la sutileza, la imperceptibilidad y su carácter indirecto, la persuasión coercitiva quebranta más la capacidad de voluntad de actuar en general, al disminuirse la capacidad de respuesta, defensa o de revocación de la víctima, en concreto la *capacidad exógena de la voluntad*.⁶⁸

C. Delito de privación de libertad

El delito de privación de la libertad del artículo 364 del CPEM, que sanciona al que “prive a otro de su libertad”, impone penas de seis meses a tres años de prisión y de veinticinco a cien días multa. Este delito se puede cometer por medio de conductas genuinamente violentas, pero existe la posibilidad de utilizar otros medios como las sustancias narcóticas o las técnicas de hipnosis, e inclusive medios más novedosos como la *persuasión coercitiva*, aunque para sancionar por este delito se requerirá acreditar el fin de anular la libertad de movimientos,⁶⁹ sin perjuicio de otros fines concurrentes, condicionales o no. Asimismo, el empleo de la coacción o el engaño pueden servir, en ocasiones, para perpetrar la privación de la libertad.⁷⁰

En nuestra opinión, si el suministro no consentido de drogas, la hipnosis o la persuasión coercitiva anulan de forma plena o parcialmente la libertad de voluntad con la *intención de restringir la libertad ambulatoria* se aplicaría el delito de privación de libertad pero, a decir verdad, rara vez en las sectas coercitivas o en relaciones duales sectarias se tiene el propósito de realizar una privación de la libertad⁷¹ de su adepto, por lo que este delito supone un *tipo residual* en la casuística de las sectas coercitivas, refiriéndose más bien a las organizaciones criminales genéricas mexicanas.

Así las cosas, no es la libertad específica de movimientos lo injusto de la persuasión coercitiva, sino su especificación por su amplia gravedad, la restricción o anulación de

⁶⁸ Respecto a estos conceptos sobre los que gira nuestra formulación, Bardavío Antón, C., *Las sectas en derecho penal: estudio dogmático de los delitos sectarios*, cit., pp. 455-458, 517-520, 527-530, 612-620.

⁶⁹ En la “perspectiva de acto como la de mera capacidad de decisión de ejercicio de esta facultad inherente a la racionalidad del ser humano”, Polaino Navarrete, M. (dir.), *Lecciones de derecho penal. Parte especial*, Madrid, Tecnos, 2010, t. 1, p. 144.

⁷⁰ Polaino Navarrete, M., *El delito de detención ilegal*, cit., p. 106; Díaz-Maroto y Villarejo, Julio, *Compendio de derecho penal. Parte especial*, vol. II, cit., p. 44.

⁷¹ Como delito de privación de libertad sin perjuicio de que, en ocasiones, subsidiariamente, sean coacciones, Redondo Hermida, A., “El delito sectario en la reciente jurisprudencia”, *Diario La Ley Penal, Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, núm. 84, 2011, p. 78; no lo descarta en el supuesto de detención a menores en sectas, Cugat Mauri, M., *Sectas y sectarios ante el derecho penal*, cit., p. 106.

la capacidad de libre voluntad en el día a día, que es sustituida y dominada por otra, la del autor o coautores.

D. Delito de coacciones: delimitación con el delito de amenazas

La problemática estriba en que tanto el delito de coacciones, el de amenazas y también el de privación de la libertad protegen el mismo bien jurídico, entendido genéricamente como la libertad personal,⁷² aunque —como bien apunta Polaino Navarrete—⁷³ también pueden incluirse la “libertad de ubicación espacial (privacidad del lugar de domicilio o trabajo), la libertad sexual (criterio básico de determinación de la sexualidad), la libertad de comunicación (reserva de la intercomunicación personal) o la libertad de privación personal (reserva de datos no destinados al conocimiento ajeno)”.

Algunos penalistas⁷⁴ entienden que el ataque del delito de coacciones se dirige, ya no a la misma formación o capacidad de la voluntad, sino a la formación de una decisión. Este planteamiento parte de otorgar mayor relevancia a la decisión como bien digno de protección,⁷⁵ por eso consideran que el delito de amenazas es un delito de mera actividad.⁷⁶ Otros consideran que el delito de amenazas se refiere al impedimento de ejecutar una decisión, lo que les hace tratarlo como un delito de resultado. Aunque muy acertadamente, y con toda coherencia, Torío López y Prats Canut⁷⁷ consideran que la acción de impedir ejecutar la decisión de comenzar un proceso de deliberación es una tentativa de coacciones, pero otros⁷⁸ reconducen la tentativa al delito de amenazas condicionales. Las discrepancias se refieren a que parte de la doctrina⁷⁹ ubica en el proceso de formación de la voluntad el bien jurídico del delito de amenazas, mientras que otros —como Polaino Navarrete—⁸⁰ ubican el ataque a la “libertad de decisión de conducta y la seguridad personales” en el delito de amenazas. Estas discrepancias se deben a la tipificación separada y autónoma del delito de coacciones respecto a las amenazas condicionales en el Código Penal español, cuestión que también trasciende al CPEFM.

Rodríguez Devesa⁸¹ consideraba que no es el delito de coacciones el tipo básico de protección de la libertad, sino el de amenazas por cuanto afecta al proceso de formación

⁷² Blanco Lozano, C., *Lecciones de derecho penal. Parte especial*, Madrid, Tecnos, 2010, t. 1, *cit.*, p. 166.

⁷³ Polaino Navarrete, M., *Lecciones de derecho penal. Parte especial*, t. 1, *cit.*, p. 143.

⁷⁴ Véase Del Rosal Blasco, Bernardo, *Derecho penal español. Parte especial*, 2a. ed., revisada, Manuel Cobo del Rosal (coord.), Madrid, Dykinson, 2005, pp. 200 y 209.

⁷⁵ Bajo Fernández, M., “El delito de coacciones”, *Estudios penales. Libro homenaje al Prof. Agustín Fernández Albor*, Galicia, Universidad de Santiago Compostela, 1989, pp. 57 y ss.; Díaz-Maroto y Villarejo, J., *Compendio de derecho penal. Parte especial*, vol. II, *cit.*, p. 60; Higuera Guimerá, J. F., *El delito de coacciones*, *cit.*, pp. 60 y 61; Mir Puig, S., “El delito de coacciones en el Código Penal”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, t. xxx, núm. 2, 1977, pp. 270 y 284; Muñoz Conde, Francisco, *Derecho penal. Parte especial*, 15a. ed. revisada y puesta al día, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 154 y ss., 162 y 163.

⁷⁶ Véase Del Rosal Blasco, B., *Derecho penal español. Parte especial*, *cit.*, p. 201.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 209.

⁷⁸ *Idem*.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 200.

⁸⁰ Polaino Navarrete, M., *Lecciones de derecho penal, Parte especial*, t. 1, *cit.*, p. 143, en negrita en el original; Blanco Lozano, C., *Lecciones de derecho penal. Parte especial*, t. 1, *cit.*, p. 166.

⁸¹ Rodríguez Devesa, José María *et al.*, *Derecho penal. Parte especial*, Madrid, 1949, t. II, p. 301; Rodríguez Devesa, José María y Serrano Gómez, Alfonso, *Derecho penal. Parte general*, 17a. ed., Madrid, Dykinson, 1994, pp. 300-302.

de la voluntad, en contra de las apreciaciones de la doctrina alemana más autorizada que colocaba el tipo básico de la libertad en el de coacciones (Tittmann, Binding, Mezger, Welzel). La opinión generalizada de la doctrina alemana se debe a que las amenazas condicionales se hallan ubicadas en el tipo de coacciones, mientras que en el derecho penal español, desde antaño, la ubicación sistemática se halla diferenciada entre delito de coacciones y delito de amenazas condicionales e incondicionales, lo que ha producido en la doctrina la habitual confusión del tipo de ataque sobre las formas de manifestación de la voluntad y en la determinación del bien jurídico protegido, y más acusadamente en México donde el tipo de amenazas del CPFM no alcanza diversas formas de coacción. Por eso parte de la doctrina⁸² entiende que el bien jurídico de las amenazas condicionales no es el mismo que el de las incondicionales, en las que el bien jurídico sería el “sentimiento de seguridad” o la “tranquilidad del ánimo”, mientras que en las condicionales el bien jurídico sería la misma libertad de decisión, libertad que se confunde con la libertad de decisión en el delito de coacciones.

En nuestra opinión, la libertad de actuar en general se protege con el *injusto teórico* de coacciones —como bien aprecia Polaino Navarrete—,⁸³ mientras que la libertad de creencias en su ejercicio externo se protege especialmente en el delito de proselitismo ilícito. Sin embargo, como explicábamos *supra* el término *persuasión coercitiva* es adecuado para centrar la problemática jurídico-penal de las técnicas que modifican la voluntad, pero no en un sentido general, puesto que cualquier comportamiento de tercero puede modificar la voluntad de otro (neutral y cotidiano), sino de forma antijurídica o *antinormativa*. Esto significa que el bien jurídico del delito de coacciones no es la libertad de obrar en general en sentido amplio, sino en sentido normativo.⁸⁴ De aquí se comenta que el objeto de protección del delito de coacciones es una libertad garantizada pero a la vez limitada en la prohibición de coaccionar, el comportamiento coaccionador no puede determinarse antes de la norma, sino que se *codetermina* por medio de esta.⁸⁵ De modo que la clave para saber si se está ante un delito de coacciones es si “el *comportamiento* no libre de la víctima aporta un plus de libertad al autor”.⁸⁶

Particularmente la problemática en México es la siguiente: suele equipararse en el CPFM y en los Códigos estatales la violencia moral con la amenaza. El artículo 282 II del CPFM sanciona en verdad una amenaza y no un puro resultado normativo coactivo: “al que por medio de amenazas de cualquier género trate de impedir que otro ejecute lo que tiene derecho a hacer”. El CPFM no sanciona el tipo el resultado de coacción como sí lo hacen algunos Códigos estatales, hasta donde sabemos y tras la revisión de los distin-

⁸² Véase Del Rosal Blasco, B., *Derecho Penal español. Parte especial*, cit., p. 200.

⁸³ *Ibidem*, p. 143; Blanco Lozano, C., *Lecciones de derecho penal. Parte especial*, t. 1, p. 166.

⁸⁴ Como afirma Jakobs “(l)a libertad de obrar no es un bien jurídico autónomo, sino derivado... en derechos garantizados”, Jakobs, Günther, “Coacciones por medio de violencia”, trad. de Carlos J. Suárez González, Jakobs, G., *Estudios de derecho penal*, Madrid, Civitas, 1997, p. 455.

⁸⁵ Jakobs, G., “Las coacciones por medio de amenazas como delito contra la libertad”, trad. de Carlos J. Suárez González, en Jakobs, G., *Estudios de derecho penal*, cit., p. 462. Gráficamente señala que el delito de coacciones supone “una ampliación del poder del autor a costa del comportamiento de la víctima”, *ibidem*, p. 470.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 470.

tos códigos penales, exclusivamente el del Estado de México. El artículo 258 fracción III del Código Penal de Estado de México (CPEM), dentro del capítulo I sobre la privación de libertad, pena con prisión de uno a cuatro años y multa de treinta a cien días al que “(p)or medio de la violencia o la coacción impida a una persona ejecutar un acto lícito o la obligue a ejecutar lo que no quiere, sea lícito o ilícito”. Este tipo es similar al del CP español por lo que podemos aplicar lo dicho para este.

La problemática e incoherencia normativa viene producida ya no porque en México existan Códigos Penales para sus Estados, sino porque cada Código Penal trata la coacción desde perspectivas normativas y tipológicas distintas. A saber, la mayoría trata la privación de libertad como delito contra la libertad ambulatoria, con la excepción del CPEM que, si bien ubica la coacción dentro de los delitos de privación de la libertad, lo sanciona como una modalidad básica a diferencia de los demás tipos de su capítulo o a diferencia de los demás Códigos estatales y del propio CPEM, que también lo trata exclusivamente como una forma de ataque a la libertad ambulatoria. Asimismo, la mayoría de Códigos trata el concepto normativo de violencia en figuras criminológicas concretas como en los delitos patrimoniales, extorsión, chantaje, contra la libertad sexual, la coacción realizada por la autoridad o contra esta, como delito contra la libertad ambulatoria, trata de personas, allanamiento de morada, como ejercicio indebido/ilegal de propio derecho, violencia (intra-)familiar, organizaciones criminales y pandillas, terrorismo, delitos contra el Estado, contra la vida y la salud.

También, la mayoría de Códigos distinguen en sus respectivos tipos la violencia física como fuerza material de la moral como amenaza de un mal grave, sin que se tipifique de forma clara un delito básico de resultado de coacciones por violencia física o moral (psíquica) contra la libertad de actuar en general, esto es: impedir o compeler a hacer o dejar de hacer lo que la ley no prohíbe como lo hace el CPEM, pero menos aún contra la formación de la conciencia y la libertad moral o religiosa. Sin este tipo básico se causa la incoherencia normativa y sistemática del delito de amenazas del CPEM, y hace mucho más difícil desde una perspectiva normativa la tipificación de un delito contra la libertad de actuar en general mediante técnicas estudiadas y practicadas desde el inicio de la humanidad como son las de la persuasión coercitiva vistas *supra*.

Dicho lo anterior y en cuanto a lo que nos interesa en nuestro ámbito de estudio, resulta de especial interés delimitar aún más el *objeto del ataque* en el delito de coacciones para ubicar aquí la persuasión coercitiva. Se precisa este análisis porque la doctrina penal no es unánime en la distinción del ataque que se produce entre el delito de coacciones y el delito de amenazas. En este sentido Jakobs⁸⁷ acierta en que el efecto coaccionador se relaciona con las *menos alternativas* de comportamiento que se deberían dejar jurídicamente garantizadas, salvo que el “autor” se comporte en los límites del derecho aun cuando amenace con ejercitar algo que moralmente es repudiable.⁸⁸ Por esto, en lo que a

⁸⁷ *Ibidem*, p. 468.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 473. Jakobs cierra la problemática con esta máxima: “si el mal con el que se ha conminado no restringe la libertad jurídicamente garantizada, el comportamiento obtenido por medio de coacción ha sido realizado de modo libre porque se ha creado una ulterior alternativa de libertad en el ámbito del espacio de libertad jurídica que le queda remanente a la

nuestra investigación respecta, no resultará ilógico equiparar la *eliminación/restricción de alternativas de comportamiento*⁸⁹ que, en muchos de los casos sufre el adepto a una secta, con las técnicas que hemos desarrollados *supra* como una forma de impedimento a la capacidad o la formación de la libertad de la voluntad: y como injusto de coacciones.

Aquí podemos ya diferenciar entre libertad y capacidad, tanto en sentido ontológico como normativo. La libertad es el producto de la elección, mientras que la capacidad referida a causas sociales significa el horizonte de expectativas y la auto-representación de estas:

- i) En cuanto a la *eliminación del horizonte de expectativas*, el sujeto ve anuladas las expectativas normativas y sociales que le ofrece el Sistema, y se sustituyen *por completo* por las expectativas del grupo, de modo que la capacidad de decidir y la capacidad de ejecutar la voluntad están totalmente condicionadas en una dirección, y secundariamente la libertad.
- ii) En la *restricción del horizonte de expectativas* la capacidad de elección está limitada en relación con las *alternativas ofrecidas por el sistema normativo y social*, de modo que la ofrecida por el tercero (autor) es la única viable. Aquí la libertad está restringida en un horizonte de expectativas claramente marcado por la descompensación entre expectativas normativas y sociales que le llegan al sujeto, y la gran cantidad de expectativas que comunica el grupo, así que la ejecución de la voluntad queda restringida en la dirección conforme a las expectativas del grupo, y secundariamente la libertad.

De esta conclusión se puede llegar a afirmar ya, anticipadamente, que la persuasión coercitiva entra en el injusto de coacciones por su similitud con el concepto de violencia. No obstante, existen otras formas debatibles de violencia que nos pueden servir para aclarar aún más la problemática, en concreto: mediante medios indirectos y mediante anestesia, narcóticos, suero de la verdad o hipnosis y medios sofrológicos.

Es opinión dominante excluir del delito de coacciones los medios indirectos y los engaños porque no representan violencia alguna,⁹⁰ o porque entrarían en los supuestos de dominio del hecho en la autoría mediata bajo engaños.⁹¹ Sin embargo no resultará ilógico concluir que los medios indirectos, los engaños o el ardid puedan ser —como refiere Jakobs— una forma de violencia (“pseudo-fuerza”, cuando se hace creer que cualquier

víctima... Expresado por medio de los elementos de la estafa: se engaña sobre la posibilidad de obtener una contraprestación. Expresado ahora en las categorías de las coacciones: la libertad pretendidamente traída, pero en realidad perdida, se convierte en una falta de libertad real del comportamiento de la víctima”, *Ibidem*, p. 475.

⁸⁹ Para una clara comprensión del concepto *restricción* o *eliminación de alternativas/expectativas* ofrecidas por el Sistema, eje de nuestros postulados, ampliamente, Bardavío Antón, C., *Las sectas en derecho penal: Estudio dogmático de los delitos sectarios*, *cit.*, pp. 517 y ss., pp. 612 y ss.

⁹⁰ Mir Puig, Santiago, “El delito de coacciones en el Código Penal”, *cit.*, p. 279.

⁹¹ Roxin, Claus, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, trad. de la 7a. ed., 1999 alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, pról. de Manuel Cobo del Rosal, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2000, pp. 194 y ss.

resistencia no tiene sentido) o al menos algo semejante a la violencia en función del contexto y del deber de veracidad, cuando “el sentido objetivo de una información sólo puede tener como base su veracidad”, lo que genera en ocasiones un “derecho a la verdad”⁹² y, en definitiva, puede tratarse de un *engaño coercitivo*.

De este modo se puede aseverar también que no puede establecerse un *numerus clausus* de los supuestos o medios violentos. La violencia (*vis absoluta* y *vis compulsiva* coactiva) depende exclusivamente del efecto en la capacidad de libertad de voluntad, lo que fundamenta la inclusión del engaño como medio coactivo (*engaño coercitivo*), si bien en sí mismo no supone violencia pero contiene semejante gravedad de lo injusto por su resultado, similar a la modalidad de la privación de libertad mediante engaños.⁹³

Como decíamos, la doctrina mayoritariamente⁹⁴ incluye el suministro de narcóticos y la hipnosis en el injusto de coacciones como ataque a la capacidad de la voluntad salvo si se produce una incapacidad permanente (delito de lesiones).⁹⁵ Así también, la llamada *violencia por hipnosis* o *influencia psíquica* se admite generalmente por la doctrina como delito de coacciones.⁹⁶ Sin embargo, como decíamos, parte de la doctrina⁹⁷ incluye la hipnosis, suministro de drogas y otros procedimientos novedosos dentro de la expresión del injusto de proselitismo ilícito⁹⁸ de la regulación española, y con más dificultades en la mexicana respecto a la Ley de Asociaciones Religiosas.

⁹² Jakobs, G., “Coacciones por medio de violencia”, *cit.*, pp. 456 y 457.

⁹³ Polaino Navarrete, M., *El delito de detención ilegal*, *cit.*, p. 106.

⁹⁴ Véase Alonso Herreros, R. et al., “Actitud del ordenamiento español ante las sectas”, *cit.*, p. 52; de la misma opinión, Bajo Fernández, Miguel y Díaz-Maroto y Villarejo, Julio, *Manual de derecho penal. Parte especial, delito contra la libertad y seguridad, libertad sexual, honor y estado civil*, 3a. ed., Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1995, pp. 119 y 120; Bustos Ramírez, Juan, *Manual de derecho penal. Parte especial*, 2a. ed., aumentada, corregida y puesta al día, Barcelona, Ariel, 1991, p. 101; Díaz-Maroto y Villarejo, J., *Compendio de derecho penal. Parte especial*, vol. II, *cit.*, p. 74; Mir Puig, S., “El delito de coacciones en el Código penal”, *cit.*, pp. 277 y 278; Morillas Cueva, L., *Los delitos contra la libertad religiosa*, *cit.*, p. 238; Muñoz Conde, F., *Derecho penal. Parte especial*, 15a. ed., *cit.*, p. 157; ubicaban la hipnosis en el delito de coacciones porque ataca la capacidad de formación de la voluntad, Rodríguez Devesa, J. Ma. y Serrano Gómez, A., *Derecho penal. Parte general*, *cit.*, p. 286.

⁹⁵ Rodríguez Devesa J. Ma. et al., *Derecho penal. Parte especial*, t. II, *cit.*, p. 298; Rodríguez Devesa, J. Ma. y Serrano Gómez, A., *Derecho penal. Parte general*, *cit.*, p. 291.

⁹⁶ Algunos penalistas se pronunciaron en contra por la falta de incidencia en el cuerpo del sujeto pasivo, Higuera Guimerá afirma que “(n)o se da el concepto de violencia cuando se emplea la hipnosis, pues en este caso existe solamente sugestión”, Higuera Guimerá, J. F., *El delito de coacciones*, *cit.*, pp. 306; Torio consideraba que la consumación del delito de coacciones mediante el suministro de narcóticos o hipnosis no se produce, aunque se ataque a la capacidad de la voluntad o a la formación de la decisión de voluntad, sino cuando se ataca la ejecución de la voluntad, Torio López, Ángel, “La estructura típica del delito de coacción”, *Homenaje a don Emilio Gómez Orbaneja*, Madrid, Moneda y Crédito, 1977, p. 407.

⁹⁷ Tamarit Sumalla, J. Ma., “Las sectas y el Derecho penal”, *cit.*, pp. 283 y 285; acepta algunos de estos supuestos Higuera Guimerá, J. F., *El delito de coacciones*, *cit.*, pp. 123-129. Sin embargo, Higuera Guimerá reconoce que los casos de suministros de narcóticos y sugestiones hipnóticas plantean problemas especiales “en que la víctima no se va dando cuenta de la presión que se ejerce sobre la misma, pues el proceso narcótico y las sugestiones hipnóticas tienen una duración indefinida. Así cuando se suministra algún narcótico a una persona, pero persiguiendo con ello en realidad que acuda a una importante cita de negocios, en estos casos, existe coacción porque el comportamiento del coaccionador no se mantiene dentro de la esfera del consentimiento del coaccionado”, *ibidem*, p. 230; Pérez-Madrid, F., *La tutela penal del factor religioso en el derecho español*, *cit.*, p. 195.

⁹⁸ En España, en relación con la expresión “apremio ilegítimo” del artículo 522 CP. Por eso, algún sector que ha estudiado con detalle la problemática de la especialidad de la dinámica criminal de las sectas considera que, en la controvertida expresión típica del CP español, *apremio ilegítimo*, entraría toda “utilización de técnica de modificación del pensamiento que produzcan dependencia psíquica o control mental”, Jordán Villacampa, Ma. L., “Las sectas pseudoreligiosas”, *cit.*, p. 103; Navas Renedo, B., *Tratamiento jurídico de las sectas*, *cit.*, p. 293; según Del Re estos medios son métodos probados de manipulación, Del Re, Michele C., “Modellamento psichico e diritto penale: tutela penale dell’ integrità psichica”, *Giustizia Penale*, núm. 11, 1983, pp. 174-180.

En nuestra opinión, según lo visto, es admisible la inclusión de la hipnosis (a diferencia de la sofrología),⁹⁹ los narcóticos y otras sustancias en el concepto de violencia, pues estos medios tienen incidencia en la capacidad de la formación de la voluntad, por cuanto se restringe o se elimina la capacidad cognitiva y volitiva natural. Así las cosas, la eliminación o restricción del horizonte de expectativas, de forma inconsciente por el sujeto pasivo, suponen otras formas de violencia, si bien progresiva en la *vis absoluta* y *vis compulsiva*.

Se verá de esto que nuestro planteamiento es puramente funcional y sistémico. Se distingue la capacidad cognitiva y volitiva del sujeto pasivo, aquella que se posee naturalmente, y la capacidad de formación de un horizonte de expectativas y de elección con la posterior libertad de elección, esto es, además de la capacidad puramente natural hay que observar qué alternativas/expectativas sociales tiene el sujeto. Si el sujeto no tiene alternativas socialmente adecuadas al Sistema Social surge una incapacidad de formación de expectativas que a la postre causa la incapacidad de elección, mientras que si se restringen las alternativas de modo que apenas existen expectativas conforme orienta el Sistema, se produce una *limitación de elección* en tanto que al sujeto se le presentan tantas otras discordantes que difícilmente puede elegir la acorde al Sistema.

En concreto, el adepto al que se le ha sometido a procesos de persuasión coercitiva, tiene su capacidad de formar la voluntad de decisiones, significativamente mermada por acción de las técnicas de persuasión, al restringirse el horizonte de expectativas ofrecido por el Sistema normativo y social y al plantearsele más alternativas adecuadas a la dinámica grupal: las decisiones se adecúan a las del grupo. Sin embargo, la persuasión coercitiva no sólo ataca la formación de la decisión, sino de forma más íntima la capacidad misma de la formación de la voluntad, en aquellos casos que especialmente se somete al sujeto a factores temporales continuos e intensos de los procesos restrictivos del horizonte de alternativas. En su máxima gravedad se crea un estado de dependencia, de *adicción comportamental*, que merma no sólo la libertad de la decisión, sino la misma capacidad de la voluntad, referida ésta a la eliminación de un mundo lleno de posibilidades y de expectativas sociales, de modo que únicamente se le presentan expectativas del grupo: el sujeto está orientado “ineludiblemente” a la elección de las expectativas del grupo. En este caso no existen expectativas del Sistema normativo y social. No se trata de una cuestión del contenido de la acción como violencia o intimidación, sino sobre el efecto que se produce en la capacidad de formar, decidir y ejecutar la voluntad, o en la libertad de decisión.

Amén de ello, las técnicas de persuasión coercitiva, también en su modalidad de engaño coercitivo, entran en el concepto de violencia del injusto de coacciones,¹⁰⁰ y por

⁹⁹ Ampliamente sobre la distinción y trascendencia jurídico-penal, Polaino-Lorente, Aquilino y Polaino Navarrete, Miguel, “Dimensiones psicológico-psiquiátrica y jurídico-penal en el ejercicio de la Sofrología”, *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 204 a 207, 1974, pp. 11-21.

¹⁰⁰ Similantemente, Jansá, Josep Ma., *La coartación de la libertad a través de las sectas destructivas. Una sutil forma de violencia*, Barcelona, 2003; Pascual y Vidaurrázaga Meza aciertan en que “lo que caracteriza a lo que hemos llamado grupos de manipulación psicológica es el engaño basado en el autoengaño —y de aquí la gran fuerza reproductiva, porque cada nuevo seguidor se convierte en un captador potencial de más seguidores—, más que la manipulación consciente, más

su afección a un derecho fundamental como es la *libertad de voluntad*, en una forma de amenazas del artículo 282 fracción II del CPFM, aunque más exactamente en el delito de coacciones del artículo 258 fracción III del CPFM, en ambos casos agravados en relación con los artículos 51 y 52 del CPFM o el artículo 57 CPEM, respectivamente (en España, del párrafo segundo del artículo 172.1 CP, de mejor forma que en los artículos 522, 169 y ss., 173 y 174 del CP).¹⁰¹ El artículo 52 del CPFM si bien permite elevar la pena en el delito de amenazas a la máxima de un año de prisión, sin embargo, como decíamos, dicha pena es a todas luces insuficiente en determinados casos graves o extremadamente graves de persuasión coercitiva cuando la víctima lleva años sometida a los dictados del líder o a la dinámica comportamental del grupo. Asimismo, el artículo 51 del CPFM establece que “(d)entro de los límites fijados por la ley, los jueces y tribunales aplicarán las sanciones establecidas para cada delito, teniendo en cuenta las circunstancias exteriores de ejecución y las peculiares del delincuente; particularmente cuando se trate de indígenas se considerarán los usos y costumbres de los pueblos y comunidades a los que pertenezcan”.

En este sentido se precisa de una reforma penal del tipo de amenazas que incluya una fórmula básica de coacciones, máxime en relación con el artículo 52 del CPFM¹⁰² que permitiría el aumento de las penas, sin perjuicio de la tipificación *de lege ferenda* de un tipo específico de persuasión coercitiva como más adelante propondremos, todo esto con el fin de otorgar mayor fundamentación normativa a éste, pues sin un delito básico de coacción, o con la simple formulación del delito de amenazas del CPFM, resultaría coja una tipificación de la persuasión coercitiva que se fundamentara en una mayor agravación por índole de la mayor violencia en la capacidad de libertad de actuar en general. Desde nuestra formulación, la persuasión coercitiva oscilará entre la *vis absoluta* y la *vis compulsiva* coactiva, así que el efecto que se produzca delimitará a la vez la consecuencia jurídico-penal en la autoría y participación.¹⁰³

difícil de mantener y propagar en una sociedad que se presenta como pluralista y abierta como la catalana”, Pascual, J. y Vidaurrázaga Meza, E., *Grupos de manipulación psicológica en Cataluña, situación y conceptos*, cit., pp. 37 y 38; además “(c)uando hablamos de autoengaño nos referimos a un fenómeno que tiene una parte de interiorización y, por lo tanto, de carácter subjetivo, pero que a su vez viene reforzado por la dimensión intersubjetiva, a dos niveles: por la relación que mantienen líder y seguidor, y por el refuerzo que se da entre entidades afines y que constituyen redes de apoyo y reconocimiento mutuo”, *ibidem*, nota 35; sólo en caso de no apreciarse el elemento subjetivo de lo injusto de *tendencia interna intensificada* del artículo 205 CP español derogado, Pérez-Madrid, F., *La tutela penal del factor religioso en el derecho español*, cit., p. 204, 288 y ss.

¹⁰¹ Admite las coacciones subsidiariamente al delito de privación de libertad, Redondo Hermida, A., “El delito sectario en la reciente jurisprudencia”, cit., p. 78.

¹⁰² Este precepto permite: “el juez fijará las penas y medidas de seguridad que estime justas y procedentes dentro de los límites señalados para cada delito, con base en la gravedad del ilícito, la calidad y condición específica de la víctima u ofendido y el grado de culpabilidad del agente, teniendo en cuenta: *I.* La magnitud del daño causado al bien jurídico o del peligro a que hubiere sido expuesto; *II.* La naturaleza de la acción u omisión y de los medios empleados para ejecutarla; *III.* Las circunstancias de tiempo, lugar, modo u ocasión del hecho realizado; *IV.* La forma y grado de intervención del agente en la comisión del delito; *V.* La edad, la educación, la ilustración, las costumbres, las condiciones sociales y económicas del sujeto, así como los motivos que lo impulsaron o determinaron a delinquir. Cuando el procesado perteneciere a algún pueblo o comunidad indígena, se tomarán en cuenta, además, sus usos y costumbres; *VI.* El comportamiento posterior del acusado con relación al delito cometido; y *VII.* Las demás condiciones especiales y personales en que se encontraba el agente en el momento de la comisión del delito, siempre y cuando sean relevantes para determinar la posibilidad de haber ajustado su conducta a las exigencias de la norma”.

¹⁰³ Con detalle sobre las soluciones a las que llevan nuestros postulados, Bardavío Antón, C., *Las sectas en derecho penal: estudio dogmático de los delitos sectarios*, cit., pp. 697-803.

Cuestión muy controvertida es la punibilidad negada mayoritariamente por la doctrina de las *coacciones imprudentes* y que interesa, aunque brevemente, señalar aquí. De los fundamentos que hemos esgrimido con base en la naturaleza constitutiva de la libertad de actuar en general que protege este delito, debemos reconocer al menos las *comisiones graves, en acción y resultado*, que, al igual que se exigen en la comisión dolosa para diferenciar el delito grave del leve, llevan a admitir dicha posibilidad teórica y práctica de la comisión imprudente, esto es, cuando tanto la *acción* como su *resultado sean graves*, pero también su tipo subjetivo: con *culpa consciente*.¹⁰⁴

Además, cuestión muy significativa es que en la dinámica criminal y en unidad de acción confluyen causas para aumentar la pena del artículo 52 del CPFM, al menos claramente en el tipo doloso de lesiones (en México: premeditación, con ventaja, con alevosía o la traición de los artículos 315 y ss. del CPFM; en España: alevosía, abuso de superioridad, abuso de confianza del artículo 22 del Código Penal). Esto fundamenta la necesidad de un tipo específico, no sin problemas concursales y de configuración típica de una propuesta de criminalización,¹⁰⁵ pero ayudaría a comprender normativamente las dinámicas comportamentales descritas, tales como los casos de suicidios/asesinatos colectivos, el consentimiento a relaciones sexuales con abuso de superioridad del líder o grupo o disposición de grandes cantidades de dinero, que pasarían de ser impunes a punibles cuando el concepto normativo de violencia se explica en un tipo de persuasión coercitiva que sirve de *eje motriz* de las demás conductas.

Esto es, el injusto teórico de la persuasión coercitiva y su modalidad de *engaño coercitivo* supone el eje motriz de la comisión de otros injustos como la estafa. Por ejemplo, el CPFM sanciona en la fracción XV del artículo 386 el fraude en la *superchería popular*¹⁰⁶ (*al que explote las preocupaciones, la superstición o la ignorancia del pueblo, por medio de supuesta vocación de espíritus, adivinaciones o curaciones*), si bien supone en nuestra opinión una criminalización peligrosa de ciertas conductas amparadas por la libertad religiosa y vuelve difícil la distinción salvo por imperativo moralista tradicional, y como comenta Reynoso Dávila en el sentido de la doctrina mexicana mayoritaria, “(i)ndudablemente nada de esto es aplicable a los cultos religiosos, cualquiera que sea su rito o liturgia; pues pretender incriminar la recepción de bienes patrimoniales para sufragar los gastos que implican las prácticas litúrgicas, atentaría contra los sentimientos

¹⁰⁴ En este sentido —y extrapolando las conclusiones de Polaino Navarrete sobre el delito de *detención ilegal* imprudente—, sería necesaria “la constatación de realización culposa del primer momento típico de la acción y asimismo de realización culposa del segundo momento de la conducta típica... por idénticas exigencias, la necesidad de formulación del juicio de reproche de culpabilidad correspondiente a la realización culposa global del tipo de injusto”, y lo mismo para conductas de realización dolosa o imprudente en la acción e imprudente o dolosa posteriormente en el segundo momento referido al resultado de la privación de libertad, Polaino Navarrete, M., *El delito de detención ilegal*, cit., pp. 181 y 182.

¹⁰⁵ Ampliamente sobre el desarrollo argumental de la configuración típica agravada, Bardavio Antón, C., *Las sectas en derecho penal: estudio dogmático de los delitos sectarios*, cit., pp. 532 y ss., 659 y ss.

¹⁰⁶ A favor de su criminalización en casos limitados porque el tipo va dirigido a la población caracterizada por su incultura, González Quintanilla, José Arturo, *Derecho penal mexicano. Parte general y parte especial. Metodología jurídica y desglose de las constantes, elementos y configuración de los tipos penales*, 9a. ed., México, Porrúa, 2014, p. 874; ampliamente, Reynoso Dávila, Roberto, *Derecho penal. Parte especial*, con la colaboración de Máximo Reynoso Othón, Ciudad de México, Porrúa, 2013, pp. 594 y ss.

de la colectividad”.¹⁰⁷ Entonces, llama la atención que se criminalice la explotación de la superstición o la ignorancia sólo en el caso de utilización de estos medios.¹⁰⁸

Es habitual en la doctrina y jurisprudencia española rechazar el fraude (*estafa*) en los casos de curanderos, exorcistas, ofertas paranormales o extrasensoriales, etcétera, al faltar una *peligrosidad objetiva*, sin embargo, se suele aceptar si se crean falsas ideas o representaciones de la realidad¹⁰⁹ (no cuando el sujeto se percata y el acto de disposición es pura liberalidad: *autopuesta en peligro*), aunque existen dudas según los casos sobre los “juicios de valor”.

Sin embargo, y esta es la clave, previamente a la comisión de este tipo de fraudes se realiza habitualmente por el autor una persuasión o engaño coercitivo que explica cómo el sujeto a pesar de su consentimiento se siente finalmente defraudado, y esta explicación sólo puede derivarse de que el autor ha ocultado datos relevantes mediante las citadas técnicas que hacen que la víctima acepte realizar una conducta en su propio perjuicio o el de un tercero, sin conocer todos los datos del riesgo (*heteropuesta en peligro*). Entonces, antes de la comisión del fraude existe ya un *fundamento de punibilidad*: la persuasión coercitiva que *per se* crea en el sujeto una limitación o anulación de la capacidad de libre voluntad, sobre la que gira a la postre y se fundamenta la comisión de los demás delitos (fraudes, abusos sexuales, homicidios, etcétera).

E. La persuasión coercitiva como “delito contra la salud psíquica”

La persuasión coercitiva, tal y como la hemos tratado, supone un ataque a la libre capacidad de la voluntad, un injusto autónomo y diferenciado, aunque en ciertas situaciones intensas puede llevar a trastornos mentales significativos como delitos contra la salud psíquica, y como veremos, sirve también en ambos casos como eje motriz para causar otros perjuicios a la víctima o para utilizarla contra terceros (estafas, abusos o agresión sexual, trata de personas, etcétera). De aquí que sea conveniente detenernos en el análisis normativo del delito de lesiones psicológicas con el objetivo de precisar la dinámica injusta.

¹⁰⁷ Reynoso Dávila, R., *Derecho penal. Parte especial, cit.*, pp. 595 y 596.

¹⁰⁸ En este sentido, Francisco Pavón Vasconcelos, *op. cit.*, p. 594.

¹⁰⁹ Por ejemplo, “salvo que se lleven a cabo maquinaciones especiales para crear en cualquier persona una falsa idea de la realidad”, Bustos Ramírez, J., *Manual de Derecho penal. Parte especial, cit.*, p. 192; generalmente excluyente en la dinámica sectaria y porque el fraude que no atañe a los *elementos esenciales del negocio jurídico* no constituye un error relevante, Cugat Mauri, M., *Sectas y sectarios ante el derecho penal, cit.*, pp. 160 y ss; cuando el sujeto está predispuesto al engaño no sería estafa si “asume que la representación que se le efectúa puede ser incierta (suficiencia del error)”, García Valdés Carlos *et al.*, *Lecciones de derecho penal. Parte especial (adaptadas a la docencia del Plan Bolonia, Según las reformas del Código Penal de 2015)*, 2a. ed., Madrid, Edisofer, 2015, p. 139; Corcoy Bidasolo, M. *et al.*, *Manual práctico de derecho penal. Parte especial, cit.*, pp. 567 y 568; así también Pérez Manzano porque el acto de disposición no se da por el error, sino por la “caridad, curiosidad, ignorancia absoluta previa o creencias previas adoptadas por el sujeto”, Pérez Manzano, Mercedes *et al.*, *Manual de derecho penal. Parte especial, delitos patrimoniales y socioeconómicos*, 2a. ed., Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1993, pp. 277 y 284. Aunque reconoce que el error puede estar motivado por la *falsa representación*, *ibidem*, p. 284, nota 106. Sin embargo, en España, la Sentencia del Tribunal Supremo, de 2 de febrero de 2007 absolvió a una curandera que quería acabar con el cáncer por medios supersticiosos, al entender que la inverosimilitud de los medios curativos no constituía engaño, sino un acto de fe, de modo que la confianza en la magia no puede ser objeto de tutela penal, véase Herrera Moreno, Myriam *et al.*, *Lecciones de derecho penal. Parte especial*, Miguel Polaino Navarrete (dir.), Madrid, Tecnos, 2011, t. II, p. 94.

No existe acuerdo por parte de la doctrina sobre cuál es el bien jurídico protegido en el delito de lesiones, si bien en verdad todos los penalistas aluden al mismo concepto: *la salud personal general*. En este caso algunos resultados de la persuasión coercitiva pueden dar lugar al delito de lesiones psíquicas.

En concreto, el artículo 288 del CPFM describe que una lesión psíquica como “toda alteración en la salud y cualquier otro daño que deja huella material en el cuerpo humano, si esos efectos son producidos por una causa externa”. En cuanto a lo que nos interesa el artículo 292 del CPFM preceptúa que “(s)e impondrán de cinco a ocho años de prisión al que infiera una lesión de la que resulte una enfermedad segura o probablemente incurable...”. Y el segundo párrafo establece que “(s)e impondrán de seis a diez años de prisión, al que infiera una lesión a consecuencia de la cual resulte incapacidad permanente para trabajar, enajenación mental, la pérdida de la vista o del habla o de las funciones sexuales”. En el CPFM se establece la calificación, aunque no se pueda en el momento comprobar la incurabilidad sino su alta probabilidad o perdurabilidad.

Ha de aclararse también que en relación a la denominada *autoría de conciencia* (normalmente vinculada a la objeción de conciencia y a delitos como la omisión de cuidado), *por convicción* (el que caza fuera de los periodos de veda o el maltratador) o en relación al *enemigo* (generalmente el terrorista, más si cabe ahora el terrorista *yihadista*), la mayoría de la doctrina¹¹⁰ ha rechazado la aplicación de una causa de inimputabilidad como si se tratara de una lesión o enfermedad psíquica en el conflicto de conciencia, si bien hay quienes¹¹¹ admiten la posibilidad de ciertas neurosis obsesivas, el fanatismo y la esquizofrenia serían las posibles causas de trastorno mental en determinados casos. Se considera¹¹² posible la eximente de alteración psíquica en casos de sujetos que desde su infancia están sometidos a un determinado contexto cultural y de valores que impide acceder a las normas culturales de la sociedad. Otros¹¹³ consideran esta posibilidad en relación con un *trastorno disociativo* y abogan por la aplicación de una medida de seguridad, (como injusto de lesiones);¹¹⁴ mientras que otros penalistas¹¹⁵ admiten la posibilidad de la anomalía en la alteración de la percepción por aislamiento cultural; si bien en parte se critica¹¹⁶ en concreto la aplicación del arrebató y obcecación en determinadas circunstancias. Por ello se ha comentado¹¹⁷ que, si se reconoce la libertad de conciencia, a la postre no puede ser tratada como una anomalía psíquica.

¹¹⁰ Baucells i Lladós, Joan, *La delincuencia por convicción*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, pp. 335 y ss.; Flores Mendoza, Fátima, *La objeción de conciencia en derecho penal*, Granada, Comares, 2001, pp. 202-204; Jericó Ojer, Leticia, *El conflicto de conciencia ante el derecho penal*, La Ley (Temas), 2007, pp. 370-374, 463 y 464; Tamarit Sumalla, J. Ma., “La objeción de conciencia”, *Cuadernos Jurídicos*, núm. 22, 1994, p. 41.

¹¹¹ Baucells i Lladós, J., *La delincuencia por convicción*, cit., pp. 335 y ss.

¹¹² *Ibidem*, p. 336.

¹¹³ Pero no descarta puntualmente otras como la alteración de la percepción y más escasamente el error de prohibición, Cugat Mauri, M., *Sectas y sectarios ante el derecho penal*, cit., pp. 51 y ss., y p. 64.

¹¹⁴ *Ibidem*, pp. 96 y 97.

¹¹⁵ Tamarit Sumalla, J. Ma., “Libertad de conciencia y responsabilidad penal: relevancia de los motivos de conciencia en la valoración de la antijuricidad y culpabilidad”, *Laicidad y libertades. Escritos jurídicos*, núm. 1, 2001, pp. 383-402, 397 y ss.; De la Cuesta Arzamendi, J. L., “Imputabilidad y nuevo Código Penal”, *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro homenaje al profesor doctor Don Angel Torío López*, Granada, Comares, 1999, pp. 308-310.

¹¹⁶ Tamarit Sumalla, J. Ma., “La objeción de conciencia”, cit., p. 41.

¹¹⁷ Jericó Ojer, L., *El conflicto de conciencia ante el derecho penal*, cit., pp. 370-374.

En nuestro ámbito de estudio Luzón Peña admite que en casos “muy excepcionales” la situación psicológica de fanatismo del autor por convicción puede ser “anormal”, y expone el caso de los *lavados de cerebro* en los que existe una anomalía psíquica o de trastorno mental transitorio que excluye la culpabilidad por inimputabilidad, y que fundamenta la aplicación de medidas de seguridad por la peligrosidad que demuestra.¹¹⁸ Y Flores Mendoza¹¹⁹ considera aplicable la eximente de alteración o anomalía psíquica en un sujeto obligado a los dictados de una conciencia cuando llega al fanatismo, a la neurosis o a la patología; con lo que estamos de acuerdo, lo cual tampoco lleva a negar —como bien ha apuntado Jericó— que dicha alteración llegue a fijar siempre una conciencia y valores considerados supremos que originen a la postre un conflicto de conciencia de obligado cumplimiento. En algunas ocasiones los tribunales aceptan la posibilidad de que, en ciertas circunstancias de fanatismo o de contexto cultural, se reproduzca una alteración psíquica relevante que produzca el conflicto de conciencia o la actuación por convicción.

Lo anterior explica la dicotomía entre una conducta criminal amparada en la libertad de conciencia para salvaguardar la conciencia o cuando en el autor se produce por el cumplimiento de la ley un déficit o trastorno, y la situación creada por un tercero mediante la causación de un *déficit de socialización* como injusto de persuasión coercitiva, en la que se deriva la problemática a un injusto de coacciones o de lesiones psíquicas análogas al del autor de conciencia. En este sentido la problemática precisa del estudio de ambos supuestos: conductas libres y coaccionadas; y de tal manera confrontarlas, que por motivos de espacio no puede resolverse en este estudio.¹²⁰

Pues bien, respecto a la persuasión coercitiva como injusto de lesiones psíquicas parte de la doctrina se ha mostrado disconforme en ubicar normativamente la manipulación o control mental en el delito de lesiones.¹²¹ Sin embargo, si partimos de que la doctrina¹²² está de acuerdo en considerar que la *perdurabilidad* de la lesión es la clave y el fundamento de la agravación por el resultado en el artículo 292 del CPFM, en nuestro caso, en relación a la causación de una grave enfermedad somática o psíquica por medio de la persuasión coercitiva, tanto en la determinación exacta de la perdurabilidad como en el concepto normativo de la gravedad,¹²³ y puesto que tampoco se precisa¹²⁴ que dicha lesión grave sea incurable ya que la agravación se fundamenta más en la perdurabilidad y en la dificultad de sanación que en la incurabilidad, habrá que convenir que asentada

¹¹⁸ Luzón Peña, Diego-Manuel, “Actuación en conciencia y objeción de conciencia como causa de justificación y como causa de exculpación frente a la punición del delincuente por convicción”, *InDret*, enero de 2013, p. 15.

¹¹⁹ Flores Mendoza, F., *La objeción de conciencia en derecho penal*, cit., pp. 203 y 204.

¹²⁰ Al respecto y sobre lo que gira la obra de Bardavío Antón, C., *Las sectas en derecho penal: estudio dogmático de los delitos sectarios*, cit.

¹²¹ En concreto Martín Sánchez explica que el delito de lesiones no puede cubrir las posibilidades en relación con la protección de la formación de la conciencia “porque las agresiones contra la salud física y psíquica no siempre cumplirán los requisitos establecidos por el artículo 147 CP” ni del 153 CPE, Martín Sánchez, I., *El derecho a la formación de la conciencia*, cit., p. 144.

¹²² Cancio Meliá, M. et al., *Compendio de derecho penal. Parte especial*, Miguel Bajo Fernández (dir.), Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2003, vol. I, p. 420.

¹²³ Corcoy Bidasolo, M. et al., *Manual práctico de derecho penal. Parte especial*, cit., p. 137.

¹²⁴ González Rus, J. J., *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 156.

la idea de que la persuasión coercitiva es un proceso gradual de limitación/incapacitación de la libertad de voluntad de la que no resulta un claro trastorno psíquico, *tardía y estadísticamente restringen la capacidad por medio de la eliminación de posibilidades y expectativas*, lo que produce el denominado *síndrome disociativo atípico, adicción comportamental* u otra enfermedad¹²⁵ que permanecen ocultos o latentes pero con la misma naturaleza que una enfermedad grave, por lo cual entra en el tipo agravado de lesiones por el resultado.

F. Asociacionismo ilícito: ¿organización criminal imprudente?

No existe en el CPE ni en los Códigos estatales un delito claramente autónomo de “persuasión coercitiva” o “manipulación mental”, sin perjuicio de los apuntes realizados por nuestra parte (en España existe cierto reconocimiento no exento de polémica según lo visto).¹²⁶ Sin embargo, el artículo 164 del CPE castiga “(a)l que forme parte de una *aso-*

¹²⁵ Cugat Mauri defiende en la doctrina, y sólo parcialmente por la dificultad de la base somática de la lesión y de la prueba, la posibilidad de las lesiones psíquicas graves del 149 del CPE en el ámbito de estudio por la aplicación de técnicas de manipulación, y no cuando se refiera a la “dependencia grupal”, Cugat Mauri, M., *Sectas y sectarios ante el derecho penal*, cit., pp. 96-101.

¹²⁶ En España sorprende que el delito de asociacionismo ilícito sanciona en una de sus formas (515.2 CPE) las asociaciones “que, aun teniendo por objeto un fin lícito, empleen medios violentos o de alteración o control de la personalidad para su consecución”. De hecho, este precepto supone un reconocimiento de la realidad de las técnicas de persuasión, sin embargo, como decíamos, no existe tipo específico alguno que sancione el *control de la personalidad*, lo que deja cojo el delito de asociacionismo ilícito en esta modalidad, Cancio Meliá, M., “De los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizadas en la Constitución”, *Comentarios al Código Penal de 1995*, cit., pp. 1288 y 1289; Martín Sánchez, I., *El derecho a la formación de la conciencia*, cit., p. 276; Motilla de la Calle, A., “La protección de la religión en el Código Penal español de 1995”, cit., p. 460; Motilla de la Calle, A., *Sectas y Derecho en España*, cit., p. 40; Tamarit Sumalla, J. Ma., “De los delitos contra la libertad de conciencia”, en Quintero Olivares, Gonzalo (dir.), Valle Muñiz, José Manuel (coord.), *Comentarios al nuevo Código Penal*, Pamplona, Aranzadi, 1996, p. 2103; Vázquez Honrubia, José María, “El Código Penal de 1995 y las organizaciones sectarias”, *Infosect, Boletín de la Asociación A. I. S.*, 2001.

La exposición de motivos del Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal español de 1992 expresaba este reconocimiento. En concreto comentaba que “por primera vez, y a fin de ofrecer un instrumento eficaz en la lucha contra las sectas, las que, aun teniendo por objeto un fin lícito... emplearen medios violentos o de alteración o control de la personalidad para su consecución”, *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, serie A, de 23 de septiembre de 1992, p. 26. En opinión de Martín Sánchez, no resulta suficiente la tipificación del ahora artículo 513.2 CP español en relación con los ataques realizados por asociaciones ideológicas o religiosas (comenta que se debería incluir la intimidación y el engaño, Martín Sánchez, I., *El derecho a la formación de la conciencia*, cit., pp. 284 y ss., así como p. 327; Goti Ordeñana, J., “Tratamiento jurídico de las sectas en España”, cit., p. 152. De aquí que en relación a los medios de *alteración o control de la personalidad* sea necesaria para una eficaz protección del *derecho a la formación de la conciencia*, incluir en una fórmula todas las técnicas y medios de control psicológicos que no se puedan subsumir en los restantes medios (Martín Sánchez, I., *El derecho a la formación de la conciencia*, cit., p. 329), tales como la *alteración o control de la personalidad*, y que al no estar tipificados como delito autónomo, precisan complementarse con otros tipos penales —bajo pena de inconstitucionalidad (lo considera inconstitucional y en todo caso aboga por la derogación, Font Boix, Ignacio, “Propuesta de despenalización radical en la legislación española de los medios de control o de alteración de la personalidad en relación con las llamadas sectas”, *Cuadernos doctorales: derecho canónico, derecho eclesiástico del Estado*, núm. 20, 2003-2004, pp. 111 y 112)— en relación con el artículo 22 Constitución Española (de modo que se debería incluir “a la hipnosis, al uso de narcóticos, drogas, sustancias psicotrópicas y diversas técnicas de control psicológico, tales como el lavado de cerebro y la desprogramación... a todos aquellos medios susceptibles de impedir a una persona actuar de un modo consciente y libre”, Martín Sánchez, I., *El derecho a la formación de la conciencia*, cit., p. 281). Por eso, parte de la doctrina española no considera acertado que los medios de *alteración o control de la personalidad* diesen lugar a la comisión de *delitos autónomos* (*ibidem*, p. 282; Motilla, A., “Reflexiones sobre el tratamiento jurídico-penal de las sectas religiosas en España”, en Ordeñana, Juan Goti (ed.), *Aspectos socio-jurídicos de las sectas desde una perspectiva comparada*, cit., p. 317; Pérez-Madrid, F., *La tutela penal del factor religioso en el derecho español*, cit., p. 203; Tamarit Sumalla, J. Ma., *La libertad ideológica en el derecho penal*, Barcelona, PPU, 1989, pp. 247 y ss.), salvo en casos de menores de edad

ciación o banda de tres o más personas con propósito de delinquir, se le impondrá prisión de cinco a diez años y de cien a trescientos días multa”. Y el artículo 164 *bis* criminaliza los delitos realizados por pandillas que, sin estar organizadas, tengan fines delictuosos como en el caso de la asociación o de la banda. No obstante, ambos preceptos pueden asociarse a la criminalidad de las sectas coercitivas.

Una cuestión trascendental y novedosa en España, sobre lo que ha de tomar nota la legislación mexicana, es la criminalización de las personas jurídicas, y que junto a los fundamentos de criminalización de la organización criminal abre el debate no sólo de la responsabilidad penal de la persona jurídica, sino también de la *organización criminal de tipo imprudente*. No son pocas las voces de la doctrina que han defendido la coautoría imprudente bajo el presupuesto de que la coautoría no precisa de un acuerdo en común. Desde los postulados funcionalistas el “injusto sistémico” o “imputación colectiva” (Lampe)¹²⁷ supone un injusto directo de la agrupación, distinta de la imputación de cada miembro por el delito-fin. De aquí que se pueda diferenciar funcionalmente por una parte la organización delictiva en sí misma, la coautoría, como un *injusto simple*,¹²⁸ y de otra, la *organización criminal* como *injusto constitutivo*.¹²⁹ Muy gráficamente Polaino-Orts señala que “lo que aporta cada sujeto es *per se* algo naturalístico, es el entorno; sólo la organización criminal constituye el sistema de injusto... cada miembro de la organización es técnicamente la organización en sí”.¹³⁰

Así las cosas, en lo que respecta a nuestra investigación se podrá estar de acuerdo en que el *totalitarismo dogmático* y comportamental de algunos grupos o relaciones genera un elevado riesgo al Estado democrático. En nuestro caso algunos grupos sectarios y sectas coercitivas dotan a su funcionalidad de *totalitarismo sistémico*. Cuestión indiscutida es la organización criminal de tipo doloso, sin embargo, la creación de dicho riesgo (obrar conjunto descuidado) puede también focalizarse en un origen de tipo imprudente, en nuestro caso, la creación de *persuaciones coercitivas recíprocas* mediante la *dinámica comportamental grupal*, debido a la elevada gravedad de la acción que resultaría en el reproche penal. No son pocos los casos en los que ya las leyes penales, por ejemplo las españolas, sancionan la organización de tipo imprudente.¹³¹ Así, la punibilidad

o cuando se cause un resultado de lesiones o grave atentado a la dignidad (artículos 155 y 173 CPE), Sánchez, I., *El derecho a la formación de la conciencia*, cit., pp. 282 y ss.

¹²⁷ Lampe, Ernst-Joachim, “Injusto del sistema y sistemas de injusto”, edición y trad. de Carlos Gómez-Jara Díez *et al.*, en Ernst-Joachim Lampe, *La dogmática jurídico-penal entre la ontología social y el funcionalismo*, Lima, Grijley, 2003, pp. 97 y ss. Decía Luhmann con agudeza que las organizaciones son sistemas *autopoieticos*, Luhmann, N., *Organización y decisión. Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo*, intr. de Darío Rodríguez Mansilla, Barcelona, Anthropos, 1a. reimp. 2005, de la 1a. ed. 1997, del original “Organisation und Entscheidung. Autopoiesis, Handlung und kommunikative Verständigung”, *Zeitschrift für Soziologie*, vol. 11, núm. 4, octubre de 1982.

¹²⁸ Polaino-Orts, M., *Derecho penal del enemigo. Fundamentos, potencial de sentido y límites de vigencia*, pról. de Günther Jakobs, Barcelona, Bosch, 2009, p. 394; Santa Rita Tamés, Gilberto, *El delito de organización terrorista: un modelo de derecho penal del enemigo. Análisis desde la perspectiva de la imputación objetiva*, pról. de Miguel Polaino-Orts, Barcelona, Bosch, 2015, p. 380.

¹²⁹ Polaino-Orts, M., *Derecho penal del enemigo. Fundamentos*, cit., p. 394; Santa Rita Tamés, G., *El delito de organización terrorista*, cit., p. 381.

¹³⁰ Polaino-Orts, M., “La imputación objetiva: esencia y significado”, cit., p. 71, cursiva en el original; Santa Rita Tamés, G., *El delito de organización terrorista*, cit., pp. 590 y ss.

¹³¹ La Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo, ha incluido el *delito de colaboración imprudente con organización terrorista*

de la organización criminal de tipo imprudente es sostenible, en nuestro ámbito de estudio se trataría de una organización de tipo totalitario que claramente atente contra el Estado de derecho, a pesar de la falta de intencionalidad del grupo sobre el resultado, pero cuya conducta demuestra una peligrosidad *objetiva*.¹³²

La imputación personal de esta configuración riesgosa, sin que se vulnere el principio *ne bis in idem*, subyace en las aportaciones individuales de cada miembro en una *comunidad de confianza especial deficitaria* que genera la *competencia de todos sobre el todo*, esto es, cada aportación u omisión riesgosa (comunicativamente deficitaria) constituye una conducta propia de la organización según lo explicado con el modelo funcionalista, y sin perjuicio de la imputación de los delitos-fin consumados o que se hubieran empezado a ejecutar.

IV. La dificultad de persecución penal: la persuasión coercitiva como injusto autónomo y medial de otros delitos

La falta de incidencia corporal que tienen normalmente las técnicas de persuasión coercitiva y la falta de consentimiento de la víctima en la comprobación de la realidad del sometimiento a dichas técnicas dificultan la persecución criminal de las organizaciones sectarias criminales. La prueba de una persuasión coercitiva sería un “contra-lavado de cerebro” o “desprogramación”, pero esto no se puede imponer en contra de la voluntad de un sujeto mayor de edad menor con suficiente madurez.¹³³ Actualmente están teniendo éxito los “consejeros de salida” (*exit counseling*), procedimiento menos ofensivo porque cuenta con la libre participación del adepto, o la tutela provisional del sujeto ante evidencias de falta de capacidad.

Otra posibilidad consiste en realizar la declaración de incapacidad, o en su caso aplicar un internamiento forzoso por razones manifiestas de ingobernabilidad de la voluntad, por ejemplo en casos de *síndrome disociativo atípico* como trastorno típico resultante de la persuasión coercitiva que, aunque de carácter transitorio porque tiene reversibilidad, sin embargo en sí misma es una lesión perdurable, lo que permitiría aplicar el delito de lesiones graves del artículo 292 del CPFM (grave enfermedad psíquica).

en el artículo 577.3 del CPE; en el blanqueo de capitales, el artículo 1.2.d) de la Ley 10/2010 de 28 de abril, de Prevención del Blanqueo de Capitales y de la financiación del terrorismo, integra una *norma penal en blanco* del delito contra la Hacienda pública de blanqueo de capitales del artículo 301 del CPE, en relación con la punibilidad de la organización criminal dedicada al blanqueo del artículo 302 del CPE, (merece destacar que hace tiempo Polaino Navarrete apreció la posibilidad de la comisión culposa en materia de incumplimiento de las condiciones de subvenciones o la utilización de la subvención para otros fines de forma imprudente, Polaino Navarrete, M., “El delito fiscal. Secuencias fallidas de una reforma penal”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. IX, 1984-1985, Cursos y Congresos, núm. 40, Servicios de Publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela, p. 193); y la Ley Orgánica 6/2011, de 30 de junio, por la que se modifica la LO 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando, en su Preámbulo razona la necesidad de criminalizar las conductas imprudentes, y su artículo 2.5 en relación con el apartado 6 y 7 se recoge la comisión por imprudencia grave.

¹³² Más ampliamente, Bardavío Antón, C., *Las sectas en derecho penal: Estudio dogmático de los delitos sectarios*, cit., pp. 805 y ss., especialmente pp. 834 y ss.

¹³³ Lo cierto es que —tal y como recuerda López Alarcón— “siempre que concurran en el menor las condiciones de madurez que le permiten tomar decisiones por sí mismo” no se podrá imponer ni una religión ni una técnica de desprogramación en contra de su voluntad, López Alarcón, M., “El interés religioso y su tutela por el Estado”, *vv.aa.*, *Derecho Eclesiástico del Estado Español*, 2a. ed., Pamplona, 1983, p. 539.

En nuestra opinión, según lo dicho, la persuasión coercitiva es un *proceso gradual de incapacidad de la libertad de voluntad (social/exógena)* previo a la incapacidad inherente/material de la conciencia y la voluntad que suponen las lesiones psíquicas, del que si bien no resulta un claro trastorno psíquico de los catalogados en los manuales diagnósticos, restringe la capacidad por medio de la *eliminación de posibilidades y expectativas* que produce *sintomatología previa* (la *ansiedad*, la *depresión*, el *miedo* y la *culpa* entre otros),¹³⁴ a la cronificación o establecimiento de una lesión psicológica o trastorno mental que fundamenta el injusto de la persuasión coercitiva como delito de coacciones, y posterior y *progresivamente* la lesión psicológica, como trastorno psicológico o como un *síndrome disociativo atípico* (adicción).

Así las cosas, antes de optar por una demanda civil de incapacitación, parece también viable interponer una *querrela por delito de amenazas* en aquellos casos en los que se pueda acreditar con la aportación de informes psicológicos y la comprobación mediante *test* de la verosimilitud del testimonio, la credibilidad subjetiva, la coherencia y las contradicciones, y sin perjuicio de la comprobación pericial de sintomatología, tal como el *miedo*, *culpa*, *aislamiento social*, *ansiedad*, *depresión*, que sin ser catalogada de trastorno o lesión psíquica, pruebe dichos efectos y la conexión de imputación de la dinámica de persuasión coercitiva como delito de coacciones a los autores, sin embargo la escasa penalidad del tipo de amenazas y la incoherencia normativa por la falta de un resultado contra la libertad de la voluntad básica en el modelo de ataque explicado, recomiendan la tipificación de un tipo básico de coacciones y el de persuasión coercitiva.

Y es que llegados a este punto, con la autonomía del injusto de la persuasión coercitiva basada en una *forma específica de violencia* puede apreciarse con mayor nitidez que sirve de *eje motriz* para la comisión de otros injustos contra la víctima o sirviéndose de ésta para la comisión de otros delitos contra terceros, es decir, sirve dicho planteamiento para resolver otros delitos, sin perjuicio de los concurso: asesinato, lesiones psíquicas, agresión sexual, estafa, trata de personas, etcétera.

En este sentido, partiendo de que la persuasión coercitiva es una forma de violencia imperceptible por la víctima (sutil), que precisa de cierta progresividad, que se aplica indirectamente, esto es, con cierta participación inconsciente de la víctima, y que se realiza con *alevosía*, *abuso de superioridad* y de *confianza*, al menos en la *acción*, se puede comprender que con la persuasión coercitiva, más que la creación de un vicio del consentimiento, éste se *arranca*, de modo que estaremos ante casos de asesinato, lesiones psíquicas, agresión sexual o violación, estafa o trata de personas, sin perjuicio de los correspondientes concursos. Desde aquí, la violencia de la persuasión coercitiva hace comprensible otras formas de comisión delictiva que, sin dicha explicación normativa, quedarían impunes.¹³⁵

¹³⁴ En este sentido un sector autorizado de la psicología, Saldaña Omar *et al.*, “Modelo de consecuencias psicosociales del abuso psicológico grupal”, *Dipòsit digital de la UB. Documents de treball / Informes (Psicologia Social)*, núm. 3, 2015, consultado el 1 de marzo de 2017, disponible en: <http://hdl.handle.net/2445/65097>.

¹³⁵ Para un caso específico ocurrido en España sobre un grupo religioso y supuestos delitos de abusos sexuales, ampliamente, Bardavío Antón, C., “La ‘víctima-autor’ en la ‘persuasión coercitiva’”. Comentario a la Sentencia de los ‘Miguelianos’, Orden de San Miguel Arcángel, de la Sección 4a. de la Audiencia provincial de Pontevedra núm. 33/2018, de 28 de diciembre de 2018”, *La Ley Penal: Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario*, núm. 137, marzo-abril de 2019.

V. Conclusiones y propuesta de tipificación

Nuestra principal apuesta es utilizar las conclusiones alcanzadas por parte de los especialistas de la psicología, la psiquiatría, la sociología y otras ciencias para integrarlas en conceptos normativos de manera funcional. El problema que siempre ha existido en esta compleja materia es la falta de comunicación del sentido de los conceptos utilizados entre las diferentes ciencias. La criminalización de una conducta, además de su real y necesaria punibilidad, precisa que esté adecuadamente fundamentada en conceptos normativos y dogmáticos, trabajo que hasta la fecha creemos que no se ha realizado en este ámbito y atrevidamente hemos tratado de afrontar.

Visto todo lo anterior, sorprende que —casi— la práctica totalidad de los estudios sobre sectas consideran que no existe un vacío legal en este ámbito.¹³⁶ Apelan a que el ordenamiento jurídico actual es suficiente, pero sin dar razones de peso ni explicar cómo es posible que no existan condenas por incapacidad de la voluntad mediante estas técnicas, más allá de cuando se producen resultados más graves (delitos sexuales, muertes, etcétera). Por nuestra parte, vistos los tipos analizados, es posible la criminalización de las conductas que atentan contra la capacidad o formación de la libertad, la capacidad de decidir, la capacidad de ejecución de la voluntad y la libertad, sin embargo, al no existir un tipo específicamente diseñado para combatir conductas de persuasión coercitiva, su perseguibilidad se difumina en los tipos tradicionales del CPFM y demás Códigos estatales y en la aplicabilidad de la Ley de Asociaciones Religiosas. Esto es el motivo de que en los últimos años parte de la doctrina, especialmente la española,¹³⁷ con toda la

¹³⁶ Cugat Mauri si bien no defiende la creación de un tipo especial de persuasión coercitiva, sí una regulación similar a la francesa o italiana que proteja la especial vulnerabilidad, respetándose de tal modo la autonomía de la voluntad cuestión que no se realizaría en caso de un tipo especial de persuasión, Cugat Mauri, M., *Sectas y sectarios ante el derecho penal*, cit., pp. 187 y 188; también Font Boix pero reconoce sobre la fórmula *alteración o control de la personalidad* que “salvo que el legislador —superando en este caso el trabajo de los psiquiatras— fuera capaz de precisar las bases materiales sobre las que edificar una noción en la actualidad tan etérea”, Font Boix, I., “El concepto de manipulación mental en las llamadas sectas”, *Ius Canonicum*, XLII, núm. 83, 2002, pp. 355 y ss.; Font Boix, I., “Propuesta de despenalización radical en la legislación española de los medios de control o de alteración de la personalidad en relación con las llamadas sectas”, cit., pp. 89 y ss.; Font Boix, I., *Sectas, libertad de conciencia y derecho penal*, tesis doctoral, Universidad de Navarra, 2002; Goti Ordeñana, J., “Síntesis conclusiva”, en Ordeñana, Juan Goti (ed.), *Aspectos socio-jurídicos de las sectas desde una perspectiva comparada*, cit., p. 404; Maqueda Abreu, Ma. L., “Las sectas destructivas ante el Derecho”, cit., p. 246; Martín Sánchez, I., *El derecho a la formación de la conciencia*, cit., p. 282; si bien tiempo después aceptará cierta necesidad de legislar Motilla, A., *Sectas y derecho en España*, cit., p. 215; Pérez-Madrid, F., *La tutela penal del factor religioso en el Derecho español*, cit., p. 203; Rodríguez, P., *Adicción a sectas*, cit., pp. 343 y ss.; Pérez-Madrid, F., “Estado actual de la problemática sectaria en España”, ponencia presentada en el I Congreso Internacional Sectas y Sociedad, Las sectas como problema social, San Cugat del Vallés, Barcelona, noviembre de 1987, p. 11; Pérez-Madrid, F., *Tu hijo y las sectas. Guía de prevención y tratamiento para padres, educadores y afectados*, Temas de Hoy, 1994, Colección Fin de Siglo, núm. 49, pp. 203 y ss.; Tamarit Sumalla, J. Ma., *La libertad ideológica en el derecho penal*, cit., pp. 247 y ss.; Vázquez, Jesús María, *Familia y sectas*, Madrid, Instituto de Sociología Aplicada de Madrid, 1994, p. 76; aunque con salvedades, Vidal Manzanares, César, *Psicología de las sectas. Una aproximación al fenómeno sectario*, 2a. ed., Ediciones Paulinas, 1990, pp. 136-139; y además reclama más control administrativo a favor de los adeptos y especialmente de los menores, Vidal Manzanares, César, *El infierno de las sectas*, cit., p. 160.

¹³⁷ Doctrina a favor en España de la creación de un nuevo delito o reforma del injusto de proselitismo ilícito, Ballesta, Félix, “Mecanismos psicológicos de vinculación a las sectas”, en Ordeñana, Juan Goti (ed.), *Aspectos socio-jurídicos de las sectas desde una perspectiva comparada*, cit., p. 130; a favor de un nuevo tipo tanto en España como en México, y en definitiva en cualquier legislación penal moderna y funcional, Bardavío Antón, C., *Las sectas en derecho penal: estudio dogmático de los delitos sectarios*, cit., pp. 690 y ss.; Bardavío Antón, C., “La relevancia típica de la ‘persuasión coercitiva’: propuesta de tipificación”, *La Ley Penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, núm. 128, 2017; Bueno

razón, haya reclamado la regulación de un delito de persuasión coercitiva claramente diferenciado.

Nuestro estudio¹³⁸ de la dinámica criminal de las sectas especialmente coercitivas ha arrojado como resultado la criminalidad de esta fenomenología ubicada en el *injusto teórico de coacciones agravado*, pero a la vez la necesidad de una *nueva tipificación* acorde a la gravedad de determinadas acciones y resultados, como *fenomenología progresiva* antes de la culminación en un delito contra la integridad psíquica, y sin perjuicio de los posibles concursos.¹³⁹

Hemos asimilado el efecto que producen la hipnosis y el suministro de diversas sustancias como ejemplo de la *progresividad incapacitante de la voluntad*. Esto nos ha hecho comprobar un resultado de injusto previo a la máxima incapacitación por un ataque *indirecto, sutil e imperceptible que limita la libertad de la voluntad*. El análisis arroja que las técnicas de persuasión coercitiva, también nuestro denominado *engaño coercitivo*, se pueden incluir en el concepto de *violencia* del injusto de coacciones, aunque en el caso del engaño coercitivo es necesaria su tipificación como modalidad comprensiva de diversos efectos y dinámicas de la persuasión coercitiva. Además, hemos comprobado el fundamento de la punibilidad de la *comisión imprudente en casos graves*.

La tradicional concepción del dominio de la voluntad, completa o plena, por parte de los líderes y miembros activos de las sectas sobre el grupo de adeptos no es incorrecta, pero en nuestra actual configuración de la sociedad, más diferenciada, se demuestra que dicho modelo basado en la jerarquía no opera en toda la casuística criminal. La organización de esta fenomenología criminal *funciona muchas de las veces de forma sistémica a pesar de la jerarquía*, sobre todo cuando los miembros-víctimas aún tienen *márgenes de libertad*, esto es, cuando solamente se ha restringido el horizonte de expectativas normativo y social legítimos, pero en el que se mantienen márgenes de libertad en el adepto. La legislación francesa y belga, sobre todo, en comparación con las confusas e improductivas legislaciones españolas y mexicanas, permiten una *mejor* y más fiable persecución de la persuasión coercitiva y sus delitos consecuentes, cuestión que ya de por sí debería abrir un debate legislativo serio en tierras mexicanas para el *aseguramiento contrafáctico de las expectativas* de los ciudadanos a no ser coaccionados bajo esta

Salinas, S., “El ámbito de amparo del derecho de libertad religiosa y las asociaciones”, *cit.*, p. 199; Fernández-Coronado, A., “La tutela penal de la libertad de conciencia”, *cit.*, p. 46; Frías Linares, M., “El fenómeno del sectarismo en occidente: condicionantes históricos, sociológicos y jurídicos”, en Ordeñana, Juan Goti (ed.), *Aspectos socio-jurídicos de las sectas desde una perspectiva comparada*, *cit.*, p. 116; Jordán Villacampa, Ma. L., “Las sectas pseudoreligiosas”, *cit.*, pp. 42, 94-103, especialmente p. 97; Martín Sánchez, I., *El derecho a la formación de la conciencia*, *cit.*, pp. 320 y ss. y p. 326; también Motilla, si bien años antes defendió la suficiencia de la legislación, Motilla, A., *Sectas y derecho en España*, *cit.*, pp. 181 y 182; posteriormente Motilla se muestra a favor de la vía penal como solución de la problemática de las sectas: “de conseguir la extinción de las sectas y acabar con sus acciones delictivas, sin que ello suponga merma o quebranto ilegítimo de la libertad religiosa de los creyentes”, Motilla, A., *ibidem*, 186; Motilla, A., “Reflexiones sobre el tratamiento jurídico-penal de las sectas religiosas en España”, *Jurídicos de las sectas*, *cit.*, pp. 316 y 317; en relación a la creación de un tipo que proteja la libertad de conciencia como sería el caso de impedir la objeción de conciencia amparada por las leyes, Pérez-Madrid, F., *La tutela penal del factor religioso en el derecho español*, *cit.*, pp. 324 y 325; con ciertas reservas, Tamarit Sumalla, J. Ma., *La libertad ideológica en el derecho penal*, *cit.*, p. 289.

¹³⁸ Ampliamente, Bardavío Antón, C., *Las sectas en derecho penal: estudio dogmático de los delitos sectarios*, *cit.*, pp. 498 y ss.

¹³⁹ Sobre las problemáticas que se generan en los concursos y las soluciones que se plantean, *ibidem*, pp. 659 y ss.

dinámica criminal tan compleja. Se nos ocurre, por ejemplo, el caso paradigmático de los inicios de la juventud en ciertas sectas u organizaciones criminales mediante el reclamo de una deficitaria posibilidad de salvación o mejora de la vida, por lo que el tipo penal que vamos a proponer serviría de complemento normativo a ciertas modalidades de la criminalidad organizada, es más, le otorgaría una mayor comprensión jurídico-penal.

Lo que realmente tiene relevancia penal en el delito de coacciones, no es tanto el medio que se emplea para restringir la libertad, sino el *efecto* de la violencia o del engaño para el ejercicio de la libertad. Asimismo, la dinámica criminal habitual de las sectas coercitivas recoge varias figuras agravantes (en México: premeditación, con ventaja, con alevosía o traición; en España: alevosía, abuso de superioridad y abuso de confianza), que ayudan a complementar la comprensión típica a pesar de los problemas de concurso con los delitos-fin. Las restantes agravantes son meramente casuales en la fenomenología criminal.

Lo expuesto prueba la necesidad de recoger esta forma de criminalidad de las sectas coercitivas, tan semejante a ciertas dinámicas de captación de organizaciones criminales especialmente en México, en un nuevo delito de “persuasión coercitiva”, y que concretamos en las siguientes *propuestas conclusivas*:

- 1) El *injusto teórico de coacciones* recoge, con mayor precisión que otras figuras delictivas, la dinámica criminal y resultado de la persuasión coercitiva en cuanto ataque a la capacidad de libertad de voluntad de actuar en general y a la formación de la libertad de conciencia, en una forma agravada de delito de coacciones contra los derechos fundamentales más básicos, como es la libertad de actuar en general, esto es, especialmente la libertad de conciencia moral. En el caso de México podría criminalizarse como una forma de amenaza del artículo 282 fracción II del CPFM en relación con los artículos 51 y 52, aunque es evidente que dicho tipo se refiere a situaciones de peligro que no contemplan normativamente los casos descritos ni como forma de tentativa, lo que precisa para mayor fortuna una reforma legislativa que contemple claramente un tipo básico de coacciones, como sucede en el artículo 258 fracción III en relación con el artículo 57, ambos del CPFM. Sin embargo, en ambos casos la penalidad, aún en sus formas agravadas, es insuficiente en determinados casos de especial gravedad: ofensa y bienes jurídicos afectados como la libertad de actuar en general y libertad de conciencia, intensidad del ataque, incremento de la probabilidad del resultado y disminución de la posibilidad de defensa, el abuso de superioridad y confianza, la perdurabilidad del quebrantamiento de dichos bienes (consumación permanente), el periodo en que se han vulnerado y las consecuencias inherentes producidas exigen, además de la tipificación de esta dinámica criminal, una pena (funcionalmente) equiparable a la gravedad de la acción y del resultado producido en la víctima. La concurrencia de agravantes genéricas en esta dinámica criminal (*premeditación, con ventaja, alevosía* o la traición/alevosía, abuso de superioridad y de confianza) precisa una reformulación de la extensión de la

pena en sentido amplio con el objeto de cubrir todas las posibilidades. Todo ello aconseja una pena abstracta (límite mínimo y máximo) suficientemente amplia para que el juez pueda determinar la pena para cada caso en concreto.

- 2) El concepto de violencia y engaño en la persuasión coercitiva se asimila a los mismos conceptos de violencia y engaño de otros delitos normalmente concurrentes (coacciones, delitos contra la integridad moral, privación de libertad, contra la vida, patrimoniales, libertad e indemnidad sexual e intrusismo profesional), lo que genera problemas de concurso y, de otra parte, problemas de *ne bis in idem* con agravantes específicas o accidentales cuando coinciden agravantes genéricas en el tipo básico. Asimismo, la persuasión coercitiva consumada suele iniciar el ataque a la salud psíquica y un segundo resultado tardío en un delito de lesiones psíquicas graves, lo que lleva a un concurso de leyes con el delito de coacciones, de lo que —consideramos— resulta posible la aplicación del *principio de consunción*, al tratarse la persuasión coercitiva de una *modalidad* del delito de lesiones cuando estas resulten.
- 3) La dinámica comportamental de un grupo totalitario puede generar un riesgo de persuasiones coercitivas *recíprocas*, y fundamentaría la punibilidad de la *organización criminal imprudente*.

Llegados a este punto, planteamos la siguiente propuesta de tipificación *de lege ferenda*, que se ubicaría sistemáticamente dentro del capítulo de los delitos contra la libertad en un *nuevo artículo 364 II CPEM*, que corresponde al mismo sentido normativo que el propuesto por nosotros para España (en un nuevo artículo 172 *quater* CPEM), al no existir discrepancias de aplicabilidad normativa al respecto, salvo las reflejadas *supra* y de técnica jurídica:

- 1) Será castigado con la pena de prisión de cinco a ocho años y multa de 250 a 500 días de salario mínimo general vigente en la región y en el momento donde se consuma el delito el que mediante violencia, intimidación, engaño coercitivo o técnicas o procedimientos de persuasión coercitiva físicas y/o psíquicas, impidiera la libre formación de la voluntad, la libertad de decisión y/o de ejecución de actuar en general que lleve a un estado de dependencia coercitivo.
Se entenderá por técnicas o procedimiento de persuasión coercitiva a los efectos de este código las conductas que produzcan control social, emocional, ambiental, cognitivo y volitivo o inducción de estados disociativos de la realidad.
- Se entenderá por engaño coercitivo a los efectos de este código las conductas que sin comprenderse en la persuasión coercitiva consistan en la creación de una realidad deficitaria que produzcan control social, emocional, ambiental, cognitivo y volitivo o estados disociativos de la realidad.
- 2) La pena se aumentará hasta en una tercera parte si el hecho se perpetrare sobre incapaz, menor de edad, sobre persona con estado de ignorancia o con especial vulnerabilidad social, y hasta en una mitad siempre que se perpetre sobre un grupo de personas.

- 3) Serán castigadas con la pena de uno a tres años y multa de 100 a 200 días de salario mínimo general vigente en la región y en el momento donde se consuma el delito las conductas anteriores que den como resultado la limitación referida en el apartado primero que se realizaren con imprudencia grave.
- 4) Quienes promovieran, constituyeran, organizaran o dirigieran una organización coercitiva que utilice los medios y produzca los hechos a que se refiere el apartado primero serán castigados con las penas de prisión de ocho a catorce años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de ocho a quince años, y de uno a cuatro años de prisión y multa de 500 a 750 días de salario mínimo general vigente en la región y en el momento donde se consuma el delito en supuestos de imprudencia grave. Quienes participaran activamente en la organización coercitiva, o formaran parte de ella dolosamente, serán castigados con las penas de prisión de seis a doce años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a catorce años, y de uno a dos años si la participación es por imprudencia grave.

Con esta formulación del injusto podemos aclarar varios puntos problemáticos:

- 1° Separar el precepto administrativo del artículo 29 de la Ley de Asociaciones Religiosas dedicado expresamente a la protección de la manifestación externa del derecho a la libertad religiosa o de conciencia, de manera que con el nuevo tipo se criminaliza el ataque a la modalidad interna por causa exógena, en concreto, a la *capacidad de libertad de voluntad*.
- 2° Se incluye una fórmula amplia de medios de comisión limitadores de la libertad, resolviendo las controversias mediante la fórmula *técnicas o procedimientos de persuasión coercitiva físicas y/o psíquicas* análogamente al concepto de violencia del tipo de coacciones del artículo 258 fracción III del CPFM, mejorando la incongruencia normativa de la falta de un tipo de coacciones claro en el CPFM, e introduciendo el *engaño coercitivo* como una forma más de limitación de la libertad de voluntad (*restricción de las expectativas*), similar al elemento central del delito de estafa. Además, se definen ambas modalidades conceptualmente como supuestos alternativos (control social, ambiental, emocional, etcétera). La limitación de la “libre formación de la voluntad, la libertad de decisión y/o de ejecución” ha de ser entendida conforme al concepto de *merma o restricción*, con el objeto de dejar el resultado de eliminación de la capacidad completa o plena para el delito de lesiones por adicción comportamental o trastornos psíquicos.
- 3° La penalidad se aumenta por el mayor desvalor de la acción y del resultado, y se asimila al delito de privación de libertad agravado por el tiempo ya que la persuasión coercitiva conlleva un *resultado permanente* (delito permanente), pero su penalidad queda asimilada al delito de lesiones especialmente agravadas por el resultado, lo que aconseja una revisión penológica de éste cuando las lesiones

provengan de la dinámica criminal descrita. El concepto de *violencia* o de *engaño* incluyen el mayor desvalor con el que se perpetran estas conductas mediante la premeditación, la ventaja, la alevosía o la traición (alevosía, abuso de superioridad y de confianza), si bien esto genera problemas en el tipo imprudente.

- 4° La penalidad se agrava en caso de víctimas incapaces, menores de edad, sobre personas con estados de ignorancia o con especial *vulnerabilidad social*, refiriéndonos con esta expresión a una fórmula de *numerus apertus* con la que pueden entrar otras formas limitantes no estrictamente endógenas y *diversos tipos de déficits de socialización (aislamiento social atribuido a tercero)*. Se otorga autonomía a esta conducta criminal sin dirigirla exclusivamente a una criminalidad de este fenómeno basada en la salud psíquica como lo hacen la legislación francesa, belga e italiana (abuso de debilidad), de forma que el ataque a la salud psíquica constituya una modalidad agravada o para tener en cuenta en la determinación de la pena en el concurso. Además, se asimila a las agravaciones de los delitos de privación de libertad y contra la libertad e indemnidad sexual, pero a la vez, se distinguen los supuestos de aprovechamiento de tales circunstancias de los que no, agravándose cuando se perpetre sobre un grupo de personas, lo que precisa de igual modo una reformulación penológica en dichos delitos para contemplar formas agravadas que proceden de la persuasión coercitiva, esto es, por el uso una violencia especialmente grave.
- 5° Se contempla un *tipo imprudente* basado en los resultados limitantes referidos en el apartado primero por *imprudencia consciente grave* tanto en la acción como en el resultado. De esta manera no se vulnera el principio de *ultima ratio* del Derecho penal porque se exige además de un resultado grave como los contemplados, una conducta imprudente consciente y grave.
- 6° Se criminaliza expresamente la organización dolosa o que con imprudencia grave pueda causar este tipo de resultado. Se diferencia así también la *organización criminal coercitiva* de la *organización o grupo criminal sectario*, dedicados a otros delitos no estrictamente de persuasión coercitiva, y de las prototípicas organizaciones criminales o grupos terroristas, complementando el *aseguramiento contrafáctico* de un mundo criminal especialmente utilizado en organizaciones criminales mexicanas.

Así, la incoherencia legislativa y punitiva, además de la obsoleta regulación existente en México (y en otros países) de las formas de ataque contra la capacidad de la voluntad como delito de coacciones, sumado el desconocimiento normativo de las formas tecnificadas de la persuasión coercitiva, hace que se agrande más la problemática para jueces, fiscales y abogados: ¿suicidio o asesinato?, ¿lesiones psíquicas o fanatismo?, ¿abuso sexual o enamoramiento libre?, ¿estafa o disposición voluntaria? Sin la comprensión psicológica, social, jurídico-penal y dogmática de la persuasión coercitiva no se puede comprender cómo, en ciertos casos especiales, diversos sujetos aceptan acabar con sus propias vidas por orden, sugerencia o consejo del líder o dinámica comportamental del

grupo; o prestan consentimiento para relaciones sexuales que nunca de otro modo hubieran consentido, pagan grandes cantidades de dinero para una salvación deficitaria; o cómo, en definitiva, un sujeto se somete a la voluntad de otro en su propio perjuicio o sirviendo como autor material de un delito contra terceros (también en el conocido adoc-trinamiento coercitivo en las organizaciones criminales en México). A partir de ahí, es indudable en nuestra opinión que una tipificación como la propuesta ayuda a comprender la perpetración de delitos específicos como los de estafa, lesiones psíquicas, contra la vida, sexuales, etcétera.

La persuasión coercitiva además supone una *distorsión* de la tradicional concepción de la institución de la autoría y participación y a la vez de la culpabilidad/inexigibilidad. El modelo de organización criminal jerárquica no responde a la realidad de diversos grupos que a pesar de dicha forma estructural funcionan sistémicamente. Sobre este punto y por motivos de espacio no podemos entrar en el fondo, pero puede considerarse los supuestos de ciertas víctimas de la persuasión coercitiva que a la postre o simultáneamente obran como autores contra sus propios intereses o contra la de terceros del mismo grupo, lo que respondería a una nueva figura a la que hemos denominado la *víctima-autor*, una concepción bidimensional de la responsabilidad, negativa y positiva, cuando por un lado un mismo sujeto actúa como víctima y a la vez como autor, no como instrumento (autoría mediata) sino con márgenes de libertad y por lo tanto en coautoría de su propio perjuicio, si bien atípico o contra terceros pero con falta o minoración de la responsabilidad por aplicación de un estado de necesidad exculpante por la previa persuasión coercitiva (salvo aplicación de la *actio libera in causa*).

Para una mayor comprensión de esta *distorsión* del modelo tradicional de la responsabilidad causada por la fenomenología de la persuasión coercitiva, remitimos al lector a nuestra obra fundamental.¹⁴⁰

VI. Bibliografía

- ALMENDROS Carmen *et al.*, “Abuso psicológico en grupos manipuladores”, *Behavioral Psychology/Psicología Conductual*, vol. 19, núm. 1, 2011, monográfico dedicado a *Abuso psicológico*.
- ALONSO HERREROS Rubén *et al.*, “Actitud del ordenamiento español ante las sectas”, en Ma. Elena Buqueras Segura (coord.), *Sectas y Derechos Humanos*, III Congreso Interuniversitario de Derecho Eclesiástico para Estudiantes, 21 a 24 abril de 1994.
- ARRIETA, Juan Ignacio, “Las objeciones de conciencia a la ley y las características de su estructura jurídica”, en Soberanes, José Luis *et al.*, *Objeción de conciencia*, UNAM, Ciudad de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas.

¹⁴⁰ *Ibidem*, cap. VI y VII.

- ASPE HINOJOSA, Roberto, *La libertad de conciencia*, pról. de Bernardo Pérez Fernández del Castillo, Ciudad de México, Porrúa, 2007.
- BAAMONDE, José María, *La manipulación psicológica de las sectas*, Madrid, Ediciones San Pablo, 2003.
- BAJO FERNÁNDEZ Miguel y DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO Julio, *Manual de derecho penal. Parte especial. Delito contra la libertad y seguridad, libertad sexual, honor y estado civil*, 3a. ed., Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1995.
- BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, “El delito de coacciones”, *Estudios penales. Libro homenaje al Prof. Agustín Fernández Albor*, Galicia, Universidad de Santiago de Compostela, 1989.
- BARDAVÍO ANTÓN, Carlos, “El delito de persuasión coercitiva”, *Revista de la Asociación Iberoamericana de Investigación de Abusos Psicológicos Tras/Pasos*, núm. 8, 2017, disponible en: <http://revista.iiap.org/el-delito-de-persuasion-coercitiva/>.
- BARDAVÍO ANTÓN, Carlos, “La ‘víctima-autor’ en la ‘persuasión coercitiva’. Comentario a la Sentencia de los ‘Miguelianos’, Orden de San Miguel Arcángel, de la Sección 4a. de la Audiencia provincial de Pontevedra núm. 33/2018, de 28 de diciembre de 2018”, *La Ley Penal: Revista de Derecho penal, Procesal y Penitenciario*, núm. 137, marzo-abril de 2019.
- BARDAVÍO ANTÓN, Carlos, “La relevancia típica de la ‘persuasión coercitiva’: propuesta de tipificación”, *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, núm. 128, 2017.
- BARDAVÍO ANTÓN, Carlos, *Las sectas en derecho penal: estudio dogmático de los delitos sectarios*, Barcelona, J. M. Bosch Editor, 2018.
- BASTIAN, Jean-Pierre, “Tolerancia religiosa y libertad de culto en México, una perspectiva histórica”, en Adame Goddard, Jorge *et al.*, *Derecho fundamental de libertad religiosa*, Ciudad de México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1994, Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- BAUCELLS I LLADÓS, Joan, *La delincuencia por convicción*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.
- BLANCO LOZANO, Carlos, *Lecciones de Derecho Penal, Parte especial*, vv.AA., Miguel POLAINO NAVARRETE (dir.), Madrid, Tecnos, 2010, t. 1.
- BUENO SALINAS, Santiago, “El ámbito de amparo del derecho de libertad religiosa y las asociaciones”, *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 1, 1985.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de derecho penal. Parte especial*, 2a. ed., aumentada, corregida y puesta al día, Barcelona, Ariel, 1991.
- CANCIO MELIÁ, Manuel *et al.*, en BAJO FERNÁNDEZ, Miguel (dir.), *Compendio de derecho penal. Parte especial*, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1998, vol. I.
- CANCIO MELIÁ, Manuel, “De los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizadas en la Constitución”, en RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo (dir.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, Madrid, Civitas, 1997.

- CANTO ORTIZ, Jesús M., *Psicología de los grupos: estructura y procesos*, Málaga, Aljibe, 1998.
- CANTO ORTIZ, Jesús M., *Psicología social e influencia. Estrategias del poder y procedimientos de cambio*, Málaga, Aljibe, 1994.
- CIÁURRIZ, María José, “Objeción de conciencia y Estado democrático”, en ADAME GODDARD, Jorge *et al.*, *Derecho fundamental de libertad religiosa*, Ciudad de México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1994.
- CORCOY BIDASOLO, Mirentxu *et al.*, *Manual práctico de derecho penal. Parte especial. Doctrina y jurisprudencia, con casos solucionados*, 2a. ed., ampliada y puesta al día, CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (coord.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.
- CUEVAS BARRANQUERO, José Miguel y CANTO ORTIZ, Jesús M., *Sectas. Cómo funcionan, cómo son sus líderes, efectos destructivos y cómo combatirlas*, Málaga, Ediciones Aljibe, 2006.
- CUEVAS BARRANQUERO, José Miguel, *Evaluación de persuasión coercitiva en contextos grupales*, Málaga, Publicaciones y Divulgaciones, Facultad de Psicología, Universidad de Málaga, 2016.
- CUGAT MAURI, Miriam, “Sectas y sectarios ante el Derecho penal”, *Revista de Derecho y Proceso Penal*, Navarra, núm. 22, 2010.
- DE LA CALLE, Agustín, *Sectas y Derecho en España*, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 1990.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis, “Imputabilidad y nuevo Código Penal”, *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro homenaje al profesor doctor Don Ángel Torío López*, Granada, Comares, 1999.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis, “Torturas y atentados contra la integridad moral”, *Estudios Penales y Criminológicos*, XXI, Santiago de Compostela, Galicia, Universidad de Santiago de Compostela, 1998.
- DEL RE, Michele C., “Modellamento psichico e diritto penale: tutela penale dell’integrità psichica”, *Giustizia Penale*, núm. 11, 1983.
- DEL ROSAL BLASCO, Bernardo *et al.*, *Derecho penal español. Parte especial*, 2a. ed., revisada, COBO DEL ROSAL, Manuel (coord.), Madrid, Dykinson, 2005.
- DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio *et al.*, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, vol. II, BAJO FERNÁNDEZ, Miguel (dir.), Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1998.
- ECHEBARRÍA ECHABE, Agustín, “Procesos grupales y construcción de la identidad: el caso de las sectas”, en Ordeñana, Juan Goti (ed.), *Aspectos socio-jurídicos de las sectas desde una perspectiva comparada*, Guipúzcoa, The Oñati International Institute for the Sociology of Law, 1991.
- ENDBERICHT DER ENQUETE-KOMMISSION, “Sogenannte Sekten und Psychogruppen” (“Las llamadas sectas y psicogrupos”), Deutscher Bundestag, Drucksache 13/10950, 13. Wahlperiode, de 9 de junio de 1998.
- ENROTH, Ronald S., *Las sectas y la juventud*, Tarrasa, Clie, 1980.
- FARBER I. E. *et al.*, “Brainwashing, Conditioning, and D. D. D. (Debility, Dependency, and Dread)”, *Sociometry*, vol. 20, núm. 4, diciembre de 1957.

- FERNÁNDEZ-CORONADO, Ana, “La tutela penal de la libertad de conciencia”, *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, 1986.
- FLORES MENDOZA, Fátima, *La objeción de conciencia en derecho penal*, Granada, Comares, 2001.
- FONT BOIX, Ignacio *Sectas, libertad de conciencia y Derecho penal*, tesis doctoral, Navarra, Universidad de Navarra, 2002.
- FONT BOIX, Ignacio, “El concepto de manipulación mental en las llamadas sectas”, *Ius Canonicum*, vol. XLII, núm. 83, 2002.
- FONT BOIX, Ignacio, “Propuesta de despenalización radical en la legislación española de los medios de control o de alteración de la personalidad en relación con las llamadas sectas”, *Cuadernos doctorales: derecho canónico, derecho eclesiástico del Estado*, núm. 20, 2003-2004.
- FOURNIER, Anne y MONROY, Michel, *La dérive sectaire (Le sociologue)*, París, PUF, 1999.
- FOURNIER, Anne y PICARD, Catherine, *La falsa espiritualidad y la manipulación de los individuos. Sectas, democracia y mundialización*, trad. de Lucas Vermal, Barcelona, Paidós, 2004.
- FRÍAS LINARES, Mercedes, “El fenómeno del sectarismo en occidente: condicionantes históricos, sociológicos y jurídicos”, en ORDEÑANA, Juan Goti (ed.), *Aspectos socio-jurídicos de las sectas desde una perspectiva comparada*, Guipúzcoa, The Oñati International Institute for the Sociology of Law, 1991.
- GARCÍA VALDÉS, Carlos *et al.*, *Lecciones de Derecho penal, Parte especial (Adaptadas a la docencia del Plan Bolonia, Según las reformas del Código Penal de 2015)*, 2a. ed., Madrid, Edisofer, 2015.
- GONZÁLEZ MORFÍN, Efraín, *Algunas consecuencias prácticas de las reformas a los artículos constitucionales 3, 5, 24, 27 y 130 de la Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público en la Iglesia Católica en el nuevo marco jurídico de México*, Ciudad de México, Ediciones de la C.E.M, 1992.
- GONZÁLEZ QUINTANILLA, José Arturo, *Derecho penal mexicano. Parte general y Parte especial. Metodología jurídica y desglose de las constantes, elementos y configuración de los tipos penales*, 9a. ed., Ciudad de México, Porrúa, 2014.
- GOTI ORDEÑANA, Juan, “Tratamiento jurídico de las sectas en España”, *Estudios de Juventud*, ejemplar dedicado a *Juventud, Creencias y Sectas*, núm. 53, 2001.
- HERRERA MORENO, Myriam *et al.*, *Lecciones de derecho penal. Parte especial*, Miguel Polaino Navarrete (dir.), Madrid, Tecnos, 2011, t. II.
- HIGUERA GUIMERÁ, Juan Felipe, *El delito de coacciones*, pról. de José Cerezo Mir, 2a. ed., revisada y ampliada, Barcelona, Bosch, 1983.
- HIRIGOYEN, Marie-France, *El abuso de debilidad: y otras manipulaciones*, trad. de Núria Petit Fontseré, Barcelona, Paidós, 2012, Colección Contextos.
- HOVLAND, Carl I. *et al.*, “Communication and persuasión”, *Psychological Studies of Opinion Change*, New Haven, Yale University Press, 1953.
- JAKOBS, Günther, “Coacciones por medio de violencia”, trad. de Carlos J. Suárez González, en JAKOBS, G., *Estudios de derecho penal*, Madrid, Civitas, 1997.

- JAKOBS, Günther, “Las coacciones por medio de amenazas como delito contra la libertad”, trad. de Carlos J. Suárez González, en JAKOBS, G., Madrid, Civitas, 1997.
- JAKOBS, Günther, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*, trad. de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez, Madrid, Civitas, 1996.
- JANSÁ, Josep Ma., *La coartación de la libertad a través de las sectas destructivas. Una sutil forma de violencia*, Barcelona, 2003.
- JERICÓ OJER, Leticia, *El conflicto de conciencia ante el derecho penal*, Madrid, La Ley, 2007.
- JORDÁN VILLACAMPA, María Luisa, “Aproximación al tema de las sectas pseudorreligiosas”, *Dimensiones Jurídicas del Factor Religioso. Estudios en homenaje al Profesor López Alarcón*, Murcia, Universidad de Murcia, 1987.
- JORDÁN VILLACAMPA, María Luisa, *Las sectas pseudorreligiosas*, Madrid, Ministerio de Justicia, Centro de publicaciones, 1991.
- LAMPE, Ernst-Joachim, “Injusto del sistema y sistemas de injusto”, edición y trad. de Carlos Gómez-Jara Díez *et al.*, en Ernst-Joachim Lampe, *La dogmática jurídico-penal entre la ontología social y el funcionalismo*, Lima, Grijley, 2003.
- LANGONE, Michael D., “La investigación en el ámbito de las sectas”, ponencia presentada en el II Congreso Internacional de Grupos Totalitarios y Sectarismo, 23 y 24 de abril de 1993, Barcelona, en SILLETTA, Alfredo, *La ofensiva de las sectas. Los falsos mesías en la Argentina*, Buenos Aires, Planeta, 1995, Colección Argentina Hoy.
- LANGONE, Michael D., “Psychological abuse”, *Cultic Studies Journal*, núm. 9, 1992.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio *et al.*, *Compendio de derecho penal. Parte especial*, Miguel Bajo Fernández (dir.), Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1998, vol. II.
- LIFTON, Robert, *Thought Reform and Psychology of Totalism: A Study of Brainwashing in Red China*, Nueva York, Norton, 1961.
- LOFLAND John y STARK, Rodney, “Become a World-Saber: a theory of conversion to a deviant perspective”, *American Sociological Review*, núm. 30, 1965.
- LÓPEZ ALARCÓN, Mariano, “El interés religioso y su tutela por el Estado”, *Derecho Eclesiástico del Estado Español*, 2a. ed., Pamplona, Eunsa, 1983.
- LÓPEZ ALARCÓN, Mariano, “Las Sectas y los NMR’s. Problemas de su tratamiento jurídico. ¿Reconocimiento o prohibición?”, *Ius Canonicum*, vol. 37, núm. 74, julio-diciembre de 1997.
- LÓPEZ ALARCÓN, Mariano, “Tutela de la libertad religiosa”, en FERRER ORTIZ, Javier (coord.), *Derecho Eclesiástico del Estado Español*, Navarra, Ediciones Universidad de Navarra, 1996.
- LUHMANN, Niklas, *Organización y decisión. Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo*, intr. de Darío Rodríguez Mansilla, Anthropos, 1a. reimp. 2005, de la 1a. ed. 1997, del original «Organisation und Entscheidung. Autopoiesis, Handlung und kommunikative Verständigung», *Zeitschrift für Soziologie*, 11, núm. 4, octubre de 1982.

- LUHMANN, Niklas, *Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general*, trad. de Silvia Pappé y Brunhilde Erke, TORRES NAFARRATE, Javier (coord.), 2a. ed., Ciudad de México, Anthropos, 1998.
- LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, “Actuación en conciencia y objeción de conciencia como causa de justificación y como causa de exculpación frente a la punición del delincuente por convicción”, *InDret*, enero de 2013.
- MAQUEDA ABREU, María Luisa, “Las sectas destructivas ante el Derecho”, *Eguzkilore*, San Sebastián, diciembre de 2004.
- MARTÍN SÁNCHEZ, Isidoro, *El derecho a la formación de la conciencia y su tutela penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.
- MARTÍNEZ-TORRÓN, Javier, “El derecho internacional y las objeciones de conciencia”, *Objeción de conciencia*, Ciudad de México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, Serie L, Cuadernos del Instituto, C Derechos Humanos, núm. 3.
- MARTÍNEZ-TORRÓN, Javier, “La protección internacional de la libertad religiosa”, *Tratado de derecho eclesiástico*, Pamplona, Eunsa, 1994.
- MIR PUIG, Santiago, “El delito de coacciones en el Código Penal”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, t. xxx, núm. 2, 1977.
- MIVILUDES, *Rapport au Premier Ministre, La Documentation Française*, París, 2003.
- MORILLAS CUEVA, Lorenzo, *Los delitos contra la libertad religiosa (Especial consideración del artículo 205 del Código Penal español)*, pról. de Sainz Cantero, Granada, Universidad de Granada, 1977.
- MOTILLA DE LA CALLE, Agustín, “La protección de la religión en el Código Penal español de 1995”, *Quaderni di Diritto e Politica Ecclesiastica*, Milán, 1996, vol. II.
- MOTILLA DE LA CALLE, Agustín, “Reflexiones sobre el tratamiento jurídico-penal de las sectas religiosas en España”, en ORDEÑANA, Juan Goti (ed.), *Aspectos socio-jurídicos de las sectas desde una perspectiva comparada*, Guipúzcoa, The Oñati International Institute for the Sociology of Law, 1991.
- MOTILLA DE LA CALLE, Agustín, *Sectas y derecho en España*, Madrid, Editoriales de Derecho Madrid, Reunidas, 1990.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte especial*, 15a. ed. revisada y puesta al día, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.
- NAVAS RENEDO, Begoña, *Tratamiento jurídico de las sectas. Análisis comparativo de la situación en España y Francia*, Granada, Comares, 2002.
- PACHECO ESCOBEDO Alberto *et al.*, “Objeción de conciencia”, *Memoria del Coloquio Internacional organizado por la UNAM en 1997*, Ciudad de México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998.
- PACHECO ESCOBEDO, Alberto, “Ley y conciencia”, *Objeción de conciencia*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1998, Serie L, Cuadernos del Instituto, C Derechos Humanos, núm. 3.
- PACHECO ESCOBEDO, Alberto, “Temas de derecho eclesiástico mexicano”, 2a. ed., Ciudad de México, Panorama, 1994.

- PASCUAL, Jordi y VIDAURRÁZAGA, MEZA Enrique, *Grupos de manipulación psicológica en Cataluña, situación y conceptos*, CARLES RIERA I, Albert y PASCUAL I SAÜC, Jordi (dirs.), Barcelona, AIS, Servicio de Estudios, 2005.
- PÉREZ MANZANO, Mercedes, *Manual de derecho penal. Parte especial. Delitos patrimoniales y socioeconómicos*, 2a. ed., Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1993.
- PÉREZ-MADRID, Francisca, *La tutela penal del factor religioso en el derecho español*, Navarra, EUNSA, Ediciones Universidad de Navarra, 1995.
- PERLADO, Miguel, “La atadura sectaria”, *Intercambios, Papeles de Psicoanálisis*, núm. 15, 2005.
- PERLADO, Miguel, “Sectas, derivas sectarias y relaciones sectarias”, *Trasposos, Revista de investigación sobre abuso psicológico*, núm. 6, 2015, disponible en: <http://revista.iiiap.org/sectas-derivadas-sectarias-y-relaciones-sectarias/>, consultado el 13 de febrero de 2019.
- POLAINO NAVARRETE, Miguel, “El delito fiscal. Secuencias fallidas de una reforma penal”, *Estudios Penales y Criminológicos*, Galicia, Universidad de Santiago de Compostela, 1984-1985, vol. IX, Cursos y Congresos núm. 40.
- POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El delito de detención ilegal*, Pamplona, Aranzadi, 1982.
- POLAINO NAVARRETE, Miguel, en POLAINO NAVARRETE, Miguel (dir.), *Lecciones de Derecho penal, Parte especial*, Madrid, Tecnos, 2010, t. I.
- POLAINO-LORENTE Aquilino y POLAINO NAVARRETE Miguel, “Dimensiones psicológico-psiquiátrica y jurídico-penal en el ejercicio de la Sofrología”, *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 204 a 207, 1974.
- POLAINO-ORTS, Miguel, *Derecho penal del enemigo. Fundamentos, potencial de sentido y límites de vigencia*, pról. de Jakobs, Günther, Barcelona, Bosch, 2009.
- POLAINO-ORTS, Miguel, *Funcionalismo normativo. Bases dogmáticas para el nuevo sistema de justicia penal, fundamentos y función del derecho penal*, Ciudad de México, Centro de Estudios Superiores en Ciencias Jurídicas y Criminológicas, 2014, t. I.
- REDONDO HERMIDA, Álvaro, “El delito sectario en la reciente jurisprudencia”, *Diario La Ley Penal, Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, núm. 84, 2011.
- REDONDO HERMIDA, Álvaro, “Las sectas dañosas ante el derecho penal”, *La Ley, Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, núm. 2, 2006.
- REYNOSO DÁVILA, Roberto, *Derecho penal. Parte especial*, con la colaboración de Máximo Reynoso Othón, Ciudad de México, Porrúa, 2013.
- RODRÍGUEZ DEVESA, José María *et al.*, *Derecho penal. Parte especial*, Madrid, 1949, t. II.
- RODRÍGUEZ DEVESA, José María y SERRANO GÓMEZ, Alfonso, *Derecho penal. Parte general*, 17a. ed., Madrid, Dykinson, 1994.
- RODRÍGUEZ MESA, María José, *Torturas y otros delitos contra la integridad moral cometidos por funcionarios públicos*, Granada, Comares, 2000.
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Rafael, *La libertad religiosa en México: xvii años de vigencia de la Ley de Asociaciones Religiosas y de Culto Público*, tesis doctoral, Madrid, Universidad Autónoma de Madrid, junio de 2009.

- RODRÍGUEZ, Pepe, “Estado actual de la problemática sectaria en España”, ponencia presentada en el I Congreso Internacional Sectas y Sociedad. Las sectas como problema social, Sant Cugat del Vallés, Barcelona, noviembre de 1987.
- RODRÍGUEZ, Pepe, “La Justicia ante el fenómeno de las sectas”, *Sociología de grupos pequeños: sectas y tribus urbanas*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001.
- RODRÍGUEZ, Pepe, “La sectadependencia, otra forma de adicción”, *Estudios de Juventud*, ejemplar dedicado a *Juventud, Creencias y Sectas*, núm. 53, 2001.
- RODRÍGUEZ, Pepe, *Adicción a sectas*, Barcelona, Ediciones B, 2000.
- RODRÍGUEZ, Pepe, *El poder de las sectas*, Barcelona, Ediciones B, 1989.
- RODRÍGUEZ, Pepe, *Esclavos de un Mesías. Sectas y lavado de cerebro*, Barcelona, Elfos, 1984.
- RODRÍGUEZ, Pepe, *Las sectas hoy y aquí*, 3a. ed., Barcelona, Tibidabo, 1991.
- RODRÍGUEZ, Pepe, *Tu hijo y las sectas. Guía de prevención y tratamiento para padres, educadores y afectados*, Barcelona, Temas de Hoy, 1994, Colección Fin de Siglo, 49.
- RODRÍGUEZ-CARBALLEIRA Álvaro *et al.*, “Un análisis psicosocial del grupo terrorista como secta”, *Revista de Psicología Social*, ejemplar dedicado a *Explicaciones y análisis sobre la violencia terrorista*, vol. 24, núm. 2, 2009.
- RODRÍGUEZ-CARBALLEIRA Álvaro *et al.*, “Un estudio comparativo de las estrategias de abuso psicológico: en pareja, en el lugar de trabajo y en grupos manipulativos”, *Anuario de Psicología*, vol. 36, núm. 3, 2005.
- RODRÍGUEZ-CARBALLEIRA Álvaro y ALMENDROS Carmen, “Análisis de las sectas coercitivas y de su principal problemática jurídica”, *Psicología Jurídica*, 2006.
- RODRÍGUEZ-CARBALLEIRA, Álvaro, “El fenómeno de las sectas coercitivas”, *CDJ*, ejemplar dedicado a *Sociología de Grupos pequeños: sectas y tribus urbanas*, núm. 11, 2000.
- RODRÍGUEZ-CARBALLEIRA, Álvaro, “La actuación de las sectas coercitivas”, San Sebastián, *Eguzkilore*, núm. 18, diciembre de 2004.
- RODRÍGUEZ-CARBALLEIRA, Álvaro, “Sectas coercitivas y juventud”, *Estudios de Juventud*, ejemplar dedicado a *Juventud, Creencias y Sectas*, núm. 53, 2001.
- RODRÍGUEZ-CARBALLEIRA, Álvaro, *El lavado de cerebro*, Barcelona, Boixareu Editores, 1992.
- RODRÍGUEZ-CARBALLEIRA, Álvaro, *Psicología de la persuasión coercitiva*, Barcelona, Universitat de Barcelona, 1992.
- ROXIN, Claus, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, trad. de la 7a. ed. alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo (1999), pról. de Manuel Cobo del Rosal, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2000.
- SALDAÑA, Omar, “Modelo de consecuencias psicosociales del abuso psicológico grupal”, *Dipòsit digital de la UB. Documents de treball / Informes (Psicologia Social)*, 3, 2015, disponible en: <http://hdl.handle.net/2445/65097>, consultado el 1 de marzo de 2017.

- SANTA RITA TAMÉS, Gilberto, *El delito de organización terrorista: un modelo de derecho penal del enemigo. Análisis desde la perspectiva de la imputación objetiva*, pról. de Miguel Polaino-Orts, Barcelona, Bosch, 2015.
- SCHEIN, Edgar H. et al., *Coercive Persuasion: A socio-psychological Analysis of the Brainwashing of American Civilian Prisoners by the Chinese Communists*, W. W. Nueva York, Norton, 1961.
- SILVA GARCÍA, Fernando (coord.), *Garantismo judicial: Libertad religiosa*, presentación Iván Carlo Gutiérrez, Ciudad de México, Porrúa, 2012.
- SINGER, Margaret Thaler y LALICH, Janja, *Las sectas entre nosotros*, Barcelona, Gedisa, 1997.
- TAMARIT SUMALLA, Josep María, “De los delitos contra la libertad de conciencia”, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.), VALLE MUÑIZ, José Manuel (coord.), *Comentarios al nuevo Código penal*, Pamplona, Aranzadi, 1996.
- TAMARIT SUMALLA, Josep María, “La objeción de conciencia”, *Cuadernos Jurídicos*, núm. 22, 1994.
- TAMARIT SUMALLA, Josep María, “Las sectas y el Derecho penal”, en ORDEÑANA, Juan Goti (ed.), *Aspectos socio-jurídicos de las sectas desde una perspectiva comparada*, Guipúzcoa, The Oñati International Institute for the Sociology of Law, 1991.
- TAMARIT SUMALLA, Josep María, “Libertad de conciencia y responsabilidad penal: relevancia de los motivos de conciencia en la valoración de la antijuricidad y culpabilidad”, *Laicidad y Libertades. Escritos Jurídicos*, núm. 1, 2001.
- TAMARIT SUMALLA, Josep María, “Responsabilidad penal de terceros ante la negativa a la trasfusión de sangre de Testigo de Jehová menor de edad con resultado de muerte”, *Revista Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 325, 1998.
- TAMARIT SUMALLA, Josep María, *La libertad ideológica en el derecho penal*, Barcelona, PPU, 1989.
- TAMARIT SUMALLA, Josep María, *La víctima en el derecho penal*, Navarra, Aranzadi, 1998.
- TORÍO LÓPEZ, Ángel, “La estructura típica del delito de coacción”, *Homenaje a don Emilio Gómez Orbaneja*, Madrid, Moneda y Crédito, 1977.
- TRASLOSHEROS, Jorge E., *Libertad religiosa y Estado laico: voces, fundamentos y realidades*, Ciudad de México, Porrúa, 2012.
- TROELTSCH, Ernst, *The Social Teaching of the Christian Churches*, New York, McMillan, 1931.
- VÁZQUEZ HONRUBIA, José María, “El Código Penal de 1995 y las organizaciones sectarias”, *Infosect, Boletín de la Asociación A. I. S.*, 2001.
- VÁZQUEZ, Jesús María, *Familia y sectas*, Madrid, Instituto de Sociología Aplicada de Madrid, 1994.
- VIDAL MANZANARES, César, *El infierno de las sectas*, Bilbao, Ediciones Mensajero, 1989.
- VIDAL MANZANARES, César, *Psicología de las sectas. Una aproximación al fenómeno sectario*, 2a. ed., Madrid, Ediciones Paulinas, 1990.

WEBER, Max, *Ensayos sobre sociología de la religión*, Madrid, Taurus, 1992.

WEBER, Max, *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, ed. Jorge Navarro Pérez, y pról. José Luis Villacañas, Madrid, Editorial Istmo, 1998.

WEBER, Max, *Sociología de la religión*, Buenos Aires, La Pléyade, 1978.

ZIMBARDO, Philip, *El efecto lucifer. El porqué de la maldad*, trad. de Genís Sánchez Barberán, 5a. reimp. de la 1a. ed. en esta presentación 2011, Barcelona-Buenos Aires-México, Paidós, 2016.

EXAMEN CRÍTICO DE LA RECOMENDACIÓN GENERAL 35, EMITIDA POR LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

A CRITICAL EXAMINATION OF GENERAL RECOMMENDATION 35 ISSUED BY THE NATIONAL HUMAN RIGHTS COMMISSION

Alejandro Díaz Pérez*

Isabel Anayanssi Orizaga Inzunza**

*Por la difícil pero maravillosa tarea cotidiana
de defender los derechos humanos.*

Resumen

Partiendo de un análisis crítico, el presente artículo analiza detalladamente los alcances, dimensiones, puntos débiles y vacíos que lleva consigo la Recomendación General 35

* Licenciado en derecho y ciencias sociales, Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo. Master en gobernanza y derechos humanos, Universidad Autónoma de Madrid, España. Especialista en Derechos Humanos y Master en derecho constitucional, Universidad de Castilla-La Mancha, España. Exvisitante profesional en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Twitter: @AlexDiaz_1.

** Licenciada en derecho por la Universidad Autónoma de Baja California y Máster en la protección constitucional y en el Sistema Interamericano de los Derechos Fundamentales en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México y la Universidad Complutense de Madrid. Exvisitante profesional en la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Fecha de recepción: 4 de marzo de 2019.

Fecha de aceptación: 7 de agosto de 2019.

“Sobre la Protección del Patrimonio Cultural de los Pueblos y Comunidades Indígenas de la República Mexicana” emitida por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos de México.

Palabras clave: CNDH, pueblos indígenas, patrimonio cultural, conocimientos tradicionales.

Abstract

From a critical perspective, the present article analyzes the dimensions, weak points and gaps of the General Recommendation 35 “on the protection of the cultural patrimony of the indigenous peoples and communities of the Mexican Republic”, which was issued by the Mexico’s National Human Rights Commission (CNDH).

Keywords: CNDH, indigenous peoples, cultural heritage, traditional knowledge.

I. Introducción

La Comisión Nacional de los Derechos Humanos (en adelante la Comisión o CNDH), de acuerdo con la atribución contenida en la fracción VIII, del artículo 6º de su Ley,¹ emitió el 28 de enero de 2019 la Recomendación General 35 “Sobre la Protección del Patrimonio Cultural de los Pueblos y Comunidades Indígenas de la República Mexicana”.

Dicha determinación fue dirigida a los titulares del Poder Ejecutivo federal y estatales, a la jefa de gobierno de la Ciudad de México, al Congreso de la Unión, y a los Poderes Legislativos de las entidades federativas del país, como consecuencia de la falta de “mecanismos de protección efectiva contra empresas nacionales y extranjeras que despojan a pueblos y comunidades indígenas de su patrimonio cultural inmaterial”.²

A juicio de la Comisión, tales apropiaciones serían cometidas, especialmente, por empresas del ramo textil, confección de ropa y de la industria alimentaria, de acuerdo con la información obtenida de entrevistas y casos ocurridos en diversas entidades de la República.

La recomendación se emitió en un contexto en el que estas empresas se encontraban “despojando a pueblos y comunidades indígenas de nuestro país de su patrimonio

¹ “VIII. Proponer a las diversas autoridades del país, que en el exclusivo ámbito de su competencia, promuevan los cambios y modificaciones de disposiciones legislativas y reglamentarias, así como de prácticas administrativas, que a juicio de la Comisión Nacional redunden en una mejor protección de los derechos humanos”.

² CNDH, “Por la falta de mecanismos de protección efectiva contra empresas nacionales y extranjeras que despojan a pueblos y comunidades indígenas de su patrimonio cultural inmaterial, emite CNDH la Recomendación General 35”, Comunicado de Prensa DGC/054/19, Ciudad de México, 17 de febrero de 2019, disponible en: http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Comunicados/2019/Com_2019_054.pdf.

cultural inmaterial mediante la apropiación y reproducción indebida, sin autorización previa”.³

Partiendo del reconocimiento de la importancia —al menos simbólica— que dicha determinación conlleva y el apenas estimable intento por un organismo nacional de protección de los derechos humanos de colocar el tema en la agenda pública; el presente artículo plantea distintas reflexiones en torno a aquellos vacíos, debilidades y aspectos medulares que la Recomendación General deja en la sombra.

Al respecto, desde una visión crítica, se hace énfasis en que la determinación adoptada por la CNDH, no estaría abordando con claridad las profundas dificultades existentes sobre las mejores formas de aumentar la capacidad de los pueblos indígenas para controlar los usos de sus conocimientos tradicionales.

De la misma forma, prevalecería una preocupante ambigüedad en la identificación de las diferencias y posibles convergencias existentes entre conceptos básicos como patrimonio cultural en amplio sentido, los conocimientos tradicionales, la propiedad intelectual colectiva, y cómo estos pueden interactuar entre los diversos marcos jurídicos para generar formas de complementariedad.

Siguiendo esta idea, la recomendación no proporcionaría mayores elementos que ayuden a dilucidar en qué medida el Estado mexicano ha de restringir el uso no autorizado de expresiones culturales, conocimientos tradicionales o regulaciones en temas de particular disenso, como los recursos genéticos en posesión de comunidades indígenas.

Por otra parte, considerando que las dificultades de dar respuestas legales sensatas pueden exacerbarse dependiendo de las circunstancias y elementos en juego a valorar, también se examina si en efecto las propuestas de solución emitidas por la Comisión pueden ser realmente de utilidad para orientar políticas públicas precisas que ataquen el centro de la problemática existente.

Finalmente, este texto plantea una serie de conclusiones a tomar en cuenta para fortalecer decisiones futuras de la propia Comisión, con relación a la protección y garantía del derecho al patrimonio cultural y propiedad intelectual del conocimiento tradicional de los pueblos indígenas. De ahí que el presente análisis busque evocar la rigurosidad, pertinencia e incidencia que deben caracterizar los pronunciamientos de la CNDH.

II. Contenido de la Recomendación General 35

Para el análisis del tema, el texto recomendatorio fue dividido en cuatro apartados: *i)* Antecedentes, *ii)* Situación y fundamentación jurídica, *iii)* Observaciones y *iv)* Recomendaciones generales.

En el capítulo de Antecedentes, la Comisión inicia refiriéndose al concepto de “identidad cultural” de los pueblos indígenas, para después abordar el de “patrimonio cultural” y enfatizar la adopción de la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio

³ *Idem.*

Cultural Inmaterial, de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO). Posteriormente, al analizar el “contexto en México”, la Recomendación se centra en proporcionar datos demográficos de personas y pueblos indígenas, al tiempo que recorre históricamente la forma en que se construyeron los “Acuerdos de San Andrés Larráinzar” que establecieron ocho compromisos para garantizar los derechos de los pueblos indígenas.

Después, en el capítulo “Situación y fundamentación jurídica”, la CNDH emprende un abordaje sobre el derecho al patrimonio cultural a partir del sistema universal de derechos humanos y el Sistema Interamericano (en este en particular sólo se refirió a la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas). En otro momento, hace patente el abordaje del patrimonio cultural desde una perspectiva de derecho comparado (Venezuela y Panamá), para finalmente cerrar el capítulo con el marco jurídico nacional mexicano.⁴

A continuación, el capítulo de “Observaciones” contiene la parte de fondo de la argumentación de la Recomendación General, la cual fue planteada en cuatro puntos centrales; a saber: 1) la importancia de un ordenamiento jurídico que proteja de manera específica el patrimonio cultural de los pueblos indígenas, 2) la protección a la iconografía como patrimonio cultural, 3) el diálogo intercultural entre el Estado, empresas, pueblos indígenas y consulta previa, y 4) el cumplimiento a las obligaciones contraídas respecto del patrimonio cultural inmaterial indígena para su protección y salvaguarda.⁵

Asimismo, incluye la documentación de casos de afectación al patrimonio cultural de los pueblos y comunidades indígenas en México, diversos testimonios de personas indígenas y la información recuperada en un conversatorio realizado sobre el tema. También desarrolla la posible integración de un “sistema” para la protección y salvaguarda del patrimonio cultural, la referencia a los inventarios sobre patrimonio cultural, y las formas de reparación del daño como consecuencia de infracciones al patrimonio cultural inmaterial de los pueblos y comunidades indígenas.

Hacia el final del documento, la Comisión propone seis puntos recomendatorios divididos por el tipo de autoridad a la que se dirigen.

Una vez descrito en términos generales el contenido de la Recomendación, corresponde analizar aquellos vacíos, puntos ciegos y debilidades que dicho documento recoge, para después plantear posibles soluciones y áreas de oportunidad con el objeto de procurar la mejora de la protección de todas las formas y tipos de conocimiento tradicional indígena.

⁴ Los instrumentos jurídicos que consideró la Comisión fueron: a) Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, b) Ley General de Cultura y Derechos Culturales y su reglamento, c) Ley Federal del Derecho de Autor, d) Ley de Propiedad Industrial, e) Ley del Instituto Nacional de los Pueblos Indígenas y f) Ley de Desarrollo Rural Sustentable.

⁵ CNDH, Recomendación General núm. 35, “Sobre la protección del patrimonio cultural de los pueblos y comunidades indígenas de la República Mexicana”, 28 de enero de 2019, párr. 80.

III. La ambigüedad en conceptos básicos y la subutilización de marcos jurídicos para la protección y garantía del conocimiento tradicional indígena y patrimonio cultural

El punto medular que posiblemente explica uno de los vacíos más preocupantes de la Recomendación tiene que ver con la ambigüedad en la identificación de las diferencias y posibles convergencias existentes entre conceptos básicos como: “patrimonio cultural” en amplio sentido, “conocimientos tradicionales”, “propiedad intelectual colectiva”; y cómo estos pueden interactuar entre los diversos marcos jurídicos para generar formas de complementariedad.

La protección del patrimonio cultural indígena trae consigo la necesidad de establecer algunos conceptos que hacen referencia al objeto de protección. En sentido amplio, el patrimonio ha sido definido como “todo lo que pertenece a la identidad diferenciada de un pueblo y que le pertenece para compartir, si lo desean, con otros pueblos”;⁶ y de forma específica, se ha distinguido el patrimonio cultural inmaterial o intangible como:

...los usos, representaciones, expresiones, conocimientos y técnicas —junto con los instrumentos, objetos, artefactos y espacios culturales que les son inherentes— que las comunidades, los grupos y, en algunos casos, los individuos reconozcan como parte integrante de su patrimonio cultural. Este patrimonio cultural inmaterial, que se transmite de generación en generación, es recreado constantemente por las comunidades y grupos en función de su entorno, su interacción con la naturaleza y su historia, infundiéndoles un sentimiento de identidad y continuidad y contribuyendo así a promover el respeto de la diversidad cultural y la creatividad humana.⁷

Partiendo de ello, y de la necesidad de garantizar que los pueblos indígenas mantengan, controlen, protejan y desarrollen su patrimonio cultural,⁸ existen diversas aproximaciones a la problemática de su protección. La utilización del patrimonio cultural inmaterial de los pueblos y comunidades indígenas por parte de diversas empresas que persiguen beneficios económicos, así como la apropiación cultural que trae consigo el uso indebido del conocimiento y expresiones tradicionales, hacen evidente la urgencia de adoptar un marco jurídico que responda a las necesidades y contextos diversos de cada pueblo indígena.

Tomando en cuenta lo anterior, es importante poner en la mesa que entre las preocupaciones relacionadas con los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas existen varios elementos a observar. Por un lado, el de la protección de la propiedad

⁶ ONU, Protección del Patrimonio de los Pueblos Indígenas, Informe de la Relatora Especial de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías Presidenta del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas, Nueva York, 1997.

⁷ UNESCO, Convención para la Salvaguarda del Patrimonio Cultural Inmaterial, aprobada el 7 de octubre de 2003, artículo 2°.

⁸ Tal como lo señala el artículo 31 de la Declaración de las Naciones Unidas Sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

intelectual para los titulares de esos conocimientos y, por otro, la adquisición por parte de terceros, distintos a los titulares de los conocimientos tradicionales, de derechos de propiedad intelectual relacionados con creaciones e innovaciones basadas en esos conocimientos tradicionales. Estos representan dos niveles distintos que la Comisión no está considerando en su recomendación.

En esta línea, existen indudables vínculos prácticos entre el sistema de propiedad intelectual y los derechos de las personas titulares y de aquellas que poseen los conocimientos tradicionales indígenas.

Si bien puede sostenerse que los sistemas de propiedad intelectual funcionan como un régimen excluyente que, combinado con la naturaleza colectiva/comunitaria de los derechos indígenas, parece arrojar más dudas y problemas que certezas y ventajas, también debe advertirse que el debate sobre las políticas específicas relativas a los conocimientos tradicionales y al sistema de propiedad intelectual debe responder a las necesidades particulares y expectativas de los pueblos y comunidades indígenas que poseen tales conocimientos.

Asimismo, debe observarse que la evidencia empírica disponible ha dado cuenta que, no obstante sus claras limitaciones, algunas normas de propiedad intelectual vigentes “han sido aplicadas con éxito para proteger los conocimientos tradicionales contra algunas formas de utilización abusiva y de apropiación ilícita, en particular mediante las leyes de patentes, marcas, indicaciones geográficas, diseños industriales y secretos comerciales”.⁹

Por ello, a pesar de las posibles incompatibilidades de la propiedad intelectual en relación con los conocimientos tradicionales indígenas, resultaría contraproducente debilitar o eliminar este tipo de regímenes, por lo que sería necesario plantear modificaciones o adaptaciones del derecho de propiedad intelectual para su fortalecimiento.

La diversidad de modelos de protección del conocimiento tradicional en el mundo y la complejidad de factores a considerar ha generado que, desde hace algunas décadas, se desarrollen diversos esfuerzos para la armonización y generación de acuerdos entre países, con el fin de establecer una base común de protección.¹⁰ Así, se ha materializado la adopción del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, y el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial.¹¹

Actualmente se han clasificado diversas posturas adoptadas por parte de algunos Estados sobre cómo regular el uso del patrimonio cultural indígena. Ello ha permitido diferenciar grupos de países que han decidido expresamente no proteger los conocimientos tradicionales, como Lituania; aquellos que basan su protección desde la propiedad intelectual a través de la interpretación o modificación de sus leyes, como Australia y Nueva Zelanda; y aquellos países que han creado regímenes *sui generis* para la protección, como Filipinas y Guatemala.¹²

⁹ OMPI, Folleto núm. 2: “La propiedad intelectual y conocimientos tradicionales”, p.18.

¹⁰ Fisher, William, “The Puzzle of Traditional Knowledge”, *Duke Law Journal*, vol. 67, 2018, p. 1538.

¹¹ *Ibidem*, nota al pie 63.

¹² *Ibidem*, pp. 1536 a 1538.

Aunado a lo anterior, un aspecto primordial que debería considerarse cuando se busca crear un marco jurídico para proteger el patrimonio cultural indígena es el hecho de que sean los propios pueblos indígenas quienes coloquen en la discusión cuáles son sus necesidades y demandas en lo relacionado al uso de su patrimonio. De ahí que se identifique el interés de algunos pueblos de obtener beneficios económicos a través de concesiones, o de que se les reconozcan y atribuyan los conocimientos tradicionales correspondientes; que los productos derivados de esos conocimientos sean producidos localmente; o bien que se prohíba totalmente cualquier uso de dichos conocimientos.¹³

Por ahora, con base en el estudio de algunos casos que existen en el mundo y la compleja interacción de factores que dificultan el establecimiento de una regulación común de protección se han identificado dos posibles modelos que buscan reconciliar dichas dificultades.¹⁴ Por un lado, se propone que la legislación de propiedad intelectual sea adicionada con disposiciones que permitan exponer a quienes usan indebidamente los conocimientos tradicionales, a la pérdida de sus derechos de propiedad intelectual. Y, por otro lado, la adopción de un modelo de revelación obligatoria (*Mandatory-Disclosure*)—desconectado del régimen de propiedad intelectual— en el cual las empresas que se basan en el uso de conocimiento tradicional para la elaboración de productos, revelen dicha utilización.

Ahora bien, la ausencia de valoración de algunos de estos aspectos en el análisis realizado por parte de la CNDH permite observar que sus recomendaciones parten de una base que no contempla la complejidad del problema, y tampoco la existencia de algunas discusiones, estudios y propuestas previas en la materia.

En cuanto a la utilización de los marcos jurídicos aplicables, el texto de la Recomendación General 35, plantea una serie de consideraciones históricas y antecedentes sobre la protección cultural inmaterial de las comunidades indígenas.

En el desarrollo de la situación y fundamentación jurídica de la temática, la Comisión hizo referencia a distintas normas de derechos humanos contenidas en diversos sistemas de protección (universal e interamericano), así como algunas prácticas en el derecho comparado (Venezuela y Panamá) que, de acuerdo a su análisis, constituirían la fuente del derecho al patrimonio cultural inmaterial de los pueblos indígenas.

En cuanto al sistema universal, el documento se enfoca esencialmente en la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial de la UNESCO. Este instrumento es el que la CNDH a lo largo de su recomendación toma como el principal parámetro de obligación para el Estado mexicano.

La decisión de situar a la Convención de la UNESCO prácticamente como único instrumento de referencia para contrastarlo con las disposiciones a nivel interno en el país es una de las razones por las que la Recomendación tiene diversas limitaciones para situar con mayor precisión la dimensión y complejidad de la cuestión.

¹³ *Ibidem*, pp. 1567.

¹⁴ *Idem*.

Al respecto, cabe precisar que la propia UNESCO, en colaboración con la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) ha formulado un “tratado modelo” para la protección de las expresiones del folclore contra la explotación ilícita. En el tratado se reconoce que los pueblos indígenas son los propietarios tradicionales del patrimonio artístico que comprende el folclore, la música y la danza, creados dentro de los territorios indígenas y transmitidos a lo largo de las generaciones. En ese sentido, la inevitable intersección entre el patrimonio cultural y la propiedad intelectual no parece considerarse por la Comisión.

Asimismo, uno de los mayores desafíos actuales, a juicio de algunos expertos, y probablemente de los de mayor debate y dificultad de solución en el campo de la propiedad intelectual,¹⁵ es el relacionado con las regulaciones que los Estados deberían adoptar sobre el uso no autorizado de los conocimientos tradicionales, expresiones culturales o recursos genéticos de los pueblos y comunidades indígenas.

A propósito de lo anterior, el Protocolo de Nagoya “Sobre Acceso a los Recursos Genéticos y Participación Equitativa de los Beneficios que se Deriven de su Utilización al Convenio sobre la Diversidad Biológica” prevé que es deber de los Estados establecer medidas legislativas, administrativas o políticas para asegurar que los beneficios derivados de la utilización de recursos genéticos en posesión de las comunidades indígenas y locales se realice de conformidad con las leyes nacionales y respetando los derechos establecidos en su favor sobre dichos recursos, velando por que los beneficios obtenidos se compartan de manera justa y equitativa con las comunidades en cuestión, sobre la base de condiciones mutuamente acordadas.¹⁶

Sin embargo, los deberes contenidos en el Protocolo de Nagoya y la riqueza de debates existentes sobre la protección a los conocimientos tradicionales inexplicablemente no fueron considerados —ni siquiera mínimamente— en la Recomendación General 35.

No obstante, al abordar el “derecho al patrimonio cultural en el sistema interamericano”, la Comisión hace referencia a los artículos XIII y XXVIII de la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, sin realizar reflexión alguna sobre la robusta protección que la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) brinda a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas, a través de la jurisprudencia que ha desarrollado la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) sobre el artículo 21 de dicho instrumento.¹⁷

La Corte IDH, ha reiterado que la propiedad colectiva de los pueblos indígenas guarda *íntima* relación con su identidad cultural, en virtud de que:

[...] la cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituida a partir de su estrecha relación con sus territorios tradicionales y los recursos que allí se encuentran, no sólo por ser

¹⁵ Véase, por ejemplo, Fisher, William, *op. cit.*, p. 1511.

¹⁶ Artículo 5.2.

¹⁷ Para conocer con mayor profundidad el desarrollo que ha tenido el artículo 21 de la CADH en el lapso de 40 años, puede consultarse Díaz, Alejandro y Aguirre, Daniela, “Análisis de la evolución jurisprudencial del artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos”, *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, núm. 67, enero-junio de 2018.

estos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural.¹⁸

Asimismo, ha enfatizado que la garantía del derecho a la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas debe tomar en cuenta que la tierra está “estrechamente relacionada con sus tradiciones y expresiones orales, sus costumbres... sus conocimientos y usos relacionados con la naturaleza, sus artes culinarias, el derecho consuetudinario, su vestimenta, filosofía y valores”.¹⁹

Por lo anterior, si bien la Corte IDH ha consolidado su línea jurisprudencial sobre la protección al territorio ancestral y no expresamente sobre la propiedad intelectual o el patrimonio cultural inmaterial de los pueblos indígenas, resultaba indispensable que la Comisión identificara que la evolución jurisprudencial sobre el artículo 21 de la CADH, seguiría necesariamente esa interpretación más amplia de la propiedad de las comunidades indígenas; sin embargo, la recomendación dejó en el olvido tal parámetro.

De igual manera, la Comisión trajo a colación la “Ley del Patrimonio Cultural de los Pueblos y Comunidades Indígenas” y la “Ley del régimen especial de propiedad intelectual sobre los derechos colectivos de los pueblos indígenas, para la protección y defensa de su identidad cultural y de sus conocimientos tradicionales, y se dictan otras disposiciones”, vigentes en Venezuela y Panamá para la protección de los pueblos indígenas; no obstante, su señalamiento se limitó a describir los instrumentos normativos y no dejó claro al lector ni a las autoridades a quién se dirigía, si las experiencias citadas en esos países son efectivas y adecuadas. De ahí que se considerara necesario un análisis crítico de las diversas estrategias de protección en otros países.

Por ello, aunque la Comisión realizó un ejercicio comparativo citando las experiencias existentes en Venezuela y Panamá, parecería que la falta de rigurosidad y limitación en el enfoque del análisis le impidió vislumbrar algunos avances ya conseguidos a nivel global para abordar el problema, los que podrían aportar valiosos elementos en la búsqueda de un modelo de protección adecuado para la situación mexicana.

Aunado a lo descrito, la delimitación de la obligación del Estado de proteger los derechos humanos frente a violaciones cometidas por terceros o particulares, así como la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos fueron cuestiones débilmente consideradas por la Comisión.

La Recomendación plantea en un apartado específico la necesidad de un “[d]iálogo intercultural entre el Estado, empresas, pueblos indígenas y consulta previa”, y señala que “las empresas deben negociar con las comunidades de forma igualitaria y para ello, deben conocer los impactos de sus actividades y los derechos de los pueblos y las comunidades”,²⁰ enfatizando que, respecto a las actividades relacionadas a la regulación, uso,

¹⁸ Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 17 de junio de 2005, párr. 135.

¹⁹ *Ibidem*, párr. 154.

²⁰ CNDH, Recomendación General No. 35 “Sobre la protección del patrimonio cultural de los pueblos y comunidades indígenas de la República mexicana”, 28 de enero de 2019, párr. 136.

permiso del patrimonio cultural de los pueblos y comunidades indígenas, “es obligación del [g]obierno consultarles de manera previa, libre, informada y con pertinencia cultural”,²¹ de acuerdo al Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

La forma en que analiza los elementos “empresa”, “Estado”, “pueblos indígenas” y “consulta previa” —todos a través del “diálogo intercultural”— representa una forma muy particular de abordar la cuestión, en tanto, no expone de forma clara exactamente a qué quiere referirse la CNDH. Sobre este particular, no delimita de forma pormenorizada, cuáles son las obligaciones del Estado frente a terceros, ni describe las responsabilidades de las empresas frente a los derechos humanos, limitándose a subrayar que cualquier medida a adoptar debe ser sujeta a un procedimiento de consulta previa.

Es importante recordar, que de acuerdo a las normas de derechos humanos reconocibles, los Estados pueden ser responsables de violaciones a los derechos humanos cometidos por particulares (empresas) si devienen tres condiciones: 1) al momento de los hechos existe una situación de riesgo real e inmediato, 2) las autoridades conocían o debían tener conocimiento de dicha situación, y 3) no adoptaron las medidas razonables o necesarias para prevenir o evitar ese riesgo.²²

En la misma línea, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, ha detallado en su Observación General 24 “Sobre las obligaciones de los Estados en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el contexto de actividades empresariales”, el alcance de las obligaciones generales de proteger, de dar respeto y efectividad a los derechos, respecto a las empresas.

Otro aspecto relacionado, —que no debe confundirse con los estándares de obligación estatal en sentido estricto— son los desarrollos existentes, especialmente en normas de *soft law* enfocados a la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos, que deben seguirse con toda independencia de la capacidad o voluntad del Estado mexicano de cumplir sus propias obligaciones.²³ La responsabilidad empresarial, por tanto, exige no sólo seguir deberes específicos de abstención (no lesionar derechos), sino también, implica llevar a cabo las acciones necesarias para evitar daños (deberes de acción y prevención).²⁴

Por lo anterior, las empresas tienen la responsabilidad de actuar con debida diligencia, con el objetivo de “identificar, prevenir, mitigar y responder de las consecuencias negativas de sus actividades sobre los derechos humanos”.²⁵

Por otra parte, vale enfatizar también que una de las principales inconsistencias de la Recomendación radica en la falta de énfasis en procedimientos como el de consentimiento previo e informado de los pueblos y comunidades indígenas, para la determinación de medidas de protección de sus propios conocimientos tradicionales.

²¹ *Ibidem*, párr. 137.

²² Corte IDH, *Caso Rodríguez Vera y otros (desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 14 de noviembre de 2014, Serie C núm. 287, párr. 523.

²³ Díaz, Alejandro, *Las empresas y los derechos humanos de los pueblos indígenas*, Madrid, Universo de Letras, 2018, p. 43.

²⁴ *Ibidem*, p. 45.

²⁵ ONU, “Principios rectores sobre empresas y derechos humanos, puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para «proteger, respetar y remediar»”, UN Doc. HR/PUB/11/04, Nueva York y Ginebra, 2011, principio rector 17.

Lo anterior cobra especial valor, habida cuenta que cualquier política relativa a los conocimientos tradicionales y al sistema de propiedad intelectual debe responder a las necesidades particulares y expectativas de los pueblos y comunidades indígenas.

Cabe recordar que el derecho a la consulta y al consentimiento, además de funcionar como una salvaguarda específica del derecho a la propiedad colectiva, es un principio general del derecho internacional de los derechos humanos.²⁶

De conformidad con este principio, cualquier medida administrativa, legal o legislativa que pueda susceptiblemente afectar a una comunidad indígena deberá ser sometida a un procedimiento de consulta previa, libre, informada y culturalmente adecuada. Además, en términos prácticos, antes de que un tercero pueda acceder a los conocimientos tradicionales y utilizarlos, deberá consultarse con el titular de esos conocimientos y, en su caso, llegar a posibles acuerdos para establecer las condiciones que beneficien a las partes.

Estos estándares descritos, con énfasis en la protección reforzada que se debe adoptar al tratarse de derechos de los pueblos indígenas, eran elementos que la Recomendación General planteó de forma superficial en algunos casos y, en otros, dejó en la sombra.

En suma, el hecho de abordar de forma incompleta aquellos estándares que figuran en el *corpus iuris* aplicable a la protección del patrimonio cultural, los conocimientos tradicionales y la propiedad intelectual colectiva de los pueblos indígenas, entrelazados con los marcos que establecen las responsabilidades de las empresas que, en muchos casos, utilizan o explotan sin consentimiento saberes tradicionales de comunidades indígenas, generó que no fuese identificado adecuadamente el marco de referencia a seguir por parte tanto de las diversas autoridades del Estado mexicano a nivel interno, como de las empresas en sus actividades.

IV. La fragilidad en el análisis sobre las normas a nivel interno que contemplan la protección cultural inmaterial

Aunada a la subutilización de los marcos de protección, el análisis realizado por la CNDH respecto de la situación sobre la normativa interna en México del patrimonio cultural inmaterial y sus elementos derivados resultó sumamente débil.

El artículo 160 de la Ley Federal del Derecho de Autor establece una permisión de la libre utilización de las obras literarias, artísticas, de arte popular o artesanal, condicionada a que, en la fijación, representación, publicación, comunicación o utilización, deberá mencionarse la comunidad, etnia, o en su caso, la región de la República Mexicana de la que provenga. En opinión de la Comisión, “la sola mención no constituye una efectiva protección”.²⁷

²⁶ Corte IDH, *Caso pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, fondo y reparaciones, sentencia de 27 de junio de 2012, párr. 164.

²⁷ CNDH, Recomendación General núm. 35, *cit.*, párr. 58.

Sin embargo, la afirmación es sumamente confusa, en tanto no explica en qué medida la utilización del conocimiento tradicional, en casos de usuarios no comerciales,²⁸ es decir, que no realizarán ningún lucro, debería —a pesar de ello— estar restringida, prohibida o sujeta a medidas adicionales.

No parecería razonable pensar que en casos relacionados con la fijación o representación de arte popular o artesanal, por ejemplo, en exposiciones públicas, museos, ferias populares, etcétera, tendrían necesariamente que establecerse medidas adicionales a la mención sobre el origen tradicional.

Más ambiguo aún resulta este aspecto, cuando la CNDH refiere que la ley citada “no prevé un mecanismo que respete el derecho a la colectividad indígena”, pero tampoco detalla en qué medida deberían existir mayores restricciones al uso no autorizado. Así, por ejemplo, no toma en cuenta la posibilidad de la conveniencia de un régimen de protección que pueda acomodar fácilmente categorías como el folclore como una forma de dominio público, de acuerdo con la experiencia comparada en otros países.²⁹

Continuando el análisis, al abordar la Ley de Propiedad Industrial, la CNDH asegura que los procedimientos contenidos en dicha normativa “individualizan la propiedad colectiva asignándolas a un grupo de personas específicas que han realizado los trámites para la obtención de tales figuras, excluyendo al resto del pueblo o comunidad quienes también detentan derechos respecto de su patrimonio cultural”.³⁰

Esta forma de análisis puede resultar problemática debido a que la Comisión expone únicamente su preocupación en torno a que pueda protegerse la propiedad colectiva de un grupo de personas pertenecientes a una comunidad, pero que no se reconozca esta propiedad en favor del pueblo o comunidad indígena en su conjunto. La Comisión omite analizar lo que sucedería si, en todos los casos, el trabajo específico de algunos miembros del pueblo o comunidad tuviese que ser atribuido de forma colectiva al pueblo o comunidad. De ahí que ese razonamiento incompleto imposibilite el planteamiento de otras situaciones hipotéticas donde la individualización de la propiedad de una o un grupo de personas integrantes de la comunidad fricciona con la naturaleza colectiva del patrimonio cultural indígena.

Al respecto, es necesario partir del hecho de que para las comunidades indígenas las nociones de cultura, propiedad, conocimientos tradicionales, *inter alia*, son concebidas de forma comunitaria y colectiva; pero existen condiciones materiales en las cuales un grupo de personas al interior de las propias comunidades podría estar generando productos específicos que, si bien son configurados o gestionados a partir de saberes ancestrales o tradicionales, son esfuerzos focalizados, derivados de las propias dinámicas culturales.

Por ejemplo, cuando se piensa en colectivos como *Koolel Kab*³¹ conformado por un grupo de mujeres indígenas apicultoras que tienen por objetivo cuidar a las abejas

²⁸ Por ejemplo, artistas de graffiti en Perth, véase: Fisher, William. “The Puzzle of ...”, *cit.*

²⁹ Por ejemplo, en Senegal, la legislación interna permite que la categoría de “folclore” sea considerada de dominio público.

³⁰ CNDH, Recomendación General núm. 35, *cit.*, párr. 62.

³¹ Olivares, Voianey, “Koolel Kab, salvar abejas y tradiciones en un solo paso”, *CCNews*, 15 de agosto de 2018, disponible en: <https://news.culturacolectiva.com/mexico/mujeres-indigenas-yucatecas-apicultoras-responsables/>.

mediante la producción responsable y artesanal de miel y sus subproductos, ¿qué tipo de protección específica estaría alentando la Comisión, si afirma que el registro de marcas tendría que realizarse “sin excluir al resto de la comunidad indígena”?, es decir, en este caso ¿debería protegerse al pueblo maya en abstracto?

Otro ejemplo de dicho problema ocurriría con aquellos grupos de personas indígenas que realizan artesanías y que han decidido emigrar de su pueblo o comunidad, frente a la imposibilidad de recibir protección de sus obras a causa de que la salvaguardia de estas resultaría incompatible con la idea de incluir al resto de la comunidad indígena a la que pertenecen.

Así, la falta de análisis por parte de la CNDH de otras situaciones hipotéticas, o quizá ya experimentadas por otros países, hubiese ayudado a repensar sus señalamientos críticos sobre la Ley de Propiedad Industrial.

La recomendación pasa por alto las particulares complejidades que pueden presentarse en la protección de los conocimientos tradicionales o el patrimonio cultural, habida cuenta de las tensiones que previsiblemente surgen en esta temática. Por ello, es importante asimilar que las dificultades de las medidas legales pueden depender de los contextos culturales de la comunidad a proteger. No se trata de colocarlo desde el relativismo cultural, sino de entender ciertos componentes. Las posturas tomadas por los pueblos indígenas probablemente varíen; algunos pueden insistir en compartir los beneficios económicos, otros exigir el reconocimiento del origen tradicional, mientras tanto, algunos más solicitar la expropiación de la apropiación cultural del que fueren objeto.

Otra cuestión desatendida por la Comisión es la relativa a la organización del uso de los conocimientos ancestrales al interior de las comunidades y pueblos indígenas que puede variar de una comunidad a otra. En ese punto, la pregunta sería: ¿conoce la CNDH o contempla en su propuesta de protección las particularidades del uso del patrimonio cultural al interior de las comunidades?

Una respuesta derivada del texto de la propia recomendación es que dicha cuestión no fue abordada por parte de la Comisión, a pesar de la evidencia disponible existente de algunas formas de organización en las comunidades para facultar a sus miembros en la reproducción o creación de obras basadas en sus conocimientos tradicionales, y que va conectada con el respeto a la autonomía cultural y libre determinación de los pueblos y comunidades indígenas. Por ejemplo, en Australia algunos grupos tribales han determinado el uso o reproducción de diseños tradicionales con base en el derecho aborigen, por lo que los “ancianos” de las tribus fungen en algunos casos como tutores legales.³²

La consideración de dichas cuestiones por parte de la CNDH, y la identificación de situaciones similares entre las comunidades y pueblos indígenas en México hubiese coadyuvado a establecer las dimensiones reales de la complejidad de proponer un modelo de protección del conocimiento tradicional. Asimismo, permitiría identificar la dificultad de formular una solución general aplicable a todos los casos.

³² ONU, Protección del Patrimonio de los Pueblos Indígenas, Informe de la Relatora Especial de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, presidenta del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas, Nueva York, 1997, párr. 78. Véase también el asunto *Yumbulul vs. Reserve Bank of Australia*.

Otro punto de observación es que la Comisión no consideró útil la revisión de algunas propuestas legislativas en el tema de la protección del patrimonio cultural indígena ya realizadas en México, como las presentadas en la Cámara de Diputados en el 2015³³ y 2016,³⁴ lo que de haberse realizado, podría no sólo exponer algunos esfuerzos ya alcanzados en el tema, sino también allegarse a propuestas con el fin de hacer un análisis crítico sobre la pertinencia de dichas estrategias para afrontar el problema.

La perspectiva de género y otros enfoques de análisis limitados

Siguiendo con el contenido de la recomendación, la Comisión identificó algunas “afectaciones indirectas”, derivadas de la “inadecuada protección” del patrimonio cultural de los pueblos y comunidades indígenas. En ese sentido, refirió que dichas consecuencias adversas afectarían de forma especial a las mujeres indígenas.

Detalló que el ámbito de la salud es uno de los más desfavorecidos, advirtiendo que las mujeres indígenas tienen una carga central en la realización de actividades diversas como los “tejidos, bordados [y] alfarería”.³⁵

Tales condiciones se verían exacerbadas por la falta de atención médica para las mujeres que realizan dichos trabajos artesanales, habida cuenta que en algunas de esas actividades se utilizan sustancias tóxicas (como el plomo) o se presentan “dolores de espalda” como consecuencia de la postura de ejecución del oficio textil.³⁶ Asimismo, las condiciones se ven agravadas debido a que “[l]a disponibilidad de servicios de salud no ha sido equitativa y las mujeres rurales, campesinas e indígenas han sido las menos favorecidas”.³⁷

Aunque en principio puede pensarse que el análisis presentado por la Comisión tiene una dirección específica, en realidad la argumentación tiene profundos vacíos. En primer término, en el texto de la recomendación no se explica qué vínculo o nexo causal tiene la “inadecuada protección del patrimonio cultural inmaterial” con el deterioro en la salud de las mujeres artesanas de las comunidades indígenas.

Siguiendo esa premisa parece que, en todo caso, lo que la Comisión ha encontrado es que en México prevalecen condiciones de desigualdad estructural que afectan especialmente a las mujeres indígenas y dinámicas de desigualdad de género que además concurren con la problemática existente en el sistema de salud del país, que no tiene la capacidad de garantizar con accesibilidad, disponibilidad, aceptabilidad y calidad los servicios que otorga.

Lo anterior, significaría que tales obstáculos o condiciones adversas no serían originadas propiamente por omisiones en la “protección del patrimonio cultural inmaterial”,

³³ Cámara de Diputados, Gaceta Parlamentaria, año XIX, número 4422-VII, miércoles 9 de diciembre de 2015.

³⁴ Cámara de Diputados, Gaceta Parlamentaria, año XIX, número 4489-V, martes 15 de marzo de 2016.

³⁵ CNDH, Recomendación General núm. 35, *cit.*, párr. 114.

³⁶ *Ibidem*, párr. 116.

³⁷ *Ibidem*, párr. 117.

sino por el incumplimiento de otras obligaciones de derechos humanos (derecho a la salud, igualdad de género, entre otros).

En consecuencia, las anteriores referencias por parte de la CNDH a las problemáticas específicas de las mujeres artesanas, si bien dan cuenta de un intento por impregnar a la Recomendación de una perspectiva de género, dejan en el aire diversos enfoques —además del derecho a la salud— para el estudio de la situación de las mujeres indígenas y la necesidad de que sus obras sean protegidas adecuadamente.

Otra cuestión necesaria de señalar es el enfoque de género con el que se pretendió analizar la situación de las mujeres artesanas indígenas. A pesar de que la Recomendación cuenta con el apartado “Afectación a la economía de las artesanas mexicanas”, este sólo hace referencia a la importancia de establecer un comercio justo, sin explicar en primer lugar, cuál es la problemática específica de las mujeres en su economía, y por qué el “comercio justo” impactaría su situación particular.

Un análisis que hubiese resultado útil es el referido al impacto que tendría la protección del conocimiento tradicional en las relaciones de género al interior de las comunidades. Dicho análisis exigiría echar un vistazo justamente al interior de las comunidades, lo que permitiría a la CNDH advertir que la protección del patrimonio impacta en el desarrollo, liderazgo y empoderamiento económico de las mujeres, lo cual constituye un componente esencial del Objetivo Quinto de la Agenda de Desarrollo Sostenible de Naciones Unidas.³⁸

Sobre tal cuestión, existen algunos estudios donde se ha evidenciado que las mujeres de las comunidades y pueblos indígenas juegan un papel protagónico en la elaboración de textiles y otras artesanías, lo que les permite organizarse, independizarse y tomar decisiones dentro de las comunidades y fuera de ellas.³⁹ No obstante, son éstas las principales afectadas frente a la desprotección del patrimonio cultural al dejar de gozar los beneficios económicos justos de sus obras cuando las empresas hacen un uso indebido de las mismas con fines comerciales. Muestra de ello son diversos casos de plagio y pago injusto por sus obras⁴⁰ ocurridos en México.

³⁸ ONU Mujeres, “Un objetivo transformador e independiente para lograr la igualdad de género, los derechos y el empoderamiento de las mujeres: imperativos y componentes claves. En el contexto del marco de desarrollo post-2015 y los objetivos de desarrollo Sostenible”, 2013.

³⁹ Véase, por ejemplo, Ramos Maza, Teresa, “Artesanas y artesanías: Indígenas y mestizas de Chiapas construyendo espacios de cambio”, *Liminar. Estudios Sociales y Humanísticos*, vol. II, enero-junio de 2004, disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=74511795004>; Tuburcio Cayetano, Hermelinda, “Mujeres indígenas y desarrollo”, *Estado del desarrollo económico y social de los pueblos indígenas de Guerrero*, Ciudad de México, UNAM-Programa Universitario México Nación Multicultural, Secretaría de Asuntos Indígenas del Gobierno del Estado de Guerrero, México, 2009, disponible en: http://www.nacionmulticultural.unam.mx/edespig/diagnostico_y_perspectivas/RECUADROS/CAPITULO%2012/1%20Mujeres%20indigenas%20y%20desarrollo.pdf.

⁴⁰ Véase, por ejemplo, “Acusan a Rapsodia de plagiar diseño Zapoteca”, *Excelsior*, Redacción, 4 de agosto de 2016, disponible: <http://www.excelsior.com.mx/nacional/2016/08/04/1109081>; Brandoli, Javier, “Las indígenas Tlahuitoltepec acusan a la diseñadora francesa Isabel Marant de plagiar su blusa típica”, *El Mundo*, 4 de junio de 2015, disponible: <http://www.elmundo.es/internacional/2015/06/04/556f7ef8e2704e7b538b459c.html>; y Escobar, Isamar y Rodríguez, Yazmín, “A indígenas mayas les pagan 200 pesos por adornar bolsas de 28 mil”, *El Universal*, 8 de julio de 2017, disponible: <http://www.eluniversal.com.mx/entrada-de-opinion/colaboracion/redaccion/2017/07/8/indigenas-mayas-les-pagan-200-pesos-por-adornar>.

Por otro lado, la mención por parte de la CNDH de las necesidades expresadas por las mujeres asistentes al Conversatorio “Encuentro de Tejedoras Artesanas del Sur”, a pesar de ser un señalamiento proactivo por parte de la CNDH para dar voz a las necesidades de las mujeres artesanas, se redujo a una simple descripción de “afectaciones indirectas”, pues resulta inexplicable que la Comisión no haya dirigido a las autoridades del Estado mexicano algún punto recomendatorio específico sobre esta cuestión.

Además de dotar al documento de una perspectiva de género, se pasó inadvertida la necesidad obligada de abordar el problema de la falta de protección del conocimiento tradicional desde un enfoque económico y de desarrollo sustentable. La consideración de estas aristas, hubiese facilitado a la Comisión conocer otras problemáticas íntimamente relacionadas con el control del patrimonio por parte de las comunidades indígenas.

Por ejemplo, la obtención de la materia prima para la elaboración de artesanías y obras tradicionales, que, frente a las grandes demandas de productos específicos en el mercado, se han visto afectadas por la contaminación y por la disponibilidad de la materia prima, cuestiones que en algunos casos han obligado a las comunidades a cambiar los materiales con los que diseñan sus obras sin que estos pierdan valor comercial.

Sobre tal particular, se ha evidenciado cómo los cesteros tradicionales *karuk* en California se vieron impedidos a realizar sus tradicionales cestas por la falta de disponibilidad de las hierbas salvajes con las que las elaboran, debido a su destrucción por la contaminación.⁴¹ Tal situación los llevó a hacerlas con otros materiales, por lo que consideraban que sus cestas ya no eran auténticas y perdían su valor cultural y comercial. Otro caso de referencia, es el de los indios americanos que obtienen de un único lugar —una cantera en Minnesota— la piedra roja blanda para hacer sus pipas ceremoniales; situación que ha dado pauta a que ese lugar esté protegido por ley para que, en principio, sólo los artesanos indígenas puedan utilizarlo.⁴²

V. Pertinencia de las medidas de solución propuestas por la Comisión

Posterior al examen de la normativa interna, en la Recomendación General, la CNDH consideró que los problemas centrales de la falta de protección en el patrimonio cultural inmaterial guardan relación con la “falta de armonización legislativa, homologación de conceptos y criterios en los ordenamientos jurídicos federal y estatal, [y] ausencia de coordinación interinstitucional”.⁴³

Derivado de esta valoración, las posibles soluciones se concentrarían en tres tipos de medidas: *a*) la creación de un “sistema” para la protección del patrimonio cultural, *b*) modificaciones al inventario del patrimonio cultural de comunidades y pueblos indígenas, ya existente; y *c*) la incorporación de “acciones colectivas” y “tipos penales”.

⁴¹ ONU, Protección del Patrimonio de los Pueblos Indígenas, Informe de la Relatora..., *cit.*, párr. 65.

⁴² *Idem.*

⁴³ CNDH, Recomendación General núm. 35, *cit.*, párr. 142.

En relación a la primer medida planteada, el “sistema” representaría “el mecanismo institucional de política pública a través del cual se coordinarán esfuerzos, instrumentos, programas, servicios y acciones para la protección, salvaguarda, preservación integral, promoción y desarrollo del patrimonio cultural inmaterial de los pueblos y comunidades indígenas”,⁴⁴ y estaría integrado por, al menos, doce instancias públicas de la Federación,⁴⁵ representantes de las entidades federativas del país, así como las comunidades indígenas, organismos autónomos de derechos humanos y organizaciones de la sociedad civil.

Si se contempla en su plena dimensión, la Comisión estaría proponiendo un sistema interinstitucional en el que participen todos los actores involucrados; sin embargo, es justamente en la magnitud y amplitud del entramado de la medida su correlación con la incertidumbre e imprecisión que conlleva.

El tipo de razonamiento desplegado en la recomendación podría aplicarse de forma análoga para la protección de casi cualquier derecho que se analice. Es una solución planteada en términos de “coordinense todas las autoridades de todos los niveles e implementen un sistema” sin explicar mínimamente qué implicaría ese sistema o tomar en cuenta las obligaciones de derechos humanos existentes, las mejores prácticas que han tenido éxito en otros países o soluciones formuladas desde las propias comunidades.

El profundo asidero que deja esta medida de solución es de tal nivel que, al no describir los parámetros específicos de articulación del sistema, dota a las instituciones públicas de un alto nivel de discrecionalidad sobre la forma en que se llevará a cabo.

Ahora bien, respecto a la segunda propuesta, referente a las modificaciones del inventario sobre patrimonio cultural inmaterial que existe a nivel federal por parte de la Secretaría de Cultura, la Comisión considera que el inventario “no establece con claridad los elementos para llevar a cabo el registro, las categorías de cómo se deben clasificar cada registro y los procedimientos que se deben de llevar a cabo [en] este”,⁴⁶ al tiempo que “carece de información sobre los efectos que acompañan el registro de alguna manifestación del patrimonio cultural”,⁴⁷ entre otras cuestiones.⁴⁸

Al momento de analizar las deficiencias existentes del inventario en México, la CNDH olvida precisar algunas cuestiones fundamentales. En ese sentido, cabe enfatizar que si bien la confección de inventarios es una obligación expresa contenida en el artículo 12 de la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural e Inmaterial, la propia

⁴⁴ *Ibidem*, párr. 147.

⁴⁵ La propuesta refiere sería integrado por instancias del Poder Ejecutivo Federal, los Titulares de la Secretaría de Gobernación, de la Fiscalía General de la República, de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, de la Secretaría de Turismo, de la Secretaría de Economía, de la Secretaría de Educación Pública, de la Secretaría de Cultura, del Instituto Nacional de los Pueblos Indígenas, Instituto Nacional de Estadística y Geografía, del Instituto Nacional de Antropología e Historia, del Fondo Nacional para el Fomento de las Artesanías, la Dirección General de Culturas Populares Indígenas y Urbanas, y demás instancias necesarias.

⁴⁶ CNDH, Recomendación General núm. 35, *cit.*, párr. 157.

⁴⁷ *Ibidem*, párr. 158.

⁴⁸ Como falta de indicadores, datos estadísticos desagregados por sexo, edad, actividad, comunidad, localidad, técnicas, materiales, etcétera.

UNESCO ha enfatizado que “los inventarios pueden servir de base para formular planes concretos de salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial inventariado”.⁴⁹

Lo anterior significa que los inventarios son un paso inicial que tiene que ser potenciado con múltiples medidas adicionales que den protección al conocimiento tradicional, especialmente a través de mecanismos de acceso a la justicia y modificación de los regímenes de propiedad intelectual colectiva, entre otras. Por lo que los inventarios en sí mismos no pueden interpretarse como una medida que solucione *per se* las problemáticas prevaletentes.

Asimismo, la propia Convención de la UNESCO no prescribe un tipo específico de inventario, es decir, concede a los Estados un margen de apreciación a este respecto. Por ese motivo, la confección de un inventario puede ser articulado como un sistema único nacional, o también estar compuesto de múltiples inventarios, los cuales pueden resultar especialmente atractivos para los Estados federales (como México) en los que la responsabilidad de la cultura no recae en el gobierno central, porque “permitiría a las regiones y provincias constituir sus propios inventarios”.⁵⁰

A pesar de estas particularidades que la propia UNESCO ha señalado sobre las formas de cumplimiento de la Convención, de conformidad con las Directrices Operativas para la aplicación de la Convención, la CNDH no analiza, en el caso de nuestro país, qué tipo de inventario constituiría un mejor mecanismo de adopción, valorando las especificidades culturales de los pueblos indígenas, el sistema federal y demás consideraciones de las normativas internas. Esta omisión es especialmente importante, en virtud de que la forma específica de confección del inventario es un elemento clave que daría lugar al éxito o fracaso de este mecanismo como salvaguardia.

Por otra parte, de acuerdo a reportes de prensa, desde agosto de 2018 el Instituto Nacional de Antropología e Historia (INAH) dio a conocer que está conformando una “plataforma de Registro de Patrimonio Cultural y Mercado”, que contará con especialistas en derecho, propiedad intelectual, antropólogos y colectivos indígenas, con la finalidad de documentar las afectaciones que los pueblos indígenas están recibiendo por parte de empresas que plagian y utilizan sin consentimiento conocimientos tradicionales.⁵¹

Considerando dicha información, hubiese sido deseable que la Comisión se refiriera a la medida pretendida por el gobierno federal para analizar su pertinencia inicial, la interrelación de esta con los inventarios y su posible aplicación conjunta. No obstante, la Recomendación General dejó en el olvido la temática.

Finalmente, como tercera propuesta de solución, la Comisión aborda la incorporación de “acciones colectivas” y la creación de “tipos penales”. En cuanto a las acciones colectivas, el documento recomendatorio se refiere esencialmente a aquellas contempladas en el Código Federal de Procedimientos Civiles, legislación que a juicio de la

⁴⁹ UNESCO, “Inventarios: identificar para salvaguardar”, disponible en: <https://ich.unesco.org/es/inventario-del-patrimonio-inmaterial-00080>.

⁵⁰ *Idem*.

⁵¹ Balderas, Óscar, “¡Atrás, Zara! El INAH tiene un plan para evitar el plagio de diseños indígenas”, *Huffpost*, 14 de agosto de 2018, disponible en: https://www.huffingtonpost.com.mx/2018/08/13/atras-zara-el-inah-tiene-un-plan-para-evitar-el-plagio-de-disenos-indigenas_a_23501569/.

CNDH no contempla “la protección del patrimonio cultural de los pueblos y comunidades indígenas”.⁵²

De nuevo, la Comisión no analiza de manera pormenorizada los mecanismos de acceso a la justicia existentes, y pasa por alto al menos dos cuestiones fundamentales. Por una parte, no examina si la legislación en materia civil —habida cuenta de sus estrictas reglas de interpretación procesal y sustancial— puede ser la vía idónea para la protección de los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas, considerando, por ejemplo, la amplia jurisprudencia desarrollada por órganos internacionales sobre las características que debe reunir un recurso efectivo.

Por otra parte, no toma en cuenta que en México existen ya procedimientos específicos de protección de naturaleza administrativa, a través del Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial y del Instituto Nacional del Derecho de Autor, que son combatibles ante el Tribunal Federal de Justicia Administrativa, órgano que inclusive cuenta con una Sala Especializada en Propiedad Intelectual, que estudia los conflictos existentes en la materia.

Ante esos marcos de protección, era indispensable que en la Recomendación General se reflexionara sobre el alcance de tales vías de protección judicial, analizando si estos mecanismos de acceso a la justicia son compatibles de conformidad con las normas de derechos humanos de los pueblos indígenas para la protección y garantía de los conocimientos tradicionales, o si es necesario reformularlos e incluso plantear nuevos remedios administrativos o de protección judicial de alcance no jurisdiccional.

En cuanto a las formulaciones sobre la creación de nuevos tipos penales, la Comisión justifica la medida en tanto “el Código Penal Federal, como en los códigos penales de los estados, carecen de preceptos que protejan como bien jurídico al patrimonio cultural inmaterial”.⁵³ La idea de la sanción penal correspondería en los casos de apropiación sin consentimiento y uso indebido del patrimonio cultural inmaterial y explotación de este.

No obstante, la propuesta es sumamente confusa, en tanto afirma que no existe “ningún precepto” que proteja las apropiaciones sin consentimiento; sin embargo, no toma en cuenta que el propio Código Penal Federal contiene un capítulo entero llamado “De los delitos en materia de derechos de autor”. A partir de aquí, surgen varias interrogantes no resueltas.

Tomando en cuenta la tipificación de los delitos en materia de derechos de autor, vale plantearse qué otro tipo de conductas de acuerdo a los principios de lesividad y proporcionalidad deben adicionalmente construirse o si los ya existentes deberían reformularse para que también sean aplicados en aquellos casos donde los afectados sean las comunidades indígenas.

En todo caso, cualquier medida penal debe tomarse con sumo cuidado, en tanto que a menudo las respuestas punitivas a los problemas de derechos humanos suelen no ser las más apropiadas para disminuir o inhibir los efectos adversos.

⁵² CNDH, Recomendación General núm. 35, *cit.*, párr. 164.

⁵³ *Ibidem*, párr. 166.

Una vez concluida la argumentación de fondo del texto recomendatorio, la CNDH planteó, en el capítulo de “Recomendaciones generales”, dos tipos de medidas a solicitar. Al Ejecutivo federal le pide impulsar “la creación de políticas públicas y promueva una asignación presupuestaria que garantice la protección, salvaguarda, preservación, promoción y desarrollo integral del patrimonio cultural de los pueblos y comunidades indígenas”.

Mientras tanto, a los poderes ejecutivos de las entidades federativas, a la jefa de gobierno de la Ciudad de México y al Congreso de la Unión, solicitó estudiar, discutir y diseñar “una iniciativa de Ley que presente alguna de las Cámaras, respecto de la creación de un Sistema interinstitucional, con participación de los pueblos y comunidades indígenas...”.

Lo anterior da cuenta de que las impresiones, puntos débiles y vacíos que presentó el texto de la Recomendación General 35 derivaron en que las soluciones propuestas para ser adoptadas por las autoridades del Estado mexicano fueran formuladas en términos muy genéricos y poco desarrollados respecto de aspectos específicos que facilitarían su aplicación en la práctica.

Da cuenta de ello el hecho de que las solicitudes presentadas por la CNDH al Congreso de la Unión, a los Ejecutivos locales y a la Jefatura de Gobierno de la Ciudad de México, para la presentación de iniciativas de ley que tengan por objeto la creación de un sistema interinstitucional, terminan por reforzar la impresión de las intenciones de la Comisión de solucionar el problema con una medida que implicaría “acuerdos entre niveles de gobierno y un sistema interinstitucional”.

En reflexión a lo anterior, la posición de un organismo nacional como la CNDH no debería tener dudas sobre la importancia de incluir también a la sociedad civil, a las personas expertas y a los organismos internacionales como un elemento previo que dé lugar a la construcción de la propia recomendación.

Ello no significaría dejar de lado la posibilidad de valorar el uso de los mecanismos de diálogo internacional como, por ejemplo, solicitar un pronunciamiento por parte de la Organización de Naciones Unidas y sus procedimientos especiales o inclusive, una opinión consultiva a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a través de lo dispuesto en el artículo 64.1 de la CADH con el fin de allegarse por más elementos sobre el tema.

VI. Otros elementos no considerados

Como ha sido precisado a lo largo del presente artículo, en su determinación la Comisión dejó en la sombra varias cuestiones de importante valor. Sumado a ello, a continuación se identifican otros elementos que no fueron del todo considerados.

Muchas de las normativas relacionadas con la regulación del uso de los conocimientos tradicionales son articulados bajo una regla de propiedad, según la cual se prohibirían todos los usos no permisivos de los conocimientos tradicionales.

Otro tipo de previsiones legales siguen una regla de responsabilidad según la cual los usuarios de los conocimientos tradicionales estarían obligados a pagar las tarifas o precios establecidos por una autoridad gubernamental, o bien por una resolución judicial o administrativa, a los pueblos indígenas o grupos de los que se tomó el conocimiento tradicional.

Sin embargo, las regulaciones que sean muy estrictas o severas podrían ser igualmente nocivas (para las comunidades) como aquellas que sean flexibles en cuanto a la utilización de las formas de conocimiento tradicional.

Por ello, algunos expertos han insistido en que existen tres tipos de supuestos en los cuales cualquier régimen de protección debería construir un mecanismo específico que genere condiciones más favorables para los pueblos y comunidades indígenas:

- 1) Cuando el o los inventores, al desarrollar el producto o proceso protegido, se basaron sustancialmente sobre materiales o conocimientos de una comunidad indígena.
- 2) Si el titular de la marca, o el desarrollador original de la marca, se basó sustancialmente en los materiales o conocimientos adquiridos de un grupo indígena.
- 3) Cuando el trabajo en el que se reclama el derecho de autor constituye una reproducción de un trabajo registrado, sin la autorización por licencias del grupo indígena en cuestión.⁵⁴

Asimismo, debe verificarse que este tipo de medidas no sólo se enfoquen en el conocimiento, el folclore y las formas de arte tradicionales, sino también en la protección de aquellos productos que derivan de la flora, fauna o que son de origen medicinal, y que son explotados por terceros sin consentimiento de la comunidad indígena.

De la misma forma es fundamental considerar que pueden existir casos en los que la utilización del conocimiento tradicional se encuentre totalmente desvinculado de algún uso comercial, y sólo implique una simple difusión o expresión artística que tendrá que recibir un tratamiento legal distinto. Esto también podría ser valorado, en los casos de actores comerciales indígenas cuya actividad no dependa de derechos de propiedad intelectual, como los fabricantes de aretes, artesanías, o cualquier otro producto relacionado.

Finalmente, cualquier regulación eficaz debe, no sólo enfocarse en la penalización directa de la utilización sin consentimiento de los conocimientos tradicionales, sino debe exponer a los infractores con el decomiso o expropiación de los derechos de propiedad intelectual, cuando estos han sido registrados indebidamente; al tiempo que garantizar que, en los casos en que las comunidades indígenas han decidido otorgar su consentimiento sobre la explotación, estas sean compartidas razonablemente de las ganancias económicas que deriven de la utilización o comercialización del bien o producto.

⁵⁴ Fisher, William, *op. cit.*, pp. 1512-1578.

Valorar en su justa medida este cúmulo de condiciones es de suma importancia para avanzar en la articulación de mayores y mejores niveles de protección, no sólo de forma genérica en el patrimonio cultural inmaterial, sino de forma particular en los conocimientos tradicionales, expresiones culturales, e inclusive recursos genéticos en posesión de los pueblos indígenas.

VII. Conclusiones

Es indudable que la protección del patrimonio cultural inmaterial, las expresiones, conocimientos y tradiciones de los pueblos indígenas de México, los cuales están siendo utilizados y explotados sin consentimiento, es una temática que exige un análisis exhaustivo de las diversas aristas y complejidades del problema.

No obstante que la determinación adoptada por la Comisión tiene un evidente valor simbólico, debe esperarse que un órgano de dicha importancia no sólo identifique que existe un problema *per se*, sino que a partir de profundos elementos técnicos que posibiliten un desarrollo exhaustivo de la temática pueda recomendar propuestas de solución pertinentes.

El aspecto más positivo de la emisión del documento recomendatorio es que coloca en el centro del debate una temática que clásicamente había sido relegada por parte de los diversos órganos de derechos humanos del país. Este paso es fundamental para que la problemática en cuestión sea analizada y, en consecuencia, se adopten todas las medidas necesarias en beneficio de los pueblos indígenas de México.

Sin embargo, la Recomendación General 35 no abordó aspectos fundamentales para el planteamiento del fenómeno con la rigurosidad que ameritaba y, en algunos casos, dejó en la sombra cuestiones indispensables que hubieran permitido establecer las dimensiones reales del problema.

La primera dificultad tiene que ver con la identificación de las diferencias y posibles convergencias existentes entre conceptos básicos como: “patrimonio cultural” en amplio sentido, “conocimientos tradicionales”, “propiedad intelectual colectiva” y cómo estos pueden interactuar entre los diversos marcos jurídicos para generar formas de complementariedad.

Si bien puede sostenerse que los sistemas de propiedad intelectual funcionan como un régimen excluyente que, combinado con la naturaleza colectiva/comunitaria de los derechos indígenas, parece arrojar más dudas y problemas que certezas y ventajas, también debe advertirse que el debate sobre las políticas específicas relativas a los conocimientos tradicionales y al sistema de propiedad intelectual debe responder a las necesidades particulares y expectativas de los pueblos y comunidades indígenas que poseen tales conocimientos.

Por ello, a pesar de las posibles incompatibilidades de la propiedad intelectual en relación con los conocimientos tradicionales indígenas, resultaría contraproducente

debilitar o eliminar este tipo de regímenes, por lo que sería más bien necesario plantear modificaciones o adaptaciones del derecho de propiedad intelectual para su fortalecimiento.

Sin embargo, estas particularidades culturales y necesidades específicas deben recogerse a través de procedimientos adecuados de consulta y consentimiento previo de los pueblos y comunidades indígenas.

Por otro lado, la subutilización de marcos jurídicos propició el abordaje del tema de forma incompleta, pasando por alto aquellos estándares que figuran en el *corpus iuris* aplicable a la protección del patrimonio cultural, los conocimientos tradicionales y la propiedad intelectual colectiva de los pueblos indígenas, condicionando los subsecuentes análisis realizados por la Comisión.

La fragilidad del análisis sobre las normas a nivel interno, como la Ley Federal del Derecho de Autor y la Ley de Propiedad Industrial, privó a la CNDH de analizar posibles problemáticas con la amplitud requerida. Lo que se suma a una aplicación débil de la perspectiva de género, necesaria para analizar el tema desde otros enfoques que impactan en el problema.

Derivado de lo anterior, se puede concluir que la pertinencia de los puntos recomendatorios planteados por la Comisión no detenta la especificidad técnica que se esperaría de un pronunciamiento de esta envergadura. De ahí que recomendar la creación de un “sistema interinstitucional” de protección, como solución a los múltiples obstáculos prevaletentes, representa una medida genérica que no da en el blanco de la cuestión y que razonablemente estaría destinada a fracasar.

VIII. Bibliografía

- DÍAZ, Alejandro y AGUIRRE, Daniela. “Análisis de la evolución jurisprudencial del artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos”, *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, núm. 67, enero-junio de 2018.
- DÍAZ, Alejandro, *Las empresas y los derechos humanos de los pueblos indígenas*, Madrid, Universo de Letras, 2018.
- FISHER, William, “The Puzzle of Traditional Knowledge”, *Duke Law Journal*, vol. 67, 2018.
- RAMOS MAZA, Teresa, “Artesanas y artesanías: indígenas y mestizas de Chiapas construyendo espacios de cambio”, *Liminar. Estudios Sociales y Humanísticos*, vol. II, enero-junio de 2004, disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=74511795004>.
- TUBURCIO CAYETANO, Hermelinda, “Mujeres indígenas y desarrollo”, *Estado del desarrollo económico y social de los pueblos indígenas de Guerrero*, Ciudad de México, UNAM-Programa Universitario México Nación Multicultural, Secretaría de Asuntos Indígenas del Gobierno del Estado de Guerrero, 2009, disponible en: <http://www>.

nacionmulticultural.unam.mx/edespig/diagnostico_y_perspectivas/RECUADROS/CAPITULO%2012/1%20Mujeres%20indigenas%20y%20desarrollo.pdf.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS Mujeres, *Un objetivo transformador e independiente para lograr la igualdad de género, los derechos y el empoderamiento de las mujeres: imperativos y componentes claves*, trad. de Curtis Glick, Nueva York, ONU, 2013.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, *Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos, puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”*, Nueva York y Ginebra, ONU, 2011, principio rector 17, UN Doc. HR/PUB/11/04.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, *Protección del patrimonio de los pueblos indígenas. Informe de la Relatora Especial de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías Presidenta del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas*, Nueva York, ONU, 1997.

ÓRGANOS CONSTITUCIONALMENTE AUTÓNOMOS Y ÓRGANOS DE RELEVANCIA CONSTITUCIONAL: DE LA DESCENTRALIZACIÓN ADMINISTRATIVA A LA AUTONOMÍA CONSTITUCIONAL

CONSTITUTIONALLY AUTONOMOUS ORGANIZATIONS AND CONSTITUTIONALLY RELEVANT ORGANIZATIONS: FROM ADMINISTRATIVE DECENTRALIZATION TO CONSTITUTIONAL AUTONOMY

Adán Maldonado Sánchez*

Resumen

El presente artículo analiza el fenómeno de los órganos constitucionalmente autónomos y su evolución de organismos descentralizados a entes con autonomía constitucional;

* Candidato a maestro en Derecho Procesal Constitucional por la Universidad Panamericana, Ciudad de México; licenciado en Derecho y Ciencias Sociales con mención honorífica por la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo. Obtuvo el “Premio Padre de la Patria” que otorga la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo por desempeño académico, trabajó en la Suprema Corte de Justicia de la Nación adscrito a la ponencia del ministro Góngora Pimentel. Correo electrónico: adan.maldonado@hotmail.com; Twitter: [@adanmaldonado](https://twitter.com/adanmaldonado).

Fecha de recepción: 20 de marzo de 2019.
Fecha de aceptación: 21 de junio de 2019.

además, aclara y precisa cuáles son los órganos de relevancia constitucional en el sistema mexicano. Asimismo, examina sus similitudes y diferencias.

Palabras clave: órganos constitucionales autónomos, órganos de relevancia constitucional, diseños constitucionales, arquitectura constitucional.

Abstract

This article analyzes the phenomenon of constitutionally autonomous bodies and their evolution from decentralized bodies to entities with constitutional autonomy, also clarifies and specifies which are the organs of constitutional relevance in the Mexican system. It also examines their similarities and differences.

Keywords: *Autonomous constitutional bodies, organs of constitutional relevance, constitutional designs, constitutional architecture.*

I. Introducción

La “trinidad constitucional” (Ejecutivo, Legislativo y Judicial) en que se divide el poder, en el caso de México, ha evolucionado al incorporar desde la década de los noventa a los llamados órganos constitucionalmente autónomos (OCA’S). El objetivo del presente estudio es hacer patente que la gran mayoría de los actuales OCA’S que existen en nuestro entramado constitucional datan de tiempo atrás y que, dada su función relevante en el *sistema de pesos y contrapesos*, o simplemente debido a su encomienda institucional, han mutado de ser organismos descentralizados con dependencia al Poder Ejecutivo para transformarse en órganos constitucionales con autonomía prevista en la carta magna, aspecto que constituye su ADN orgánico.

Por tanto, los OCA’S no han surgido por generación espontánea, por el contrario, han iniciado su recorrido con carácter de órgano descentralizado hasta estimar que su tecnificación, especialización de funciones y objetivos institucionales requieren de eliminar la dependencia orgánica, funcional y jurídica respecto del titular del Poder Ejecutivo para evitar intromisiones políticas que obstaculicen su óptimo desempeño. En atención a lo anterior, el presente artículo realiza un breve recuento histórico cuya ruta permite identificar la tesis de la evolución de “órgano descentralizado” a “órgano constitucionalmente autónomo”. Asimismo, tiene por objeto mostrar sus similitudes y diferencias en diversos rubros de manera panorámica.

II. La división y coordinación de poderes

La división de poderes es uno de los pilares del constitucionalismo moderno y conforma, junto con el catálogo de derechos fundamentales, en términos del lo establecido en el artículo 16 de la Declaración francesa, parte integrante de la “norma fundamental”¹ en su concepción contemporánea.

En estos términos, el artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789) estableció que: “Una sociedad en la que no esté asegurada la garantía de los derechos ni reconocida la división de poderes, no tiene Constitución”,² así, en función de dicha Declaración, una Constitución supone dos requisitos esenciales: a) declaración de derechos, b) organización inspirada en cierta interpretación del principio de separación y coordinación de poderes.

Como bien observa Roger Bonnard, el pensamiento revolucionario francés asentó el *principio de división de poderes* en dos corolarios básicos: el primero, la separación de poderes, es decir, el establecimiento del poder en compartimientos distintos (legislativo, administrativo y judicial); el segundo, la separación de la “administración activa” de la “administración contenciosa”.³

Con el paso del tiempo la concepción original de Montesquieu (teórico principal de la división de poderes) evolucionaría para migrar de un sistema rígido a un esquema más dinámico de *coordinación y cooperación de las funciones del Estado*. Tal y como lo ha expresado la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en los siguientes criterios jurídicos:

DIVISIÓN DE PODERES. SISTEMA CONSTITUCIONAL DE CARÁCTER FLEXIBLE. La división de poderes que consagra la Constitución Federal no constituye un sistema rígido e inflexible, sino que admite excepciones expresamente consignadas en la propia Carta Magna, mediante las cuales permite que el Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo o el Poder Judicial ejerzan funciones que, en términos generales, corresponden a la esfera de las atribuciones de otro poder... Para que sea válido, desde el punto de vista constitucional, que uno de los Poderes de la Unión ejerza funciones propias de otro poder es necesario, en primer lugar, que así lo consigne expresamente la Carta Magna o que la función respectiva sea estrictamente necesaria para hacer efectivas las facultades que le son exclusivas, y, en segundo lugar, que la función se ejerza únicamente en los casos expresamente autorizados o indispensables para hacer efectiva una facultad propia, puesto que es de explorado derecho que las reglas de excepción son de aplicación estricta.⁴

¹ Maldonado Sánchez, Adán, *Bloque de constitucionalidad en México. Hacia su integración y aplicación*, pról. de Juan N. Silva Meza, presentación Ernesto Rey Cantor, Ciudad de México, Tirant Lo Blanch, 2019, p. 69.

² Guastini, Riccardo, *Estudios de teoría constitucional*, Ciudad de México, Fontarama, 2001, p. 31.

³ Citado en Fernández Ruiz, Jorge, *Derecho administrativo y administración pública*, 3a. ed., Ciudad de México, Porrúa, 2009, p. 83.

⁴ Tesis aislada de la Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, Séptima Época, vol. 151-156, 3a. parte, 30 de noviembre de 1978, p. 117, registro IUS 237 686.

DIVISIÓN DE PODERES. EL QUE ESTE PRINCIPIO SEA FLEXIBLE SOLO SIGNIFICA QUE ENTRE ELLOS EXISTE UNA COLABORACIÓN Y COORDINACIÓN EN LOS TÉRMINOS ESTABLECIDOS, PERO NO LOS FACULTA PARA ARROGARSE FACULTADES QUE CORRESPONDEN A OTRO PODER, SINO SOLAMENTE AQUELLOS QUE LA PROPIA CONSTITUCIÓN LES ASIGNA. El artículo 49 de la Constitución Política... establece que el Supremo Poder de la Federación se divide para su ejercicio en Legislativo, Ejecutivo y Judicial y que no podrán reunirse dos o más de estos poderes en un solo individuo o corporación. Sin embargo, ha sido criterio reiterado de esta Suprema Corte que la división funcional de atribuciones que establece dicho numeral no opera de manera rígida, sino flexible, ya que el reparto de funciones encomendadas a cada uno de los poderes no constituye una separación absoluta y determinante, sino por el contrario, entre ellos se debe presentar una coordinación o colaboración para lograr un equilibrio de fuerzas y un control recíproco que garantice la unidad política del Estado... Por su parte, el artículo 133 de la Constitución Federal consagra el principio de supremacía, que impone su jerarquía normativa a la que deben sujetarse todos los órganos del Estado y todas las autoridades y funcionarios en el ejercicio de sus atribuciones, por lo que, el hecho de que la división de poderes opere de manera flexible solo significa que entre ellos existe una colaboración y coordinación en los términos establecidos, pero no los faculta para arrogarse facultades que corresponden a otro poder, sino solamente aquellos que la propia Constitución les asigna. De este modo, para que un órgano ejerza ciertas funciones es necesario que expresamente así lo disponga la Constitución Federal o que la función respectiva resulte estrictamente necesaria para hacer efectivas las facultades que le son exclusivas por efectos de la propia Constitución, así como que la función se ejerza en los casos expresamente autorizados o indispensables para hacer efectiva la facultad propia.⁵

Como ya se dijo, la división tripartita de los poderes del Estado en Ejecutivo, Legislativo y Judicial incorporó a los denominados órganos constitucionalmente autónomos, que se encargan de funciones esenciales del Estado. De ahí que requieran encontrarse directamente previstos en la Constitución, tanto de manera institucional como respecto al cúmulo de facultades que tendrán, con la característica esencial de no encontrarse adscritos o subordinados a ninguno de los tres poderes (Ejecutivo, Judicial y Legislativo). Tal y como lo ha establecido nuestro máximo tribunal en la siguiente jurisprudencia:

ÓRGANOS CONSTITUCIONALES AUTÓNOMOS. NOTAS DISTINTIVAS Y CARACTERÍSTICAS. El Tribunal en Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación respecto de los órganos constitucionales autónomos ha sostenido que: 1. Surgen bajo una idea de equilibrio constitucional basada en los controles de poder, evolucionando así la teoría tradicional de la división de poderes dejándose de concebir la organización del Estado derivada de los tres tradicionales (Ejecutivo, Legislativo y Judicial) que, sin perder su esencia, debe considerarse como una distribución de funciones o competencias, haciendo más eficaz

⁵ Jurisprudencia P./J. 78/2009, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. xxx, julio de 2009, p. 1540, registro IUS 166 964.

el desarrollo de las actividades encomendadas al Estado. 2. Se establecieron en los textos constitucionales, dotándolos de garantías de actuación e independencia en su estructura orgánica para que alcancen los fines para los que fueron creados, es decir, para que ejerzan una función propia del Estado que por su especialización e importancia social requería autonomía de los clásicos poderes del Estado. 3. La creación de este tipo de órganos no altera o destruye la teoría tradicional de la división de poderes, pues la circunstancia de que los referidos órganos guarden autonomía e independencia de los poderes primarios, no significa que no formen parte del Estado mexicano, pues su misión principal radica en atender necesidades torales tanto del Estado como de la sociedad en general, conformándose como nuevos organismos que se encuentran a la par de los órganos tradicionales. Atento a lo anterior, las características esenciales de los órganos constitucionales autónomos son: a) Deben estar establecidos directamente por la Constitución Federal; b) Deben mantener, con los otros órganos del Estado, relaciones de coordinación; c) Deben contar con autonomía e independencia funcional y financiera; y d) Deben atender funciones primarias u originarias del Estado que requieran ser eficazmente atendidas en beneficio de la sociedad.⁶

La mencionada incorporación de dichos entes autónomos, previstos en la carta magna con facultades propias y sin depender o encontrarse adscritos a ningún otro poder del Estado, no ha sido de asimilación sencilla debido a la convivencia entre los ámbitos de competencia y atribuciones frente a los demás poderes, máxime que, en uso de sus facultades reglamentarias o regulatorias, pueden incidir:

- a) En el campo de competencia del Poder Ejecutivo al invadir eventualmente su facultad reglamentaria.
- b) En el campo de competencia del Poder Legislativo al invadir eventualmente su facultad para emitir normas/legislación.⁷
- c) Al erigirse como autoridades intermedias entre el municipio y las autoridades estatales (controversia constitucional 32/2005).⁸

Al respecto la Suprema Corte se ha pronunciado en relación a las facultades *cuasi* legislativas del Instituto Federal de Telecomunicaciones en su calidad de órgano constitucional autónomo en los siguientes términos:

INSTITUTO FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES (IFT). SU FUNCIÓN REGULATORIA ES COMPATIBLE CON UNA CONCEPCIÓN DEL PRINCIPIO DE DIVISIÓN DE PODERES EVOLUTIVA Y FLEXIBLE. El principio de división de poderes previsto en el artículo 49 de la Constitución...

⁶ Jurisprudencia P./J. 20/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. xxv, mayo de 2007, p. 1647, registro IUS 172 456.

⁷ Jurisprudencia P./J. 45/2015, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, libro 25, diciembre de 2015, p. 38, registro IUS 2 010 672.

⁸ Tesis P. VIII/2008, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. xxvii, febrero de 2008, p. 1868, registro IUS 17 0284.

es útil para controlar las relaciones jurídicas entre los Poderes; no obstante, sus implicaciones normativas no se obtienen mediante la modalidad de interpretación literal de la Norma Fundamental, por resultar insuficiente para capturar la integridad del parámetro de control de la validez a que da lugar... En consecuencia, cuando el artículo 28, párrafo vigésimo, fracción IV, de la Constitución Federal establece que el IFT podrá emitir disposiciones administrativas de carácter general exclusivamente para el cumplimiento de su función regulatoria en el sector de su competencia, *debe reconocer a este órgano constitucional que tiene la facultad cuasi legislativa necesaria para su fin institucional, denominada facultad regulatoria*, cuyos límites en relación con las facultades de producción normativa de los otros Poderes, por ejemplo del Legislativo, deben determinarse caso por caso, buscando siempre un balance. Sin embargo, cualquier afirmación en torno a que no puede ejercer una facultad de producción normativa de carácter general, por la única razón de que la facultad legislativa sea monopolio exclusivo del Poder Legislativo debe rechazarse... condicionándose la validez competencial de sus actos y normas a que se inserten en el ámbito material de la regulación y no se extralimite invadiendo la facultad legislativa del Congreso de la Unión, definida en el artículo 73 constitucional. Así, el principio de división de poderes busca limitar el poder mediante la idea reguladora de pesos y contrapesos, esto es, a través de una cierta idea de balances que impida la concentración del poder, al mismo tiempo que posibilite la generación creativa de competencias públicas para la realización del bien común, balance que debe buscarse progresivamente, para determinar el alcance de las facultades del IFT en cada caso concreto.⁹

En ocasión de la controversia constitucional 32/2005, la Corte se pronunció sobre el argumento del municipio actor consistente en que el hecho de que los órganos constitucionalmente autónomos no se encuentren previstos en la Constitución federal, en lo que se refiere al ámbito local, en específico al no advertirse de la redacción del artículo 116, no implica que sea inconstitucional su creación por parte del constituyente local. Asimismo, dijo la Corte que los OCA's se constituían "como una especie de poderes neutrales del orden jurídico mexicano",¹⁰ lo que quedó plasmado en el criterio identificado con el rubro: "Instituto de Transparencia e Información Pública de Jalisco. Su creación como órgano público autónomo encargado de garantizar el derecho a la información en la entidad, es constitucional".¹¹

⁹ Jurisprudencia P./J. 45/2015, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, L, libro 25, diciembre de 2015, p. 38, registro IUS 2 010 672.

¹⁰ Ortiz Mayagoitia, Guillermo I., "La creación de órganos constitucionales autónomos en los Estados de la República", *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, México, núm. 22, 2006, p. 150.

¹¹ Tesis P. VIII/2008, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVII, febrero de 2008, p. 1868, registro IUS 17 0284. También la Corte declaró infundados los conceptos de invalidez del municipio actor, respecto a que el instituto garante de la transparencia y acceso a la información pública al vincular a través de sus resoluciones a los ayuntamientos a cumplir con sus obligaciones de transparencia, e invadir su facultad reglamentaria en la materia, no se erige como autoridad intermedia entre el gobierno estatal y el municipio, concluyendo que las facultades de dicho ente autónomo, no invaden tales competencias ni existe intromisión al respecto.

III. Las reformas constitucionales en materia de órganos constitucionalmente autónomos: de la descentralización administrativa a la autonomía constitucional

Las reformas a la carta magna en materia de OCA's han sido particularmente relevantes pues permiten al Estado mexicano integrar instituciones necesarias para el cumplimiento de funciones vitales contenidas en los artículos 25, 27, 28, 41, 79, entre otros; pero, de manera destacada, para dar cumplimiento al artículo 1º constitucional, párrafo tercero, relativo al mandato donde “todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos” de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, lo que implica una serie de instituciones tanto de los poderes tradicionales como de entes constitucionalmente autónomos.

El elenco de órganos constitucionalmente autónomos demuestra la evolución de la doctrina de Montesquieu, la cual ha migrado de una separación de poderes a la *teoría de la coordinación y ampliación* de los tres poderes clásicos (Ejecutivo, Legislativo y Judicial) para incorporar a dos instituciones de gran importancia en el entramado del Estado, como son los órganos constitucionalmente autónomos y los *órganos con relevancia constitucional*. Con acierto, la Constitución de Colombia de 1991 en su artículo 113, párrafo segundo, añade a los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial los órganos constitucionalmente autónomos,¹² sin obviar la *tesis de la colaboración entre poderes*; al efecto dicha carta fundamental señala:

Artículo 113. Son Ramas del Poder Público, la legislativa, la ejecutiva, y la judicial.

Además de los órganos que las integran existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado.

Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas, pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines.

Ahora bien, en la experiencia mexicana, por su aparición en el tiempo, los órganos constitucionalmente autónomos se dividirán en primera y segunda generación, como a continuación se indica.

A) Primera generación (1989-1999):

- 1) Banco de México (BANXICO).
- 2) Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH).
- 3) Instituto Nacional Electoral (INE).

¹² Cfr. Fernández Ruíz, Jorge, presentación a la obra: Zeind, Marco Antonio, *Organismos constitucionales autónomos*, México, Tirant Lo Blanch, 2018, p. 17.

- 4) Instituto Nacional de Estadística y Geografía: INEGI (antes Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática).

B) Segunda generación (2002-2014):

- 1) Comisión Federal de Competencia Económica: COFECE (antes Comisión Federal de Competencia: COFECO).
- 2) Instituto Nacional para la Evaluación de la Educación (INEE).
- 3) Instituto Federal de Telecomunicaciones: IFT (antes Comisión Federal de Telecomunicaciones: COFETEL).
- 4) Fiscalía General de la República: FGR (antes Procuraduría General de la República: PGR).
- 5) Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social (CONEVAL).
- 6) Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales: INAI (antes Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos: IFAI).

Es preciso dejar establecido que la mayoría de los OCA's en su momento tuvieron la naturaleza de entidad paraestatal (a través de organismos descentralizados),¹³ como fue el caso de la CNDH que nació como ente desconcentrado de la SEGOB mediante decreto presidencial de 6 de junio de 1990,¹⁴ y el Banco de México que nació como empresa pública (de 1925 a 1982)¹⁵ y luego evolucionó a organismo descentralizado (de 1982 a 1993) hasta finalmente convertirse en órgano constitucionalmente autónomo. Asimismo, el 25 de enero de 1983 se creó por decreto presidencial el Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática (INEGI) el cual también se transformaría en órgano constitucionalmente autónomo el 16 de abril de 2008.

En términos del artículo 14 de la Ley Federal de las Entidades Paraestatales (LFEP), los organismos descentralizados pueden atender las siguientes áreas: “i. La realización de actividades correspondientes a las áreas estratégicas o prioritarias; ii. La prestación de un servicio público o social; o iii. La obtención o aplicación de recursos para fines de asistencia o seguridad social”.

Así, por cuanto hace a la fracción i del artículo 14 de la LFEP, el concepto de áreas estratégicas y prioritarias del Estado mexicano constituye una de las “bases ideológicas y funcionales sobre las cuales los organismos descentralizados se convirtieron en órga-

¹³ Señala la Ley Federal de Entidades Paraestatales en su artículo 14: “Son organismos descentralizados las personas jurídicas creadas conforme a lo dispuesto por la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal y cuyo objeto sea: i. La realización de actividades correspondientes a las áreas estratégicas o prioritarias; ii. La prestación de un servicio público o social; o iii. La obtención o aplicación de recursos para fines de asistencia o seguridad social”.

¹⁴ Decreto disponible en: https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=4659530&fecha=06/06/1990. Cuyo fundamento legal se encuentra en el artículo 45 de la LFEP, que señala: “Son organismos descentralizados las entidades creadas por ley o decreto del Congreso de la Unión o por decreto del Ejecutivo Federal, con personalidad jurídica y patrimonio propios, cualquiera que sea la estructura legal que adopten”.

¹⁵ Ortiz Soltero, Sergio Monserrit, *Las entidades paraestatales. Aspectos jurídicos*, Ciudad de México, Porrúa, 2008, pp. 4 y 16.

nos constitucionalmente autónomos”. Estas áreas se encuentran, de inicio, establecidas de manera enunciativa y no limitativa en los artículos 27 y 28 de la carta magna. Las áreas estratégicas pueden dividirse en los siguientes grupos:¹⁶

- a) *Basado en los recursos naturales no concesionables* y que son explotados, explorados y aprovechados por el Estado.
- b) *Basado en el concepto de servicios públicos*.
- c) *Basado en las funciones que realiza el Banco de México* (acuñación de moneda y emisión de billetes).
- d) *Las áreas prioritarias constitucionales* son las relativas a ferrocarriles y telecomunicaciones.
- e) *Las áreas prioritarias distintas a las constitucionales*; prevención de la discriminación; talleres gráficos; seguridad social; protección del ahorro bancario; protección y defensa de los usuarios de servicios financieros; apoyo crediticio al campo; desarrollo técnico de las haciendas públicas; asistencia pública; administración y enajenación de bienes nacionales; regularización de la tenencia de la tierra; evaluación de la política del desarrollo social; materia forestal, agrícola, pecuaria y geológica; tecnología del agua; metrología; propiedad industrial; zonas áridas; producción de biológicos veterinarios y de semillas; caminos y puentes federales; enseñanza técnica industrial, entre otras.¹⁷

Bajo este contexto, se puede construir en México la *teoría de los órganos constitucionalmente autónomos*, lo cual sin duda tiene que ver con la evolución institucional de organismos descentralizados que, en atención a las funciones relevantes que realizan, mutan a entes autónomos previstos a escala constitucional. En muestra de lo anterior es conveniente mencionar, de manera breve, la historia evolutiva de los actuales órganos constitucionales autónomos, como enseguida se realiza.

1. Banco de México

Por mandato de la Constitución de 1917 se creó el Banco Central, mediante una ley publicada en el *Diario Oficial de la Federación* (DOF) el 31 de agosto de 1925. Esta institución fue erigida como una sociedad anónima denominada Banco de México, s. A. El 26 de noviembre de 1982 se reformó, entre otros, el artículo 1º de la Ley Orgánica del Banco de México de 1941 a efecto de crear el *organismo descentralizado* del mismo nombre. Posteriormente, con la reforma constitucional publicada en el DOF el 20 de agosto de 1993, se le otorgó autonomía constitucional, por tanto, la Ley del Banco de México de 1984 fue abrogada por la Ley del Banco de México que se publicó el 23 de diciembre de 1993, ya con el reconocimiento como órgano constitucionalmente autónomo.¹⁸

¹⁶ Ortiz Soltero, Sergio Monserrit, *op. cit.*, p. 13.

¹⁷ *Ibidem*, pp. 45 y 46.

¹⁸ Ortiz Soltero, Sergio Monserrit, *op. cit.*, nota 10, pp. 35 y 36.

2. Comisión Nacional de los Derechos Humanos

El 6 de junio de 1990 se creó por decreto presidencial la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH) con el carácter de organismo desconcentrado de la Secretaría de Gobernación adscrita al titular de la dependencia. Por reforma constitucional al artículo 102, apartado B, que se publicó en el DOF el 28 de enero de 1992, se elevó a rango constitucional la CNDH, pero sin alcanzar su autonomía, al no haber cambiado su naturaleza de organismo descentralizado.¹⁹ Fue hasta la reforma constitucional del 13 de septiembre de 1999 que la CNDH adquirió su autonomía constitucional.

3. Instituto Nacional Electoral

El Instituto Nacional Electoral (INE), antes Instituto Federal Electoral (IFE), fue creado por reforma constitucional publicada en el DOF el 6 de abril de 1990, en la cual el Secretario de Gobernación era su presidente. Debe señalarse que desde 1917 (Junta Empadronadora, las Juntas Computadoras Locales y los Colegios Electorales) hasta 1987 (Comisión Federal Electoral) institucionalmente estaba presente el órgano encargado de las elecciones, pero sin garantías de independencia definidas. Luego vendría la reforma constitucional publicada en el DOF del 19 de abril de 1994 donde se le reconoció autonomía constitucional e incorporó a los consejeros ciudadanos. Posteriormente surgiría la reforma constitucional de 22 de agosto de 1996 que blindó la autonomía para evitar cualquier injerencia del Ejecutivo en su toma de decisiones.

4. Instituto Nacional de Estadística y Geografía (antes Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática)

El 25 de enero de 1983 se creó por decreto presidencial el Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática (INEGI) como órgano desconcentrado de la entonces Secretaría de Programación y Presupuesto. Desde 1985 se desconcentró territorialmente para ubicar su sede en la ciudad de Aguascalientes, Aguascalientes.

El 7 de abril de 2006 se publicó en el DOF el decreto por el que se declaran reformados los artículos 26 y 73, fracción XXIX-D, de la Constitución. Adicionando al artículo 26, un apartado B en el que se establece que el Estado contará con un Sistema Nacional de Información Estadística y Geográfica (SNIEG) y que la responsabilidad de normarlo y coordinarlo estará a cargo de un *organismo con autonomía técnica y de gestión*, personalidad jurídica y patrimonio propios.

¹⁹ Sobre una historia más detallada puede consultarse Ackerman, John M., *Organismos autónomos y democracia*, Ciudad de México, Siglo XXI, 2007, pp. 119-173.

5. Comisión Federal de Competencia Económica (antes Comisión Federal de Competencia)

Fue la Ley de Competencia Económica de 1993 el ordenamiento que estableció la creación de la Comisión Federal de Competencia en cuyo artículo 23 establecía que la COFECO (hoy COFECE) era un *organismo desconcentrado* de la Secretaría de Economía (antes Secretaría de Comercio y Fomento Industrial) con autonomía técnica y operativa. Se establece que sus objetivos serán prevenir, investigar y combatir los monopolios, las prácticas monopólicas y las concentraciones en los términos de esta ley, para lo cual gozará de autonomía para dictar sus resoluciones.²⁰

Fue hasta la reforma constitucional al artículo 28 de la carta magna, publicada en el DOF el 11 de junio de 2013, que se le reconoció su carácter de órgano constitucionalmente autónomo.

6. Instituto Nacional para la Evaluación de la Educación (INEE)

El Instituto Nacional para la Evaluación de la Educación (INEE) fue creado por decreto presidencial el 8 de agosto de 2002, durante el gobierno del presidente Vicente Fox Quesada. Antes de constituirse como organismo autónomo, en una primera etapa, del 8 de agosto de 2002 al 15 de mayo de 2012, operó como un *organismo descentralizado de la Secretaría de Educación Pública (SEP)* y, en un segundo momento, del 16 de mayo de 2012 al 25 de febrero de 2013, operó como un organismo descentralizado no sectorizado.

Adquirió el carácter de órgano constitucionalmente autónomo por la reforma constitucional publicada en el DOF el 26 de febrero de 2013. Con dicho carácter tiene como tarea principal evaluar la calidad, el desempeño y los resultados del Sistema Educativo Nacional en la educación preescolar, primaria, secundaria y media superior.

Sin embargo, mediante la reforma constitucional en materia educativa, publicada en el DOF el 15 de mayo de 2019,²¹ al modificarse el artículo 3º, fracción IX, de la carta magna, el citado OCA llamado Instituto Nacional para la Evaluación de la Educación volvió a degradarse a *organismo descentralizado*, que llevará como denominación Coordinación de Mejora Continua de la Educación y que será dependiente de la Secretaría de Educación Pública (SEP).

7. Instituto Federal de Telecomunicaciones (antes Comisión Federal de Telecomunicaciones: COFETEL)

Mediante decreto presidencial publicado en el DOF el 8 de agosto de 1996, el entonces presidente Ernesto Zedillo creó la Comisión Federal de Telecomunicaciones (COFETEL),

²⁰ Sánchez Ugarte, Fernando, "Diez años de competencia económica", *La primera década de la Comisión Federal de Competencia*, México, Secretaría de Economía/Comisión Federal de Competencia, 2003. p. 60, disponible en: <https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2018/05/LA-PRIMERA-DECADA-DE-LA-COMISION-FEDERAL-DE-COMPETENCIA.pdf>.

²¹ Decreto de reforma constitucional disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_237_15may19.pdf.

hoy IFT, como órgano administrativo desconcentrado de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes, con autonomía técnica y operativa (artículo 1º del citado decreto), adscrito a la Secretaría de Comunicaciones y Transportes (SCT).

Así, se publicó en el DOF el 11 de junio de 2013 el “Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de los artículos 6o., 7o., 27, 28, 73, 78, 94 y 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos” por el cual la COFETEL se transformó en el Instituto Federal de Telecomunicaciones (IFT) como un órgano autónomo con personalidad jurídica y patrimonio propio, encargado de regular, promover y supervisar el desarrollo eficiente en los sectores de radiodifusión y telecomunicaciones en México, además de ejercer de forma exclusiva las facultades en materia de competencia económica en dichos sectores, conforme a lo establecido en la Constitución.

8. Fiscalía General de la República (antes Procuraduría General de la República)

En la redacción original del artículo 102, la Procuraduría General de la República (5 de febrero de 1917) tenía las funciones constitucionales que actualmente conserva en materia de persecución de delitos y de representante social, pero, además, era consejera de la Presidencia de la República. Posteriormente, en la reforma constitucional publicada en el DOF el 25 de octubre de 1967 se le incorporó como facultad la de intervenir en las controversias constitucionales. En la reforma constitucional publicada en el DOF el 31 de diciembre de 1994 se le reconoció participación para actuar dentro de las acciones de inconstitucionalidad y se le retiró la función de consejera del Ejecutivo federal, tarea que quedó en manos de la Consejería Jurídica.

Fue por reforma constitucional publicada en el DOF el 10 de febrero de 2014 que la Fiscalía General de la República, en sustitución de la Procuraduría, “adquirió autonomía constitucional al separarse por completo del Ejecutivo Federal”. Asimismo, se estableció un proceso de selección del Fiscal en el que participa el Senado mediante la conformación de una lista de candidatos, respecto de la cual el Ejecutivo federal selecciona una terna que debe ser votada y electa por dos terceras partes de la Cámara para proceder a la designación. Así, quedaron modificadas las atribuciones de designación que antes correspondían al Ejecutivo federal, y a pesar de que aún cuenta con la facultad de remoción, ésta podrá ser objetada por el Senado, según lo establecido en la reforma.

9. Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social

En el año 2004 la Ley General de Desarrollo Social (LGDS) crea el Sistema de Monitoreo y Evaluación en México, y el CONEVAL como instancia con autonomía técnica y de gestión, facultada para medir la pobreza y evaluar la política de desarrollo social. La Ley General de Desarrollo Social publicada en enero de 2004 establece la creación del CONEVAL “como un organismo público descentralizado de la Administración Pública Federal” con personalidad jurídica, patrimonio propio, autonomía técnica y de gestión regulado por el decreto presidencial de 24 de agosto de 2005, agrupado en el sector

coordinado por la Secretaría de Desarrollo Social (SEDESOL), actualmente denominada Secretaría del Bienestar.

Dichas acciones, junto con el surgimiento de otros instrumentos normativos, como la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria (2006), la cual instauró el Sistema de Evaluación del Desempeño, así como los Lineamientos Generales de Evaluación, los cuales determinaron la coordinación entre las instancias responsables de la evaluación en la Administración Pública Federal (CONEVAL y SHCP), han fortalecido el Sistema de Monitoreo y Evaluación en nuestro país y se ha avanzado hacia una cultura de la evaluación orientada a resultados.

El 26 de septiembre de 2005, la Junta de Coordinación Política (JUCOPO) de la Cámara de Diputados aprobó un acuerdo para imponer una controversia constitucional ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación contra el Poder Ejecutivo.

El 10 de febrero de 2014 se publicó en el DOF el Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de política electoral. En este documento se agregó el apartado C al artículo 26, para incorporar a nivel constitucional al Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social como un órgano constitucional autónomo con personalidad jurídica y patrimonio propios.

Actualmente, el CONEVAL sigue siendo un organismo público descentralizado de la Administración Pública Federal con autonomía técnica y de gestión hasta culminar el proceso legislativo que le brinde la autonomía presupuestal y sectorial (artículo vigésimo transitorio de la reforma constitucional de 10 de febrero de 2014; y artículo 81 de LGDS).

10. Instituto Nacional de Acceso a la Información y Protección de Datos (INAI antes IFAI)

El entonces Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos (IFAI) fue creado mediante el decreto presidencial publicado en el DOF el 24 de diciembre de 2002²² bajo la modalidad de *organismo descentralizado, no sectorizado*, con personalidad jurídica y patrimonio propio, con domicilio legal en la Ciudad de México y con autonomía operativa, presupuestaria y de decisión.

El Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (INAI) es un organismo constitucionalmente autónomo, cambió de nombre en mayo de 2015 tras la aprobación de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información.

Para finalizar el presente apartado, se inserta una tabla comparativa²³ de las principales características de los diez OCA's existentes hasta la fecha.

²² Disponible en: https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=716452&fecha=24/12/2002.

²³ Tabla de elaboración propia con base en las tablas 2, 3 y 4, contenidas en Ruiz, José Fabián, "Los órganos constitucionales autónomos en México: una visión integradora", *Revista Cuestiones Constitucionales*, núm. 37, julio-diciembre de 2017, pp. 104 a 109.

TABLA COMPARATIVA DE LAS PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DE LOS DIEZ OCA'S EXISTENTES

Órgano	Mecanismo de designación	Integrantes	Duración	Reelección	Requisitos de elegibilidad
INEE	Terna del presidente a consideración de la Cámara de Senadores. Voto 2/3 presentes o Comisión Permanente.	5	7 años renovables de forma escalonada.	Una.	Capacidad y experiencia en las materias de la competencia del Instituto.
INAI	Cámara de Senadores, previa consulta a la sociedad, a propuesta de los grupos parlamentarios, con el voto de las 2/3 partes de los presentes. El nombramiento podrá ser objetado por el presidente.	7	Presidente: 3 años. Consejeros: 7 años.	Sólo el presidente puede ser reelegido, una vez.	Cumplir con los requisitos previstos en las fracciones I, II, IV, V Y VI del artículo 95 de la Constitución.
INEGI	Presidente designado con la aprobación de la Cámara de Senadores o Comisión Permanente.	5	Junta de Gobierno. El presidente del Instituto durará en su cargo 6 años y los vicepresidentes 8. Sus mandatos serán escalonados.	Hasta por 2 ocasiones.	Cumplir con los requisitos previstos en el artículo 69 de la Ley del Sistema Nacional de Información Estadística y Geográfica.
CONEVAL	Serán nombrados por el voto de las 2/3 partes de los presentes de la Cámara de Diputados. El nombramiento podrá ser objetado por el presidente.	7	Presidente: 5 años. Consejeros (renovables de forma escalonada, cada 4 años serán ratificados o sustituidos los 2 consejeros de mayor antigüedad).	Una vez los consejeros y una vez el presidente.	Ciudadanos mexicanos de reconocido prestigio en los sectores privado y social, así como en los ámbitos académico y profesional; tener experiencia mínima de 10 años en materia de desarrollo social.

Órgano	Mecanismo de designación	Integrantes	Duración	Reelección	Requisitos de elegibilidad
COFECE	Designados por el voto de las 2/3 partes de los presentes de la Cámara de Senadores a propuesta del Ejecutivo, de forma escalonada.	7	Presidente: 4. Consejeros: 9.	Sólo el presidente puede ser reelegido, una vez.	<p>I. Mexicano por nacimiento y estar en pleno goce de sus derechos civiles y políticos.</p> <p>II. Ser mayor de 35 años.</p> <p>III. Gozar de buena reputación y no haber sido condenado por delito doloso que amerite pena de prisión por más de un año.</p> <p>IV. Poseer título profesional.</p> <p>V. Haberse desempeñado, cuando menos 3 años, en forma destacada en actividades profesionales, de servicio público o académicas sustancialmente relacionadas con materias afines a las de competencia económica, radiodifusión o telecomunicaciones, según corresponda.</p> <p>VI. Acreditar, los conocimientos técnicos necesarios para el ejercicio del cargo.</p> <p>VII. No haber sido Secretario de Estado, Procurador General de la República, senador, diputado federal o local, Gobernador de algún Estado o Jefe de Gobierno del Distrito Federal, durante el año previo a su nombramiento.</p> <p>VIII. En la COFECE, no haber ocupado, en los últimos 3 años, ningún empleo, cargo o función directiva en las empresas que hayan estado sujetas a alguno de los procedimientos sancionatorios que sustancia el citado órgano.</p>
IFT	Designados por el voto de las 2/3 partes de los presentes de la Cámara de Senadores a propuesta del Ejecutivo, de forma escalonada.	7	Presidente: 4 años. Consejeros: 9 años.	No (sólo el presidente puede ser reelegido, una vez).	<p>I. Mexicano por nacimiento y estar en pleno goce de sus derechos civiles y políticos;</p> <p>II. Ser mayor de 35 años.</p> <p>III. Gozar de buena reputación y no haber sido condenado por delito doloso que amerite pena de prisión por más de un año.</p> <p>IV. Poseer título profesional.</p>

Órgano	Mecanismo de designación	Integrantes	Duración	Reelección	Requisitos de elegibilidad
INE	En la designación participan el poder Legislativo de la Unión, los partidos políticos nacionales y los ciudadanos. Electos por el voto de las 2/3 partes de los miembros presentes de la Cámara de Diputados.	11	Presidente: 3 años, sin reelegirse en el cargo de la presidencia. Consejeros: 7 años.	Reelectos por 1 sola ocasión.	<p>V. Haber desempeñado, cuando menos 3 años, en forma destacada en actividades profesionales, de servicio público o académicas sustancialmente relacionadas con materias afines a las de competencia económica, radiodifusión o telecomunicaciones, según corresponda.</p> <p>VI. Acreditar, los conocimientos técnicos necesarios para el ejercicio del cargo.</p> <p>VII. No haber sido secretario de Estado, procurador general de la República, senador, diputado federal o local, gobernador de algún Estado o jefe de gobierno del Distrito Federal, durante el año previo a su nombramiento.</p>
					<p>I. Ser ciudadano mexicano y estar en ejercicio de sus derechos civiles y políticos.</p> <p>II. Tener 35 cumplidos al momento de su postulación.</p> <p>III. Poseer título profesional.</p> <p>IV. Ser profesionales con experiencia mínima de 10 años en materias relacionadas con la educación, la evaluación, las ciencias sociales o áreas afines, así como tener experiencia docente en cualquier tipo y nivel educativo.</p> <p>V. No haber sido secretario de Estado, o subsecretario de Estado, titular de la FGR o FEEDO, senador, diputado federal o local, dirigente de un partido o asociación política, religiosa o sindical, presidente municipal, gobernador de algún estado o jefe de gobierno, durante los 3 años previos al día de su postulación.</p> <p>VI. No haber sido sancionado, mediante resolución firme, por delito doloso o inhabilitado para desempeñar un empleo, cargo o comisión en el servicio público, ni removido de algún cargo del sector público o privado por alguna causa que implique responsabilidad de acuerdo a lo establecido por la LFRASP u otras disposiciones aplicables.</p>

Órgano	Mecanismo de designación	Integrantes	Duración	Reelección	Requisitos de elegibilidad
FGR	El Senado integra una lista de al menos 10 candidatos, aprobada por las 2/3 partes de los presentes, la cual enviará al Ejecutivo federal. Si el Ejecutivo no recibe la lista en el plazo de 20 días, enviará tema al Senado y designará provisionalmente al fiscal general. En este caso, el fiscal general designado podrá formar parte de la tema.	Un fiscal general.	9 años.		Mexicano por nacimiento; tener cuando menos 35 años cumplidos el día de la designación; contar, con antigüedad mínima de 10 años, con título profesional de licenciado en derecho; gozar de buena reputación, y no haber sido condenado por delito doloso.
CNDH	El Consejo Consultivo está integrado por 10 consejeros que son elegidos por el voto de las 2/3 partes de los presentes de la Cámara de Senadores o por la Comisión Permanente. Asimismo, se integra por una Secretaría Ejecutiva, visitadores generales, y visitadores adjuntos. A la fecha opera con 6 Visitadurías Generales (artículo 53 RICNDH). El presidente de la CNDH, es elegido en los mismos términos.	11	Presidente: 5 años y reelección por una sola vez. Consejeros (renovables cada año en el mes de octubre, serán ratificados, si fueran propuestos para un segundo periodo, o sustituidos los 2 consejeros de mayor antigüedad). (artículo 17, párrafo segundo de LCNDH).	Sí (una).	<p>I. Mexicano por nacimiento y estar en pleno goce y ejercicio de sus derechos civiles y políticos.</p> <p>II. Tener cumplidos 35 años de edad, el día de su elección.</p> <p>III. Contar con experiencia en materia de derechos humanos, o actividades afines reconocidas por las leyes mexicanas y los instrumentos jurídicos internacionales.</p> <p>IV. No desempeñar, ni haber desempeñado cargo de dirección nacional o estatal en algún partido político en el año anterior a su designación.</p> <p>V. No desempeñar ni haber desempeñado cargo de Secretario o Subsecretario de Estado, FGR, Gobernador o FGRERO o jefe de gobierno, en el año anterior a su elección.</p> <p>VI. Gozar de buena reputación y no haber sido condenado por delito intencional que amerite pena corporal de más de un año de prisión; pero si se tratare de robo, fraude, falsificación, abuso de confianza u otro que lastime seriamente la buena fama en el concepto público, lo inhabilitará para el cargo, cualquiera que haya sido la pena.</p> <p>VII. Tener preferentemente título de licenciado en derecho.</p>

Órgano	Mecanismo de designación	Integrantes	Duración	Reelección	Requisitos de elegibilidad
BANXICO	Cuenta con una Junta de Gobierno y un gobernador. La Junta de Gobierno estará integrada por 5 miembros (1 gobernador y 4 subgobernadores), designados por el Presidente con aprobación del Senado.	5	1 gobernador (6 años). 4 subgobernadores (8 años, escalonados).	No pueden ser reelectos.	<p>I. Mexicano por nacimiento que no adquiera otra nacionalidad, estar en pleno goce de sus derechos civiles y políticos y no tener más de 65 años cumplidos en la fecha de inicio del período durante el cual desempeñará su cargo.</p> <p>II. Gozar de reconocida competencia en materia monetaria, así como haber ocupado, por lo menos durante 5 años, cargos de alto nivel en el sistema financiero mexicano o en las dependencias, organismos o instituciones que ejerzan funciones de autoridad en materia financiera.</p> <p>Para la designación de 2 de los 5 miembros no será necesario satisfacer los requisitos previstos en el párrafo anterior; pero en todo caso deberá tratarse de profesionales distinguidos en materia económica, financiera o jurídica. Ninguno de estos dos miembros podrá ser nombrado Gobernador antes de haber cumplido 3 años en su cargo.</p> <p>III. No haber sido sentenciado por delitos intencionales; inhabilitado para ejercer el comercio o para desempeñar un empleo, cargo o comisión, en el servicio público o en el sistema financiero mexicano; ni removido con anterioridad del cargo de miembro de la Junta de Gobierno, salvo que esto último hubiere sido resultado de incapacidad física ya superada.</p>

De la tabla anterior, pueden apreciarse los siguientes aspectos:²⁴

- a) Sobre los mecanismos de remoción, es relevante mencionar que los consejeros y comisionados solo podrán ser removidos en los términos del título IV de la Constitución, referente a la responsabilidad de los servidores públicos. En el caso de la COFECE y del IFT podrán ser removidos con las dos terceras partes del Senado de la República. En cuanto a su nombramiento, puede ser objetado por la Cámara de Senadores.
- b) Durante el tiempo que dure su encargo no podrán desempeñar ningún otro empleo, cargo o comisión, salvo los no remunerados en instituciones docentes, científicas, culturales o de beneficencia.
- c) En el caso del fiscal general, podrá ser removido por el presidente de la República, pero esta remoción puede ser objetada por la mayoría de los miembros presentes de la Cámara de Senadores.
- d) No pueden intervenir en los asuntos, expedientes o casos en los cuales pueda existir conflicto de intereses.
- e) Están sujetos a comparecer ante la Cámara de Diputados o Senadores, y a rendir un informe, ya sea trimestral o anual.
- f) Los órganos internos de control (OIC) son designados por el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes de la Cámara de Diputados en términos del artículo 74 de la Constitución, fracción VII.
- g) Por cuanto hace al CONEVAL destacan dos aspectos: 1) que el nombramiento puede ser objetado por el presidente de la República y, 2) como requisito de elegibilidad, los candidatos no pueden pertenecer a un partido político (dado que maneja la revisión y diseño de programas sociales).

IV. Los órganos de relevancia constitucional

Si bien no son OCA's, constituyen instituciones de gran interés para el desarrollo del denominado "derecho a la buena administración", estas entidades le permiten al gobierno cumplir con tareas y obligaciones públicas de gran calado, de ahí que su existencia sea en pro del buen funcionamiento de la administración estatal.

A los órganos de relevancia constitucional también se les conoce como organismos públicos autónomos (OPA's) u órganos públicos de relevancia constitucional (OPRA's).²⁵ La gran diferencia con los OCA's es que no se encuentran regulados ex profeso en la Constitución, sino únicamente se contempla su existencia.

Los OCA's pueden serlo en distintos grados, según se observen sus diferentes dimensiones constitutivas. El hecho de estar establecidos en la Constitución, con independencia

²⁴ Esencialmente se sintetizó el análisis realizado en Ruiz, José Fabián, *op. cit.*, pp. 114 a 116.

²⁵ Esta es una afirmación que se realiza, tras haber revisado diversas posturas y planteamientos doctrinarios, entre los que destaca el de Esquivel Vázquez, Gustavo Arturo, *El órgano público autónomo y el tribunal legislativo en México*, México, 2006, pp. 138.

de los otros poderes del Estado (autonomía orgánica y funcional), el establecimiento puntual de sus atribuciones (autonomía técnica), la capacidad de regularse a sí mismos (autonomía normativa), la posibilidad de establecer sus necesidades presupuestales y administrativas (autonomía financiera y administrativa), y el establecimiento de un sistema detallado de relaciones y de controles que los vinculen con otros órganos gubernamentales (coordinación y control), definen a la autonomía plena. En cambio, “los órganos que sólo presentan algunos de estos atributos pero que aun así poseen rango constitucional son denominados órganos de relevancia constitucional, ya que se encuentran en un espacio intermedio entre los órganos autónomos y los entes públicos federales”.²⁶

Dentro de los órganos de relevancia constitucional, podemos citar los siguientes:

a) Las universidades públicas, incluyendo a la UNAM.²⁷

En términos del artículo 3º, fracción VII de la carta magna, por reforma constitucional publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 3 de marzo de 1993, la UNAM es un órgano de relevancia constitucional (organismo de relevancia constitucional), que en términos del artículo 1º de su ley orgánica de 1945 es, formalmente, un organismo descentralizado del gobierno federal.

Sobre esta misma base se encuentra en un *estatus intermedio* en la estructura gubernamental tradicional, cuenta con cierta autonomía que le permite autogobernarse y en el futuro puede evolucionar a órgano constitucionalmente autónomo. Lo anterior se robustece sobre todo porque no tiene autonomía presupuestaria, pues depende de lo que le destine el gobierno federal.

b) Procuraduría Agraria (artículo 27, fracción XIX, último párrafo CPEUM).

Sin duda, uno de los sectores más relevantes, porque nació de la Revolución Mexicana que desembocó en la Constitución de 1917, fue el sector campesino que luchó por acabar con los latifundios y los terratenientes. Para lograr dicho objetivo era preciso contar con instituciones de procuración y administración de justicia en materia agraria (derecho agrario).

Su antecedente más remoto lo encontramos en la circular 43 del 11 de abril de 1921, expedida por el director de la Comisión Nacional Agraria, por el cual se estableció la figura del Delegado Agrario Asesor de Pueblos.

Posteriormente, mediante decreto publicado en el DOF el 18 de abril de 1922 se abrogó la Ley de Ejidos del 28 de diciembre de 1920. Se estableció en cada entidad federativa la Institución de Procuraduría de Pueblos para patrocinar a las comunidades

²⁶ El presente párrafo, fue extraído en su integridad de Ruiz, José Fabián, *op. cit.*, nota 16, pp. 88 y 89.

²⁷ Sobre este aspecto es relevante lo resuelto en el Recurso de Reclamación 23/2017, derivado de la Controversia Constitucional 32/2017, la cual fue interpuesta por la Universidad Autónoma de la Ciudad de México en contra del Jefe de Gobierno y de la entonces Asamblea del Distrito Federal. Asunto resuelto el 17 de mayo de 2017, disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=211685>.

que lo solicitaran, en forma gratuita, con el objetivo de realizar gestiones de dotación o restitución de ejidos, dependiendo el nombramiento y remoción de los Procuradores de la Comisión Nacional Agraria.

En 1953, mediante decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 5 de agosto, expedido por el presidente Adolfo Ruiz Cortines, “se ordena la integración de la Procuraduría de Asuntos Agrarios para el asesoramiento gratuito de los campesinos”.

Para 1980 se publicó en el DOF el “Reglamento Interior de la Secretaría de la Reforma Agraria, en el cual se establece que le correspondería a la Dirección General de Procuración, Quejas e Investigación Agraria” brindar los servicios de procuración agraria; coadyuvar con los campesinos en los trámites de acciones y procedimientos agrarios; proporcionar asesoría gratuita a los campesinos y autoridades ejidales y comunales en los asuntos de su interés y representarlos en sus negocios agrarios, siempre a petición de parte; además, se señala que “Para desarrollar los servicios anteriores se establece un Procurador Agrario en cada delegación agraria, quien dependerá de esta Dirección”.

El 3 de febrero de 1983 se reforma el artículo 27 constitucional, adicionando las fracciones XIX y XX; en la primera, “se establece el fundamento para la creación y operación de un órgano de procuración agraria” al indicar que el Estado dispondrá las medidas para apoyar la asesoría legal de los campesinos, disposición que en la práctica no se materializó pero que de cualquier manera sirvió de sustento a la actuación de la Dirección General de Procuración Social Agraria en el logro del objetivo constitucional.

Finalmente, con la reforma al artículo 27 constitucional, publicada en el DOF el 6 de enero de 1992, tiene origen la conformación de una nueva etapa en el derecho agrario. En relación con este tema, se mantiene intacta la fracción XIX, que fuera adicionada el 3 de febrero de 1983 y en la que se establece el imperativo al Estado para el otorgamiento de su apoyo a la asesoría legal de los campesinos, para lo cual se debería crear un órgano especializado en la procuración de justicia agraria.

El 7 de febrero de 1992, el presidente de la República envió a la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión la iniciativa de la nueva Ley Agraria, reglamentaria del 27 constitucional. Para cumplir el mandato constitucional, la iniciativa “propone la creación de un organismo descentralizado de la administración pública federal: la Procuraduría Agraria”.

La Ley Agraria señala que la Procuraduría Agraria es un “organismo descentralizado de la administración pública federal”, con personalidad jurídica y patrimonio propios, sectorizado en la Secretaría de la Reforma Agraria (artículo 134), cuyas funciones son de servicio social y defensa de los derechos de los ejidatarios, comuneros, sucesores de ejidatarios y comuneros, ejidos, comunidades, pequeños propietarios, avocindados y jornaleros agrícolas, mediante la aplicación de las atribuciones que le confiere la Ley y su reglamento, a petición de parte o actuando de oficio, en los términos de la Ley (artículo 135, Ley Agraria).

Como puede apreciarse en el pasaje histórico citado, la Procuraduría Agraria actualmente se encuentra establecida en el artículo 27, fracción XIX, último párrafo de la Carta

Magna, de ahí que, dada su previsión constitucional sin alcanzar aún la autonomía, se le reconoce como un órgano de relevancia constitucional.

c) Tribunal Federal de Justicia Administrativa (artículo 73, XXIX-H-CPEUM).

Surgió a través de la Ley de Justicia Fiscal del 27 de agosto de 1936 emitida por el presidente de la República en uso de sus facultades extraordinarias, mediante decreto del 30 de septiembre de 1935, en el que se contempló la creación del entonces Tribunal Fiscal de la Federación como institución adscrita al Poder Ejecutivo, especializada en la administración de justicia delegada respecto a la división de poderes. El artículo 1º de la citada ley establecía que dicho tribunal dictaba sus fallos en representación del Ejecutivo, pero independiente de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y de cualquier autoridad administrativa.²⁸

El 30 de diciembre de 1938 se expidió el Código Fiscal de la Federación que abrogó la Ley de Justicia Fiscal, conservando al Tribunal con sus características y atribuciones.

Vendría enseguida la reforma constitucional del 30 de diciembre de 1946 al artículo 104, fracción I, párrafo segundo de la carta magna, el cual establece esencialmente que la Suprema Corte de Justicia de la Nación conocería de los recursos contra las sentencias de segunda instancia de tribunales administrativos creados a través de una ley federal, siempre que cuenten con autonomía para dictar sus fallos. Dicha reforma constitucional se perfeccionaría el 25 de octubre de 1967 con la adición de un párrafo a la fracción I del artículo 104 de la Constitución, que dio sustento directo al entonces Tribunal Fiscal de la Federación, el cual, posteriormente, se convertiría en Tribunal de Justicia Fiscal y Administrativa, hoy Tribunal Federal de Justicia Administrativa.²⁹

Por reforma constitucional publicada en el DOF el 10 de agosto de 1987 se estableció, sin lugar a dudas, la autonomía de los tribunales contenciosos administrativos, al adicionarse al artículo 73, fracción XXIX-H, la facultad del Congreso de dotar de una legislación adecuada a dichos órganos materialmente jurisdiccionales. Fue la reforma constitucional publicada en el DOF el 27 de mayo de 2015 lo que le cambió la denominación a los tribunales contenciosos administrativos, por tribunales de justicia administrativa.

El Tribunal Federal de Justicia Administrativa de México (antes Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa) es un tribunal dotado de plena autonomía para dictar sus fallos, encargado de dirimir las controversias jurídicas que se susciten entre la Administración Pública Federal y los particulares. No forma parte del Poder Judicial de la Federación, dependiendo presupuestalmente del Ejecutivo Federal, es decir, su función es la de un organismo garante de legalidad en materia administrativa y fiscal, siendo sus sentencias recurribles ante los Tribunales Federales por la vía del amparo directo ante los Tribunales Colegiados de Circuito.

²⁸ Esquivel Vázquez, Gustavo Arturo, *op. cit.*, pp. 106 y 107.

²⁹ *Ibidem*, p. 107.

d) Auditoría Superior de la Federación (artículo 74, II CPEUM).

La constitución de 1824 creó la obligatoriedad del Poder Ejecutivo de rendir cuentas del ejercicio de los recursos que maneja, estableció la fiscalización superior de los recursos públicos como facultad del Poder Legislativo, y creó a la contaduría mayor de hacienda con facultades para constituirse en el órgano técnico de fiscalización de la Cámara de Diputados. También estableció la facultad exclusiva del Congreso para fijar los gastos generales de la nación, crear las contribuciones necesarias para solventarlos, disponer la recaudación, determinar su inversión y revisar anualmente las cuentas del gobierno.

Durante más de 150 años (1824-1974), la Contaduría Mayor de Hacienda funcionó sin cambios trascendentales. El trabajo profesional del órgano técnico de fiscalización superior durante este periodo se concentró en el estudio de la glosa, que comprendía la revisión aritmética y contable de la documentación comprobatoria de las operaciones gubernamentales. Fue en 1978 cuando se expidió la nueva Ley Orgánica de la Contaduría Mayor de Hacienda, ordenamiento “que la definió como el órgano de control y fiscalización dependiente de la Cámara de Diputados”, encargado de revisar las cuentas públicas del gobierno federal y del gobierno del DF (hoy Ciudad de México), así como de vigilar el manejo de los fondos públicos.

Posterior al breve recuento histórico antes enunciado, vendrían tres reformas constitucionales encaminadas a convertir a la ASF en un órgano de relevancia constitucional, es decir, a otorgarle cada vez mayor autonomía. Tan es así, que se encuentra a un paso de convertirse en un órgano constitucionalmente autónomo.

En efecto el 30 de julio de 1999 se publicó en el DOF la reforma a los artículos 73, 74, 78 y 79 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que estableció la Entidad de Fiscalización Superior de la Federación. El 20 de diciembre de 2000 el Congreso de la Unión aprobó la Ley de Fiscalización Superior de la Federación, mediante la cual se creó la Auditoría Superior de la Federación. Su principal atribución es fiscalizar la cuenta de la hacienda pública federal e informar de su revisión a la Cámara de Diputados.

Finalmente debe señalarse que la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje y sus Juntas Especiales (descentralizadas en los Estados); así como el Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje (lo que también se reproduce en términos de la competencia del apartado A del artículo 123 constitucional), desde nuestra perspectiva, se tratan de verdaderos órganos de relevancia constitucional, sin embargo, por reforma constitucional de 24 de febrero de 2017, la justicia laboral se transfiere a los órganos formal y materialmente jurisdiccionales, pasando la justicia del trabajo de la competencia del Poder Ejecutivo a la del Poder Judicial de la Federación y los poderes judiciales locales, por lo que dejan de ser de relevancia constitucional para integrarse a uno de los poderes tradicionales del Estado (el Poder Judicial).

Asimismo, existen dos entes que se encuentran cercanos a ser órganos de relevancia constitucional: Comisión Nacional de Hidrocarburos y Comisión Reguladora de Energía (artículo 28, párrafo 8°).

En nuestra opinión, a pesar de que tales comisiones se encuentran contenidas en el texto de la Constitución, de la lectura de la Carta Magna no se desprende el adjetivo *autonomía*, dejando tanto a la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal y a la Ley de los Órganos Reguladores Coordinados en Materia Energética la expresión de que se trata de órganos con autonomía técnica, operativa y de gestión, y cierta autonomía presupuestaria.

Por tanto, su diseño no permite que se le pueda calificar como órgano de relevancia constitucional, por no contar con una autonomía plena; pero sí como órgano de relevancia administrativa, en virtud de que se asemeja a una “comisión intersecretarial” o a una comisión creada *ex profeso* para consulta o actos ejecutivos en la rama (artículo 21 de la LOAPF), aunque con previsión constitucional.

V. Conclusiones

Primera. La creación y utilización de órganos constitucionalmente autónomos beneficia el régimen de la división y coordinación de poderes; técnica y especializa las funciones del Estado; sustrae de controles políticos directos a dichos órganos que requieren de autonomía plena para desempeñar sus funciones con eficiencia y eficacia, sin perjuicio de conservar mecanismos de revisión y control indirecto o transversales (informes y comparecencias, órganos internos de control, etcétera).

Segunda. La creación de órganos constitucionalmente autónomos debe ser selectiva y estratégica, de manera que la división y coordinación de poderes no se fragmente (atome) al grado de desnaturalizar a los órganos originarios del Estado.

Tercera. El nacimiento de un OCA, en el caso de México, se deriva de la evolución de un organismo centralizado que con base en el contexto político, jurídico y social adquiere mayor relevancia para transitar a un ente constitucionalmente autónomo.

Cuarta. Para conservar el equilibrio de los OCA's, en su relación con los poderes tradicionales (Legislativo, Judicial y Ejecutivo), el constituyente permanente y el legislador ordinario pueden optar por OPRA's.

V. Bibliografía

- ACKERMAN, John M., *Organismos autónomos y democracia*, Ciudad de México, Siglo XXI, 2007.
- ESQUIVEL VÁZQUEZ, Gustavo Arturo, *El órgano público autónomo y el tribunal legislativo en México*, Ciudad de México, Porrúa, 2006.
- FERNÁNDEZ RUÍZ, Jorge, “Presentación a la obra: Zeind, Marco Antonio”, *Organismos constitucionales autónomos*, Ciudad de México, Tirant Lo Blanch, 2018.

- FERNÁNDEZ RUÍZ, Jorge, *Derecho administrativo y administración pública*, 3a. ed., Ciudad de México, Porrúa, 2009.
- GUASTINI, Riccardo, *Estudios de teoría constitucional*, Ciudad de México, Fontarama, 2001.
- MALDONADO SÁNCHEZ, Adán, *Bloque de constitucionalidad en México. Hacia su integración y aplicación*, pról. de Juan N. Silva Meza, presentación Ernesto Rey Cantor, Ciudad de México, Tirant Lo Blanch, 2019.
- ORTIZ MAYAGOITIA, Guillermo I., “La creación de órganos constitucionales autónomos en los Estados de la República”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, Ciudad de México, núm. 22, 2006.
- ORTIZ SOLTERO, Sergio Monserrit, *Las entidades paraestatales. Aspectos jurídicos*, Ciudad de México, Porrúa, 2008.
- RUIZ, José Fabián, “Los órganos constitucionales autónomos en México: una visión integradora”, *Revista Cuestiones Constitucionales*, núm. 37, julio-diciembre de 2017.
- SÁNCHEZ UGARTE, Fernando *et al.*, *La primera década de la Comisión Federal de Competencia*, Ciudad de México, Comisión Federal de Competencia, 2018, disponible en: <https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2018/05/LA-PRIMERA-DECADA-DE-LA-COMISION-FEDERAL-DE-COMPETENCIA.pdf>, consultado el 8 de marzo de 2019.
- SÁNCHEZ UGARTE, Fernando, “Diez años de competencia económica”, *La primera década de la Comisión Federal de Competencia*, Ciudad de México, Secretaría de Economía, Comisión Federal de Competencia, 2003.

COMENTARIOS EN TORNO AL PRINCIPIO DEMOCRÁTICO INSERTO EN EL ARTÍCULO TERCERO CONSTITUCIONAL

COMMENTS ON THE DEMOCRATIC PRINCIPLE INSERTED IN ARTICLE THIRD OF THE CONSTITUTION

Jaime Calderón Gómez*

Resumen

En el presente artículo se hace un repaso al significado y relevancia que tiene el principio democrático en la educación, tal como ha sido vertido en el artículo 3º de la Constitución. Se describe el proceso de ampliación conceptual que llevó a que se instaurara el concepto de democracia sustancial en el texto constitucional. A partir de esta exposición, se vierten breves consideraciones respecto a algunas de las (inter)relaciones que pueden

* El autor es doctor en derecho y maestro en derecho constitucional por la Universidad Marista de México. Profesionalmente se ha desarrollado en las áreas del derecho electoral y de acceso a la información. A la fecha se desempeña como asesor del Consejero Presidente del Instituto Electoral de la Ciudad de México. Es docente a nivel licenciatura y posgrado en la Universidad La Salle, la Universidad Iberoamericana y la Universidad Anáhuac, entre otras. Autor de artículos especializados, así como columnista en diversos medios de circulación masiva.

Fecha de recepción: 21 de abril de 2019.
Fecha de aceptación: 24 de septiembre de 2019.

existir entre la educación y la democracia, entendidas como derechos fundamentales. Por último, se expresan algunas preocupaciones respecto a la eficacia de este *dictum* constitucional.

Palabras clave: educación, democracia, derechos fundamentales.

Abstract

This article reviews the meaning and relevance of the democratic principle in education expressed in the 3th article of the Mexican Constitution. It describes the process of conceptual expansion of the concept of substantial democracy; and from this exhibition, brief considerations are made regarding some of the relationships that may exist between education and democracy understood as fundamental rights. Finally, some concerns are expressed regarding the effectiveness of this constitutional dictum.

Keywords: Education, democracy, fundamental rights.

I. Introducción

En el presente trabajo se vierten algunos comentarios en torno al mandato contenido en el artículo 3º de la Constitución mexicana, conforme al cual se exige que el Estado vele para que la educación tenga un carácter democrático. La relación entre educación y democracia da para mucho, pero en un trabajo breve como este sólo puede ser tratada de forma parcial; lo cual, por otra parte, no equivale a un trabajo insustancial o poco serio. El análisis parte del concepto de democracia que se asume en el numeral referido. Como se explica en el cuerpo del ensayo, se trata de una noción amplia que incluye no sólo la llamada democracia formal, esto es la celebración periódica de elecciones libres, sino también la llamada democracia material o sustancial, noción más amplia y compleja.

Esta disposición constitucional es uno de los muchos ejemplos donde el antes llamado “análisis estrictamente jurídico” ha perdido mucha de su vigencia. No sólo porque el avance de la ciencia jurídica involucra cada vez más el acercamiento a otras disciplinas de las humanidades, las ciencias sociales y aun las ciencias de la naturaleza, no como meras “disciplinas auxiliares”, sino como parte integral del estudio del derecho. Además, y, sobre todo, porque la propia evolución constitucional nos ha colocado delante de conceptos que no pueden ser comprendidos a partir del simple análisis normativo sino que, por el contrario, exigen incorporar elementos extrajurídicos para su cabal entendimiento.

Por otro lado, se debe partir del reconocimiento de que tanto la educación como la democracia (tal como se insertan en el texto del artículo 3º de la Constitución Política) son derechos constitucionales y derechos humanos reconocidos internacionalmente (el

artículo 1º de la carta magna nos obliga a entenderlos así). De este modo, al ser derechos constitucionalmente reconocidos irradian al resto del orden jurídico;¹ por esta razón resulta necesario apoyarse en la teoría del neoconstitucionalismo contemporáneo, conforme al cual las normas de derechos fundamentales (y los derechos humanos por extensión) son los principios de mayor jerarquía que se pueden encontrar en un determinado sistema jurídico.

Desde el punto de vista del análisis jurídico, cualquier cosa que se diga parte de estas dos consideraciones. Por esta razón, en el presente artículo se comienza por discutir el alcance que tienen la educación y la democracia en su carácter de principios normativos constitucionales, en los apartados dos y tres. Posteriormente, en el apartado cuatro, se expone el proceso de ampliación conceptual que llevó de una noción formal de democracia a otra sustancial o material. Este repaso es indispensable para comprender los alcances del principio democrático inserto en el texto del artículo 3º constitucional. En el apartado cinco se comentan algunas cuestiones sobre las implicaciones de una educación democrática. Finalmente, en los apartados seis y siete, se repasan algunas situaciones que ponen en peligro la viabilidad del proyecto democrático en México, y que evidencian la necesidad de fortalecer en los hechos la educación *en y para* la democracia.

II. Planteamiento de la cuestión

El 30 de diciembre de 1946 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación*² una reforma al artículo 3º constitucional conforme a la cual se dispone que la educación que brinda el Estado mexicano deberá ajustarse, entre otros, a un principio democrático, “entendiendo la democracia no solamente como una estructura jurídica y un régimen político, sino como un sistema de vida fundado en el constante mejoramiento económico, social y cultural del pueblo”. Pese a las subsiguientes reformas que se han operado sobre este artículo, incluyendo la más reciente de mayo de 2019,³ esta correlación constitucional se ha mantenido vigente en los mismos términos en los que fue aprobada desde entonces. A continuación, se transcribe la parte conducente del artículo 3º, a fin de tenerlo como referencia en el resto de esta exposición.

¹ Alexy, Robert, “Sobre los derechos sociales a protección”, *Derechos sociales y ponderación*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, pp. 45-84.

² Disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_041_30dic46_ima.pdf.

³ *Diario Oficial de la Federación*, 15 de mayo de 2019. Esta nueva reforma, impulsada por el actual titular del Ejecutivo (Andrés Manuel López Obrador) es la respuesta a su promesa de campaña de derogar la reforma educativa promovida por el anterior mandatario. El objetivo, por tanto, fue eliminar el sustento constitucional de la anterior reforma e introducir las bases para un nuevo sistema de administración del personal docente; no obstante, de paso, se modificaron algunas cuestiones sustanciales, por ejemplo, declarar la obligatoriedad de la educación superior, confirmar la promoción de los valores humanistas (y de derechos humanos) en la educación que imparta el Estado, confirmar la necesidad de promover la educación bilingüe en las comunidades indígenas, entre otros.

Artículo 3º Toda persona tiene derecho a la educación.

II. El criterio que orientará a esa educación se basará en los resultados del progreso científico, luchará contra la ignorancia y sus efectos, las servidumbres, los fanatismos y los prejuicios.

Además

a) Será democrático, considerando a la democracia no solamente como una estructura jurídica y un régimen político, sino como un sistema de vida fundado en el constante mejoramiento económico, social y cultural del pueblo.

Como se puede apreciar en este numeral se establece el derecho fundamental de toda persona a la educación, y se exige que esta sea democrática. Al respecto pueden plantearse algunas preguntas iniciales: ¿cómo debe entenderse la educación democrática?, ¿cuáles son los alcances de esta exigencia constitucional?, ¿cuáles son los impedimentos para alcanzarla y cuáles las consecuencias de que no se consiga?, ¿esta exigencia constitucional tenía en 1946 los mismos alcances que pueden dársele hoy en día?

Si bien es cierto que en el propio texto constitucional se ofrece una explicación de cómo debe ser entendida la expresión *democracia* para estos efectos; ello no excluye la necesidad de hacer explícita esta exigencia a fin de entender su significado, sus alcances y los límites que pueden observarse en la realidad mexicana a la hora de hacerla efectiva. Por esta razón, en el siguiente apartado se expresan algunas consideraciones, sustentadas en la teoría neoconstitucionalista, entendiendo esta disposición constitucional (referente a que la educación sea democrática) como parte del derecho humano a la educación.

III. La educación y la democracia como principios constitucionales

En la doctrina contemporánea existe cierto acuerdo en el sentido de que los sistemas jurídicos no sólo se componen de normas tipo reglas, sino también por normas tipo principios; y que justamente es en la Constitución donde se depositan los principios de mayor jerarquía e importancia, esto es, los derechos fundamentales. Se debe tomar en cuenta que también se consideran principios de la máxima relevancia las directrices que definen la estructura y funcionamiento del mismo Estado. En este sentido, se puede señalar que en la parte del artículo 3º constitucional que se destacó en el apartado anterior, se observan los dos tipos de principios: 1) el derecho a la educación como derecho fundamental; 2) la exigencia de que ciertas actividades estatales deban realizarse de forma ajustada al principio democrático.

Como es sabido, la cuestión sobre los principios como parte integral de los sistemas jurídicos fue introducida en la teoría contemporánea por Ronald Dworkin⁴ al criticar la

⁴ Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Planeta-Agostini, 1993.

teoría iuspositivista de H. L. A. Hart,⁵ su antecesor de cátedra en Oxford. De acuerdo con Hart, los sistemas jurídicos se componen de normas tipo regla, esto es: enunciados en los que se prescribe o se prohíbe una determinada conducta, y se establece una sanción en caso de no acatar lo estatuido.

En cambio, para Dworkin los sistemas jurídicos se componen también de normas tipo principio, en los que no siempre se establece de manera determinante una forma de conducta ni tampoco una sanción específica. Los principios no precisan estar contenidos expresamente dentro de un ordenamiento jurídico, sino que son parte de una moral objetiva que permea a los sistemas de derecho. Así, Dworkin no sólo introduce la cuestión de los principios en el debate jurídico de nuestros días, sino que también pone en el centro de la cuestión el tema de las relaciones entre derecho y la moral.

Como señalara en su momento Manuel Aragón,⁶ no es nueva la idea de que los sistemas jurídicos se encuentran conformados por principios; sin embargo, de forma contemporánea esta tesis ha adquirido un matiz particular en cuanto se liga la noción de *principio* con la idea de que la Constitución es el cuerpo normativo máximo de un sistema jurídico nacional. Independientemente de la discusión de si estos principios pueden hallarse también por fuera del sistema jurídico,⁷ en este momento interesa analizar la cuestión de los principios que sí están contenidos de forma expresa en el texto constitucional; esto es, de los principios positivados. Esta vertiente de la cuestión ha sido analizada con exhaustividad por Robert Alexy,⁸ para quien, no obstante estar reconocidos dentro del sistema jurídico, los principios positivados no dejan de ser una ventana o apertura del sistema jurídico a la moral.

De acuerdo con Alexy, una forma de diferenciar entre las reglas y los principios es que, por un lado, mientras las primeras contienen disposiciones normativas específicas, de las cuales se desprenden supuestos de hecho y consecuencias jurídicas bien definidas; por el otro, los principios “enuncian cláusulas generales”,⁹ o dicho en la conocida formulación de Ronald Dworkin:¹⁰ “las reglas se cumplen o no, mientras que el cumplimiento de los principios es una cuestión de grado”. En este sentido, al menos de entrada, se puede decir que la comprensión del alcance de los principios exige un esfuerzo interpretativo más amplio, en la medida que sus contenidos normativos no se encuentran plenamente definidos.

De este modo, se hace meridianamente claro que las exigencias constitucionales contenidas en los párrafos transcritos en el anterior apartado son normas tipo principio. Esto es, su contenido normativo no está delimitado de forma estricta, por lo cual es importante clarificar sus alcances y el significado de los conceptos que la componen. Aun con las indicaciones contenidas (ya que el texto constitucional explica qué se debe

⁵ Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2009.

⁶ Aragón, Manuel, *Constitución democracia y control*, Ciudad de México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, pp. 4-78.

⁷ Dworkin, *op. cit.*

⁸ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

⁹ Aragón, *op. cit.* p. 47

¹⁰ Dworkin, *op. cit.*

entender por democracia), su contenido requiere ser clarificado en aras de comprender sus verdaderos alcances. Al menos es conveniente exponer las derivas que llevaron a las sociedades contemporáneas (y a la teoría política) a considerar que la democracia va más allá de las cuestiones político-electoral. En este punto vale la pena señalar, recogiendo la postura de Manuel Atienza,¹¹ que si bien es cierto que la labor interpretativa de la constitución tiene a su principal ejecutor en los tribunales constitucionales (o su equivalente en cada caso); no obstante, la doctrina también juega un papel fundamental, proveyendo de criterios interpretativos a los demás operadores jurídicos, incluidos los jueces y tribunales. A todo esto, hay que señalar que la labor interpretativa de la doctrina tiene la ventaja de ser más libre y creativa en la medida en que puede trabajar con casos hipotéticos, y que sólo está obligada a respetar las exigencias propias de la labor científica. Por su parte, los órganos jurisdiccionales deben sujetar su labor interpretativa a la existencia de un caso concreto que los convoque en el ejercicio de sus facultades; y deben, además, observar una serie de restricciones legales propias de su función. En todo caso, la labor interpretativa de la doctrina repercute más allá del caso concreto, y en su momento sirve para hacer avanzar el estado de la ciencia del derecho. Así, resulta justificado el esfuerzo doctrinario o académico no sólo para entender el alcance del principio democrático contenido en el artículo 3º constitucional, sino también, para analizar de manera crítica, a través de él, la realidad de nuestro país.

IV. La educación y la democracia como derechos fundamentales

Las normas jurídicas, sean reglas o principios, no se pueden interpretar de forma aislada, requieren ser analizadas a la luz de las demás disposiciones que conforman el sistema al cual pertenecen. En este sentido, en el sistema jurídico mexicano, las normas que contienen derechos fundamentales deben ser interpretadas, en primer lugar, a partir de lo que dispone el artículo 1º de la Constitución federal, el cual, por la importancia que guarda para esta reflexión, conviene transcribir, al menos en la parte que afecta a esta exposición.

Artículo 1º. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

¹¹ Atienza, Manuel, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Ciudad de México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, pp. 1-15.

El artículo 1º constitucional, que como es sabido fue objeto de reforma integral en 2011, en su redacción actual tiene por mérito haber abierto, sin ambages, el sistema jurídico nacional a todo el cuerpo de derechos humanos reconocidos en los instrumentos internacionales suscritos y ratificados por el Estado mexicano. De manera que, lo primero que se puede decir sobre la educación y la democracia, de acuerdo con el *corpus* de derecho internacional, es que son derechos humanos.

En este sentido, conviene recurrir a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, documento que puede ser entendido como la Carta Internacional de Derechos, en la cual se dispone, en relación con la educación (artículo 26), lo siguiente:

1. Toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental. La instrucción elemental será obligatoria. La instrucción técnica y profesional habrá de ser generalizada; el acceso a los estudios superiores será igual para todos, en función de los méritos respectivos.
2. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos.

Lo primero que habría que destacar del texto de la Declaración Universal son las coincidencias que guarda con el texto constitucional. En efecto, ambos textos disponen la obligatoriedad de la instrucción básica o elemental y disponen la gratuidad de la misma. Si se toma en cuenta el contenido del segundo párrafo, la exigencia es que la educación tenga “por objeto el pleno desarrollo de la personalidad y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales”. En este sentido, el texto del artículo 3º constitucional recién modificado en 2019 establece en su párrafo tercero que “la educación se basará en el respeto irrestricto de la dignidad de las personas, con un enfoque de derechos humanos y de igualdad sustantiva”. Estableciéndose así la ligación conceptual entre derechos humanos y educación; considerando que la educación es por sí misma un derecho humano, pero, al mismo tiempo, un medio para potenciar el ejercicio de otros derechos.

Por otra parte, no se puede dejar de señalar que el artículo 21 de la Declaración Universal estatuye un principio democrático, según el cual la voluntad del pueblo es la base del poder público, y prescribe la celebración de elecciones libres. En este sentido, se puede decir que el artículo alude a la democracia como derecho humano básico, esto es, como la posibilidad jurídica de que toda persona pueda vivir en un sistema político en el que se respete su voto, y este pueda ser emitido de manera libre. Por supuesto, también se refiere a la democracia como principio de organización política, conforme al cual se reconoce la voluntad del pueblo como fundamento de la soberanía del estado y del poder público. Por ser de relevancia para lo que se dirá a continuación, se transcribe la parte conducente del artículo 21 de la Declaración Universal: “...3. La voluntad del pueblo es

la base de la autoridad del poder público; esta voluntad se expresará mediante elecciones auténticas que habrán de celebrarse periódicamente, por sufragio universal e igual y por voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad del voto”.

Claramente se puede observar que la noción de democracia contenida en la parte conducente del artículo 3º constitucional difiere de lo expresado en el párrafo recién transcrito de la Declaración Universal en el sentido de que la noción constitucional parece más amplia. En efecto, se debe tomar en cuenta que la Declaración Universal se refiere a lo que se conoce como “democracia formal”, mientras que la constitución hace uso de lo que se conoce como “democracia material” o “sustantiva”. Debe recordarse que la Declaración Universal fue redactada en 1948 y que, en el transcurso de la segunda mitad del siglo pasado, el concepto de democracia sufrió una ampliación que aparece recogida en el texto constitucional mexicano. A este proceso de apertura conceptual se dedica el siguiente apartado de este trabajo.

V. Ampliación del concepto de democracia

Como es sabido, para la cultura occidental la idea de democracia tuvo sus orígenes en la organización política de algunas ciudades de la Grecia antigua, específicamente Atenas, en donde los ciudadanos reunidos en asamblea elegían a sus gobernantes y debatían las cuestiones de más relevancia para la comunidad. Si acá se trae a colación esta referencia histórica es porque, como nos recuerda José Fernández Santillán,¹² a principios del siglo xx, en una época en la que realmente pocos Estados podían presumir de gozar de regímenes democráticos, un pensador tan influyente como lo fue el jurista Hans Kelsen solía decir que la forma más alta de realizar el ideal democrático era justamente aquella en la que los individuos, sin mediación alguna, expresaban su parecer y voluntad a fin de tomar decisiones obligatorias para los propios miembros de la ciudad-Estado.

A este conjunto de prácticas se les conoce como *democracia directa*. Y por mucho que se les considere un ideal a seguir, las circunstancias de las sociedades de la modernidad no pueden compararse con las de las sociedades en la antigua Grecia, por lo cual es necesario buscar nuevos mecanismos para que los ciudadanos manifiesten su voluntad. Se operan así varias transformaciones entre el ideal democrático que se le atribuye a la antigüedad y la democracia que se puede ejercer en los Estados nación modernos. La primera es el paso de la democracia directa a la democracia indirecta; la segunda es el ensanchamiento en el universo de personas dotadas de derechos políticos; la tercera es la ampliación del concepto de democracia a algo más que la mera celebración de elecciones periódicas, para entenderlo como un estado de cosas en que los ciudadanos gozan de un cierto nivel de bienestar que les permite un mejor ejercicio de sus derechos.

¹² Santillán Fernández, José F., *La democracia como forma de gobierno*, Ciudad de México, Instituto Federal Electoral, 2016, Cuadernos de Divulgación de la Cultura Democrática, núm. 3, p. 11.

En cuanto a la primera de las cuestiones señaladas, se debe decir que la evolución hacia las democracias indirectas tuvo mucho que ver con el número de habitantes que puede haber en los modernos Estados nación, así como con la extensión territorial de los mismos. En una comunidad relativamente pequeña y cerrada como lo eran las ciudades-Estado griegas, los ciudadanos podían reunirse en su totalidad en torno a la plaza pública a efecto de manifestar su parecer. En cambio, en los estados nación modernos, esta práctica claramente ya no es posible debido a la imposibilidad de reunir en una plaza pública al conjunto de los posibles votantes. Por esta razón, se tuvo que adoptar la democracia indirecta como modelo válido para Estados con sociedades numerosas y territorios extensos. De acuerdo con esta modalidad, los ciudadanos comunes limitan su participación en la vida pública a poco más que la emisión de su voto para elegir a sus representantes. Estos últimos son quienes efectivamente se encargan de discutir los temas públicos y adoptar las decisiones que son obligatorias para toda la comunidad. Visto así, es evidente la pérdida de influencia que cada ciudadano puede tener sobre los asuntos públicos; por tanto, es comprensible la añoranza de Hans Kelsen en el sentido de que la democracia directa de la antigüedad resulta un modelo más puro o auténtico respecto de la democracia contemporánea, la cual necesariamente tiene que ser indirecta.

No obstante, hay un rasgo que los primeros sistemas democráticos de la modernidad continuaron compartiendo con los sistemas antiguos. Tanto en uno como en otro caso, no todos los individuos estaban dotados de la capacidad de participar en la vida pública. En sus orígenes, las democracias contemporáneas también excluyeron a muchas personas de la posibilidad de participar en la elección de sus gobernantes. Así, los derechos políticos prácticamente estuvieron permitidos a los hombres blancos que fueran poseedores de un cierto estatus social y económico. Esto dejaba fuera del universo de votantes a los hombres pertenecientes a minorías étnicas, pobres, analfabetos y a las mujeres. Fue necesario un proceso más o menos largo para conseguir que a los hombres excluidos les fueran reconocidos sus derechos políticos; y en el caso de las mujeres fue un logro que tuvo lugar ya bien entrado el siglo xx. Esta ampliación de la ciudadanía a minorías y mujeres es la segunda transformación en la noción de democracia, y se relaciona estrechamente con su conceptualización como derecho humano. Con todo, la ciudadanía política sigue siendo un rasgo limitado por la edad y por la nacionalidad en la mayoría de los países del mundo.

Hasta aquí, se debe señalar que hay una evolución en la práctica política, la cual debe ser entendida como un primer desplazamiento conceptual, en el que por “democracia” no se entiende ya la posibilidad de expresar de forma directa el parecer propio respecto de los asuntos del Estado, sino sólo la capacidad de emitir un voto para elegir representantes, autoridades que sí se ocupen de los asuntos públicos. Esto no rompe con la idea de que la soberanía se deposita en el pueblo; por el contrario, al menos en teoría, entre más se amplía el universo de ciudadanos, más se fortalece el principio de soberanía popular. Esta idea es la que se recoge en la redacción del artículo 21 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; y es también la misma tesis que se vierte en las constituciones que adoptan la democracia como sistema político. La novedad que

resulta de la Declaración Universal es que ese principio se conceptualiza como derecho humano.

El tercer deslizamiento conceptual se concretó hasta las últimas décadas del siglo pasado. En esta época se hizo insuficiente la idea de celebrar elecciones periódicas y libres en las que pudieran intervenir la mayoría de las personas dotadas de derechos políticos. En este proceso tuvo mucho que ver la ola democratizadora que se vivió en la década de los noventa a nivel mundial, en la cual se incluyó la región latinoamericana. Entonces se hizo evidente que la democracia formal (la mera celebración periódica de elecciones) no era rasgo suficiente para conceptualizar la democracia. Comenzó a construirse así una noción conocida como *democracia sustancial*. Este nuevo deslizamiento conceptual presupone la ligación entre la idea de democracia y la de ejercicio de derechos fundamentales. Proceso que, por cierto, no ha estado exento de debates dentro de la doctrina y que, al menos en el ámbito de lo jurídico, exigió un paulatino distanciamiento, todavía no completado, respecto de las posturas iuspositivistas propias de la primera mitad del siglo xx.

Así, mientras en la década de los ochenta todavía se encuentran estudios tan respetados como el de Manuel Aragón,¹³ quien expone la relación entre la idea de democracia y el constitucionalismo moderno, sin que se pueda hallar referencia alguna a la noción de democracia material o sustantiva; por otro lado, apenas unos años después, Luigi Ferrajoli¹⁴ —un autor que, en el fondo, se concibe a sí mismo como iuspositivista— defiende en un famoso estudio la imposibilidad de separar la idea de “democracia electoral” y la de “democracia sustancial”, entendida como la posibilidad de que todos, o al menos la mayoría de los ciudadanos, ejerzan de forma plena la gama completa de derechos reconocidos en las constituciones modernas, incluidos los derechos civiles, políticos, económicos y sociales.

En este punto comienza a ser notorio que la cuestión de los derechos fundamentales no puede verse como un mero reconocimiento normativo, por mucho que este se haga en un instrumento de la jerarquía de una constitución; sino que se trata de la posibilidad de hacerlos efectivos, de disfrutarlos. En este proceso tuvo mucho que ver el trabajo del sociólogo británico Thomas H. Marshall,¹⁵ quien introdujo el concepto de *ciudadanía* entendido no como la llana pertenencia a la comunidad política, sino como la posibilidad real de una persona de ejercer los derechos reconocidos por el orden jurídico. De acuerdo con Marshall, el concepto de ciudadanía incluye la ciudadanía civil, la política y la social. Para este autor sólo es posible que una persona ejerza la ciudadanía política a cabalidad, cuando ha logrado un cierto grado de bienestar social y económico. Por supuesto, no puede dejarse de notar el paralelismo entre la propuesta de Marshall y la tesis de las generaciones de derechos humanos de Karel Vasak;¹⁶ sin embargo, es importante insistir que Marshall estudia la cuestión desde un punto de vista sociológico y, por lo

¹³ Aragón, Manuel, *op. cit.*

¹⁴ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías: la ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2004, pp. 37-69.

¹⁵ Marshall, Thomas, *Ciudadanía y clase social*, Madrid, Alianza Editorial, pp. 15-84.

¹⁶ Vasak, Karel, *Human Rights: a Thirty Year Struggle the Sustained Efforts to Give Force of Law to the Universal Declaration of Human Rights*, París, UNESCO, 1979.

tanto, la desliga del simple reconocimiento de derechos en un orden jurídico. En otras palabras, el modelo de Marshall exige la realización fáctica de los derechos.

De esta manera, se hace explícito el recorrido histórico y teórico que formó la idea actual de democracia; comenzando con el tránsito de la democracia directa (antigua) a la democracia indirecta (moderna); el ensanchamiento del universo de posibles votantes, portadores de ciudadanía política; la ampliación de la noción de democracia formal a democracia sustancial; así como la ligazón entre el concepto amplio de democracia y el ejercicio de derechos.

En este punto, la democracia ya no se puede entender sólo como una forma de organización política estructurada desde la constitución; sino, sobre todo, como un estado de cosas en el que se promueve el ejercicio de derechos para todos los integrantes de la colectividad. Se trata, justamente, de la noción inserta en el artículo 3º constitucional, la cual, dicho sea de paso, atendiendo al principio de interpretación integral de la Constitución, no puede referirse únicamente a la educación, sino que modificada en su conjunto, el concepto de democracia se desprende del texto constitucional; esta cuestión, si bien es de suma importancia, excede por el momento los límites de este trabajo. Por lo pronto, en los dos apartados siguientes se vierten algunos comentarios sobre las posibles formas en las que se puede entender la relación entre educación y democracia.

Atendiendo al recorrido histórico de la evolución del concepto de democracia, no se puede cerrar este apartado sin comentar el hecho de que resulta francamente innovadora la inclusión del principio democrático en la educación dentro de la Constitución mexicana; ya que, en su forma de entender la democracia, se adelanta varias décadas a las tesis de la democracia sustantiva. Sin embargo, desde una perspectiva histórica, es preciso reconocer que en la década de 1940, México estaba consolidando el régimen autoritario que le caracterizó a lo largo del siglo pasado y que, al mismo tiempo, salía de un largo periodo de revueltas internas; por lo que el ejercicio de los derechos civiles y políticos era una cuestión realmente precaria. Por otra parte, al igual que hoy, México mostraba serios problemas en materia de pobreza y desigualdad; lo cual obliga a concluir que más allá de lo innovador que pareciera la declaración constitucional, la democracia resultaba ser una cuestión cuando menos utópica.

Las consideraciones vertidas en el párrafo que antecede, sin embargo, no demeritan la posibilidad de analizar las correlaciones que se pueden establecer entre la democracia y la educación como instrumentos que se autorrefuerzan en el objetivo de alcanzar sociedades más equitativas y justas, entendidas como sociedades que propician mejores condiciones para el ejercicio de los derechos humanos y los derechos fundamentales. A esta tarea se dedica el siguiente apartado.

VI. Educación y democracia

La noción amplia de democracia que se presupone en el artículo 3º constitucional es la de una democracia de ciudadanos; y los ciudadanos se forman a través de la educación

en y para la democracia. Aun en un escenario ideal, en el que el Estado y la sociedad propician las mejores condiciones para el ejercicio de los derechos fundamentales, los individuos deben aprender a ejercerlos. Es decir, deben aprender a hacerse cargo de la validez de su ciudadanía. En este sentido, es necesario admitir que la formación para una vida en la democracia comienza en el propio seno familiar, en el entorno inmediato de las personas y, por supuesto, en la escuela. Estos son los lugares donde comienza la sociabilización del individuo, y se forja una visión de la forma de conducirse en la vida. En este sentido, es claro que la educación formal en todos sus grados juega un papel fundamental en el proceso de crear y mantener sociedades más democráticas.

Los estudios correspondientes apoyan la idea de que existe una fuerte correlación entre la democracia, la cobertura escolar y el grado de escolaridad de las personas. Gilberto Guevara Niebla,¹⁷ haciéndose eco de Seymour Martin Lipset, señala que existe una correlación bastante evidente entre los niveles educativos de la población y la democracia. Así, de acuerdo con el trabajo desarrollado por Lipset en su libro *El hombre político*, citado por Guevara Niebla,¹⁸ resulta que los países con sistemas democráticos más sólidos tienen índices de analfabetismo casi nulos, mientras que en los países con regímenes dictatoriales los índices de analfabetismo sobrepasan el 50% de su población. Lipset expone que esta correlación se mantiene en función de todos los niveles educativos, incluyendo la educación superior, y concluye que, si bien no se puede decir que altos porcentajes de población instruida sean condición suficiente para establecer y mantener una democracia, sí al menos se le puede considerar como una condición necesaria.

Otra relación clara entre la educación y la democracia ya se mencionó líneas arriba; y es la que estriba en la promoción de los valores democráticos y de respeto a los derechos humanos que debe hacerse desde todos los ámbitos educativos dentro de un contexto democrático. Estos valores, sin embargo, no pueden predicarse simplemente como un conjunto de consejos o de buenos propósitos, sino que es necesario convertirlos en parte de las prácticas efectivas al interior de los planteles educativos, tanto en las relaciones entre los condiscípulos, como en la interacción entre estos y los maestros. Por supuesto, ni qué decir de este ideal en la administración de las escuelas y en las relaciones entre docentes. De acuerdo con Lipset,¹⁹ la educación amplía las perspectivas de los educandos, les permite interiorizar mejor las ventajas de la tolerancia, limita su adhesión a doctrinas extremistas y aumenta su capacidad para realizar acciones racionales. Por supuesto, en todas estas posibles virtudes no existe ningún determinismo o garantía, sin embargo, vale la pena la apuesta.

No debería ser necesario gastar mucha tinta para justificar la importancia de la educación en la vida social. Los seres humanos somos seres sociales justo gracias a la educación (formal o informal) que se recibe desde el seno materno y la comunidad inmediata. Históricamente las sociedades se han preocupado por instruir de forma esmerada

¹⁷ Guevara Niebla, Gilberto, *Democracia y educación*, Cuadernos de Divulgación de la Cultura Democrática, Ciudad de México, INE, pp. 55-58.

¹⁸ Citado por Guevara Niebla, *ibidem*, pp. 55-57.

¹⁹ Citado por Guevara Niebla, *idem*.

a las clases dirigentes; la novedad en las sociedades contemporáneas es la pretensión de que la educación sea democrática, entendido esto en al menos dos sentidos. Primero, que alcance no sólo a las clases favorecidas, sino a toda (o al menos la mayor parte) de la población. Y, segundo, que se realice fomentando los valores democráticos y los derechos humanos.²⁰

Sin embargo, no puede dejar de mencionarse que en las antípodas de esta pretensión democrática se encuentra el caso de la educación en los sistemas totalitarios. Pongamos como ejemplo, los más notorios del siglo pasado: los regímenes fascistas y los sistemas comunistas. Tanto en la Alemania nazi como en los países comunistas, la educación en las escuelas fue utilizada como un arma poderosa para inculcar a las nuevas generaciones la visión política del régimen, incluyendo el culto hacia el líder y al partido oficial.²¹ No es necesario insistir aquí en los resultados de esos experimentos. Lo que sí interesa destacar es la importancia que tiene en la mente y el comportamiento de los niños y los jóvenes lo que se enseña en las escuelas y la forma en que se hace. También es importante señalar que este tipo de educación no se llevaba a cabo ni siguiendo ni promoviendo los derechos humanos; por el contrario, tanto la democracia como los derechos humanos se eliminaban de la ecuación.

En este punto vale cuestionarse si la inculcación de valores democráticos acaso no representa también un proceso de adoctrinamiento similar al que tuvo lugar en los sistemas totalitarios. En relación a esta cuestión es importante hacer notar la relación que se establece entre la democracia y la ciencia. De hecho, es importante señalar que en el artículo 3º constitucional se hace esta correlación según se puede apreciar en los fragmentos que se transcribieron líneas arriba. De acuerdo con este numeral, el criterio que orientará la educación será el del progreso científico. Si se sigue esta directriz se excluye de antemano el adoctrinamiento. En este sentido, es importante hacer notar que justamente los regímenes totalitarios llegaron a distorsionar el conocimiento científico para justificar la superioridad de una raza o de un sistema político. Esto no sólo en cuestiones relacionadas a la historia y las ciencias sociales —disciplinas que de suyo son susceptibles a los sesgos ideológicos—, sino incluso en relación a ciencias como la biología o la medicina.

Hacer que los contenidos educativos se ajusten a los progresos de la ciencia es, por sí mismo, una forma de contribuir a que la educación sea democrática. Pero existe otra correlación no tan obvia, pero igual de importante, y es que el método científico presupone la exclusión de toda forma de dogmatismo. El conocimiento científico, siguiendo a Popper,²² exige la posibilidad de ser falsado; en otras palabras, el conocimiento científico no es dogmático. Esta actitud de apertura al cambio y de rechazo al dogmatismo es también parte de la esencia de la ética democrática.

²⁰ Como se ha hecho notar líneas arriba, este es el objetivo del artículo 3º constitucional en su tercer párrafo; así como en el inciso a de la fracción II.

²¹ Arendt, Hannah, *Los orígenes del totalitarismo*, Madrid, Taurus, 1998.

²² Popper, Karl, *Conjeturas y refutaciones. El desarrollo del conocimiento científico*, Barcelona, Paidós, 2008.

VII. Educación y democracia en la realidad mexicana

Ya se dijo más arriba que el principio democrático, expresado desde la perspectiva adoptada por el artículo 3º constitucional, exige que se mire el reconocimiento de derechos no sólo como la celebración de elecciones regulares realizadas bajo condiciones de libertad ni como la institucionalización jurídica de un régimen político; sino, exige también que se mire a la democracia como la realización de unas determinadas circunstancias sociales y económicas que favorezcan el ejercicio de derechos. En el caso mexicano las dos primeras condiciones parecen haberse conseguido en el transcurso de las últimas décadas, no obstante, la tercera sigue siendo la debilidad más obvia de la democracia mexicana.

La educación para la democracia exige condiciones económicas adecuadas, no sólo para el Estado como sistema macroeconómico, sino también para los individuos; entendiendo que la democracia sustancial implica el ejercicio de derechos civiles, políticos, económicos y sociales. En otras palabras, la calidad de las democracias tiende a mejorar en un entorno de prosperidad económica, y los individuos ejercen mejor su ciudadanía únicamente cuando obtienen ciertos niveles de bienestar personal. Esta correlación también se ha comprobado de forma empírica.²³

Desafortunadamente esta aseveración explica por sí misma la baja calidad de la democracia en los países latinoamericanos, incluido México. En un estudio sobre las democracias latinoamericanas elaborado por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD),²⁴ el cual tiene por objeto entender y medir los avances democráticos en América Latina, se ofrece un balance ambiguo. De entrada, hay que decir que el estudio no sólo mide la democracia formal, sino también la democracia sustantiva. Así, lo primero que se debe señalar es que, salvo casos especiales, las elecciones periódicas celebradas con un grado aceptable de credibilidad y garantías ya son una regla en la región. De igual modo, por un lado, Latinoamérica se ha visto inmersa en un largo periodo de estabilidad política y crecimiento económico; aunque, por el otro, la pobreza sigue siendo un lastre, junto a los altos índices delincuenciales y la ausencia de Estado de derecho. Esta situación hace que la región se encuentre entre las más violentas del mundo, aun por encima de países que formalmente están en guerra. De manera que, de acuerdo con este estudio, a poco más de dos décadas de iniciado el proceso democratizador en la región, se mantiene entre la población un cierto aire de pesimismo sobre los resultados obtenidos. En otras palabras, la gente en América Latina desconfía de la democracia.

También, en México la pobreza y la desigualdad resultan ser un problema estructural que no ha logrado ser erradicado. En la actualidad, de acuerdo con las estimaciones

²³ Guevara Niebla, *op. cit.*

²⁴ PNUD, *Las democracias en América Latina. Hacia una democracia de ciudadanas y ciudadanos*, Buenos Aires, PNUD, 2004. Los resultados obtenidos en este estudio inicial sobre la calidad de las democracias en América Latina de algún modo se han mantenido en el mismo tono de pesimismo en algunos otros estudios subsecuentes. Así, por ejemplo, en el Latinobarómetro de 2018 se sostiene que el clima de descontento en contra de la democracia, observado en las dos últimas décadas, ha hecho posible el ascenso al poder de personajes carismáticos autoritarios, tanto de derecha como de izquierda. *Cfr.* también Lagos, Marta, Annus, *El fin de la tercera ola de las democracias*, anexo al reporte Latinobarómetro, 2018.

de CONEVAL, alrededor del 50% de la población mexicana sufre algún grado de pobreza; mientras que alrededor del 12% vive en pobreza extrema, condición que equivale a decir que una persona o familia no es capaz de satisfacer sus necesidades alimentarias de forma adecuada.²⁵ La pobreza, en cualquiera de sus dimensiones, implica situaciones como la falta de acceso a servicios básicos en los hogares, la no disposición de servicios de salud en las comunidades, el trabajo infantil, así como altos índices de analfabetismo y deserción escolar. De esta manera se establece un círculo vicioso en el que la pobreza es condicionante de la falta de educación y viceversa.

Paradójicamente, en el transcurso de las dos últimas décadas, México se ha mostrado como pionero y ejemplo internacional en la instrumentación de programas focalizados destinados a combatir la pobreza, en particular la pobreza extrema. Estos programas promueven la generación de capacidades en las nuevas generaciones, especialmente las ligadas a la nutrición, la salud y la educación, para que en un futuro aumenten sus posibilidades de insertarse de forma exitosa en el mercado laboral, coadyuvando así en la superación del ciclo intergeneracional de pobreza. En estos programas los beneficiarios recibían de forma periódica una cierta cantidad económica, a cambio de demostrar que los niños asistían a las escuelas y que toda la familia acudía a las citas médicas programadas para tal efecto.²⁶

Como resultado, los programas de transferencias monetarias condicionadas han sido exitosos en abatir los índices de desnutrición y en aumentar los porcentajes de escolaridad entre la población vulnerable; asimismo, tienden a mejorar el estado de salud de la población beneficiaria. Sin embargo, la evidencia demuestra que, pese a estos avances, el objetivo final, abatir los niveles de pobreza, simplemente no se ha logrado alcanzar. En el periodo en el que han funcionado este tipo de programas, los porcentajes de pobreza no han disminuido, e incluso en algunos años han aumentado.²⁷ El nuevo gobierno federal a cargo de Andrés Manuel López Obrador ha eliminado los programas de transferencia monetaria, concentrando la inversión en el otorgamiento de becas a jóvenes que realizan estudios a todos los niveles, o que se encuentran en capacitación para el trabajo. Aún es demasiado pronto para evaluar el impacto que tendrán estos nuevos programas; sin embargo, es importante mantener mecanismos objetivos y permanentes de evaluación que proporcionen a la sociedad, a la academia y al propio gobierno, los elementos pertinentes de valoración. En ese sentido, más allá del discurso oficialista, lo

²⁵ Datos disponibles en: <https://www.coneval.org.mx/Medicion/Paginas/PobrezaInicio.aspx>.

²⁶ Los programas de transferencias monetarias condicionadas comenzaron a operarse bajo la denominación de PROGRESA en la administración de Ernesto Zedillo Ponce de León y su principal diseñador fue Santiago Levy. *Cfr.* Levy, Santiago y Rodríguez Eveline, *Sin herencia de pobreza. El programa Progres-Oportunidades en México*, Ciudad de México, Banco Interamericano de Desarrollo, 2005. Posteriormente, durante las administraciones de Vicente Fox y Felipe Calderón el programa conservó la estructura y diseño, aun cuando se le adicionaron algunos componentes, pero se le cambió de nombre a OPORTUNIDADES. Por su parte Enrique Peña Nieto lo conservó bajo el nombre de PROSPERA, adoptando los mismos principios, pero aún más amplio en cuanto a componentes de apoyo y de cobertura. Lo cierto es que, en los 25 años de cobertura del programa, los datos de la instancia oficial de evaluación de la pobreza (el CONEVAL) demuestran que no se han logrado abatir los índices de pobreza. *Cfr.* Navarro, María Fernanda, “El paradigma de desarrollo social fracasó”, *Forbes*, 28 de diciembre de 2017.

²⁷ Hevia, Felipe, “Los riesgos de los programas de transferencias condicionadas y la construcción de ciudadanía: el caso del programa-opportunidades”, *Revista Reflexión Política*, Bucaramanga, vol. 18, núm. 35, junio de 2016, pp. 28-41.

cierto es que los programas de transferencia económica proporcionaron la información necesaria para realizar este ejercicio crítico. Por el momento, lo cierto es que, al día de hoy, no parece que se estén sentando las bases para lograr una lucha efectiva en contra de la pobreza y la desigualdad. Lo que se intenta decir aquí es que, si como han demostrado los estudios relativos, tanto la educación democrática como el mantenimiento del propio régimen democrático requieren condiciones económicas adecuadas, entonces, lo cierto es que México corre un alto riesgo de no lograr la primera ni mantener el segundo.²⁸

VIII. Consideraciones finales

La educación y la democracia, entendidas como se establece en el artículo 3° constitucional, representan ejemplos de lo que comúnmente se conoce como derechos humanos de segunda generación o derechos económico sociales. Representan también un buen ejemplo de que es dentro de la práctica del ejercicio de derechos donde cobra significado el mandato constitucional de entender a los derechos fundamentales como indivisibles e interdependientes, ya que justamente la educación *en y para* la democracia es una de las condiciones necesarias para el mejor ejercicio de todos los demás derechos, incluyendo los derechos civiles y políticos.

Esta ligazón de derechos que se hace desde el artículo 3° constitucional representa también un claro recordatorio de que no basta con el reconocimiento jurídico de un derecho, aun cuando sea planteado en la propia Constitución. La educación en democracia es (debería ser) ante todo, una práctica que exige que se adopten determinadas acciones y, se espera, contribuya a fortalecer un estado de cosas, en este caso, el sistema democrático.

La democracia, tal como está entendida en el tercer numeral de nuestra carta magna, no es sólo un mecanismo para elegir dirigentes políticos: es un sistema de vida; es decir, exige plena responsabilidad de la sociedad entera en la construcción de un sistema educativo democrático. Desde este punto de vista no es nada más una cuestión del Estado o de los docentes, por mucho que estos sean los actores principales. Mientras no entiendan esto ni la sociedad ni los actores tradicionales, es muy complicado que pueda tomar realidad plena el dictado constitucional.

²⁸ En la reforma constitucional publicada el 15 de mayo de 2019, misma a la que se ha hecho alusión a lo largo de este trabajo, en los artículos transitorios se establecieron algunas disposiciones relativas a los recursos económicos de los cuales se dispondrá para instrumentar la conocida de forma popular como “contra-reforma educativa”. En ese sentido, en el décimo cuarto transitorio se expresa que en las leyes secundarias se dispondrá la implementación gradual de la reforma y que el Congreso de la Unión dispondrá anualmente de los recursos necesarios en los correspondientes presupuestos de egresos; de igual modo, en el décimo cuarto quinto se dispone que tanto la Federación, las entidades y los municipios proveerán los recursos presupuestarios que sean necesarios para cumplimentar la obligatoriedad de la educación superior. Como se puede observar, estas disposiciones se refieren a la implementación de la reforma constitucional en comento y no a la instrumentación de políticas públicas de combate a la pobreza. Por esta razón, se debe hacer énfasis en la necesidad de construir políticas públicas con un enfoque integral de derechos humanos; en donde no se disocian los objetivos de la política social.

XI. Bibliografía

- ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ALEXY, Robert, “Sobre los derechos sociales a protección”, *Derechos sociales y ponderación*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.
- ARAGÓN, Manuel, *Constitución democracia y control*, Ciudad de México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002.
- ARENDT, Hannah, *Los orígenes del totalitarismo*, Madrid, Taurus, 1998.
- ATIENZA, Manuel, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Ciudad de México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.
- DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Planeta-Agostini, 1993.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías: la ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2004.
- GUEVARA NIEBLA, Gilberto, *Democracia y educación*, Cuadernos de Divulgación de la Cultura Democrática, Ciudad de México, Instituto Nacional Electoral, 2016.
- HART, H. L. A., *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2009.
- HEVIA, Felipe, “Los riesgos de los programas de transferencias condicionadas y la construcción de ciudadanía: el caso del programa Progres-Oportunidades”, *Reflexión Política*, Bucaramanga, vol. 18, núm. 35, junio 2016.
- LAGOS, Marta, Annus, “El fin de la tercera ola de las democracias”, *Reporte Latinobarómetro 2018*, Santiago de Chile, 2018.
- LATINOBARÓMETRO, *Informe 2018*, Santiago de Chile, Corporación Latinobarómetro, 2018.
- LEVY, Santiago y Rodríguez, Eveline, *Sin herencia de pobreza. El programa Progres-Oportunidades en México*, Ciudad de México, Banco Interamericano de Desarrollo, 2005.
- MARSHALL, Thomas, *Ciudadanía y clase social*, Madrid, Alianza Editorial, 1998.
- NAVARRO, María Fernanda, “El paradigma de desarrollo social fracasó”, *Forbes*, 28 de diciembre de 2017.
- PNUD, *Las democracias en América Latina. Hacia una democracia de ciudadanas y ciudadanos*, Buenos Aires, PNUD, 2004.
- POPPER, Karl, *Conjeturas y refutaciones. El desarrollo del conocimiento científico*, Barcelona, Paidós, 2008.
- SANTILLÁN FERNÁNDEZ, José F., *La democracia como forma de gobierno*, Ciudad de México, Instituto Nacional Electoral, 2016, Cuadernos de Divulgación de la Cultura Democrática, núm. 3.
- VASAK, Karel, *Human Rights: A Thirty Year Struggle the Sustained Efforts to Give Force of Law to the Universal Declaration of Human Rights*, París, UNESCO, 1979.

RESEÑA

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

César Enrique Olmedo Piña*

*Hay decisiones constitucionales que no pueden tener
al consenso como razón de ser.¹*

JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ

En mayo de 2019 el sello editorial Debate, perteneciente al grupo Penguin Random House, publicó el libro *Voto en contra* del ministro en retiro José Ramón Cossío Díaz, quien dejó su cargo el 30 de noviembre de 2018, tras haber cumplido el plazo constitucional de 15 años en el máximo tribunal del país.

El ministro Cossío llegó a la Suprema Corte el 1 de diciembre de 2003 en sustitución del ministro José Vicente Aguinaco Alemán, y la conclusión de su encargo fue motivo, entre otros reconocimientos y aplausos, de la obra a la cual remitimos para que el lector curioso —si es que aún no está familiarizado con la trayectoria del ministro— pueda adentrarse, a través de los diversos artículos ahí compilados, en los rasgos intelectuales de este original y gran personaje del constitucionalismo mexicano.

Voto en contra es un texto breve, ameno y de muy sugerente portada pues en ella aparecen ocho peces acomodados en dos hileras de cuatro integrantes cada una, con todos los peces mirando a la derecha y de color negro, excepto uno que está en la segunda columna, segunda fila, y que por el contrario está mirando a la izquierda, contrastando por completo con sentido de los otros peces. Más allá de estar en color rojo y no ne-

* Socio del despacho Ignacio Burgoa Orihuela y profesor de Amparo en la Universidad Iberoamericana, Ciudad de México.

¹ Cossío Díaz José Ramón, *Voto en contra*, Debate, México, 2019, p. 41.

gro como los demás, esta imagen, en sí misma, refleja por mucho lo que el lector va a encontrar en la obra, y desvela en alguna medida una de las características —junto con la reivindicación del papel de la ciencia con respecto al derecho— que marcó el trabajo del ministro Cossío en el alto tribunal: votar en contra.

El voto de los ministros constituye la expresión de su voluntad para estar de acuerdo con el sentido de un fallo cualquiera, de los miles y miles que resuelven cada año. Pero también el voto es, al final, la única herramienta que le queda al propio ministro para estar en desacuerdo y dejar asentadas algunas razones que pudieran servir en el futuro como *ratio decidendi* de esos mismos problemas jurídicos, si las circunstancias cambian.

Si bien, sobre los tipos de votos no se ha estudiado ni escrito mucho, baste anotar aquí que el voto en contra es, como su nombre indica, un voto que no está de acuerdo ni con el sentido de la sentencia ni con las consideraciones que la soportan.

La obra recopila los principales puntos de vista del ministro sobre algunos juicios que —a consideración de su autor— marcaron un debate intenso en el Pleno de la Corte y con los cuales no siempre estuvo de acuerdo, estableciendo así una diferencia respecto del sentido adoptado por la mayoría de la Corte. Esa mayoría que vuelve una y otra vez sobre nosotros cuando no compartimos las opiniones por ella sostenida. Una mayoría que puede por momentos ir contra el sentido común, o que, al menos, su oposición a nosotros nos resta “tranquilidad emocional”. Así lo deja ver en estas líneas el autor: “En ocasiones existen dudas acerca de lo que se piensa frente a lo que todos o muchos ven con claridad y sostienen con convicción. En ocasiones, aquello que se quiere sostener no termina por conformarse intelectualmente, ni proporciona tranquilidad emocional”.²

Estas palabras recuerdan vivamente aquellos debates sostenidos hace más de 2 mil años por Sócrates y Calicles en el *Gorgias*, cuando el primero le advertía a este último sobre no dejarse llevar por la opinión mayoritaria:

Calicles: No sé cómo, pero a veces me parece que razones bien, Sócrates, aconteciéndome, sin embargo, lo que a tantos otros les sucede: que no me quedo plenamente convencido.

Sócrates: Es el apego a la mentalidad común del pueblo, arraigado en tu alma, lo que supone un obstáculo a mi razonamiento.³

Al curso de dos milenios esa tesis sigue teniendo eco en nuestras sociedades y sus instituciones públicas: no por el hecho de que muchos consideren una cuestión como correcta de acuerdo con un estándar —en este caso el estándar es la Constitución— quiere decir que esa opción sea la correcta.

Dicho de otro modo, no por el hecho de que todos los ministros del Pleno voten en un sentido para resolver una cuestión de derecho, quiere decir que la están resolviendo correctamente. Tal fue como sucedió con la famosa y ya muy discutida contradicción

² *Idem*, p. 13.

³ Platón, *Gorgias*, 513c, Madrid, Gredos, 2018, pp. 381 y 382.

de tesis 293/2011 resuelta por el pleno el 3 de septiembre de 2013, en la cual, como se sabe, debía establecerse, por un lado, (i) la posición jerárquica de las normas de fuente internacional que contuvieran derechos humanos, y, por otro lado, (ii) la vinculatoriedad de las sentencias de la Corte Interamericana para el Estado mexicano, aun cuando éste no haya sido parte del litigio internacional.

Luego de una azarosa discusión en la que el proyecto original fue cambiando y del que se han escrito bastantes letras,⁴ todos los ministros votaron a favor del proyecto construido en consenso, excepto uno de ellos: el ministro Cossío. ¿Las razones?, con todo y que son conocidas en el foro, así como en los distintos votos que cada ministro hizo, el lector podrá encontrarlas en las páginas de esta obra, en las que, además, el ministro en retiro expone con su habitual claridad y amplitud aspectos no siempre visibles en las sesiones, pues nos deja ver un lado más personal de la argumentación.

En el caso concreto de la contradicción mencionada, las razones del voto en contra son esencialmente las que apuntan a subrayar la problemática de introducir una regla de excepción a la aplicación de los derechos reconocidos en fuentes internacionales: la excepción es que prevalecerán sobre ellos las restricciones expresas en la Constitución.

El mismo ejercicio se hace con el amparo que se otorgó a favor del consumo lúdico del cannabis, con el amparo negado a unos indígenas, con temas relacionados con la geolocalización y los alcances de la privacidad, la desaparición forzada, la libertad de expresión, los símbolos patrios, las fuerzas armadas y el virus de inmunodeficiencia humana o la restitución internacional de menores. Temas todos ellos que en su momento —y algunos todavía hoy— ocuparon fuertemente la atención de la academia, los medios de comunicación y algunos sectores de la sociedad. Temas, como el ministro lo indica al inicio del libro, que no proporcionan tranquilidad emocional. Y es que no puede ser de otra manera cuando lo que vas a resolver tiene un impacto tal que toda la población deberá acatarlo. O dicho en términos jurídicos, se genera una obligación constitucional a través de jurisprudencia para todos los sujetos encontrados en la hipótesis normativa resuelta.

Por ello, el libro tiene un valor, además de informativo, de mejor comprensión de la función que tiene un juez constitucional en la relación con sus demás compañeros. Es decir, no en relación con la ciudadanía o con el Estado de derecho en su conjunto —que, si bien son compromisos y responsabilidades ineludibles, no por ello es lo más visible en los procesos de deliberación jurisdiccional—, sino en la relación que se tiene *o se debe* tener hacia el interior de la Corte con los demás ministros.

De hecho, sobre este mismo punto hay unas palabras en la introducción del texto que me sirven quizá de crítica al mismo. Señala el ministro: “...definir cuándo y cómo hablar en las sesiones, fue todo un reto”.⁵ Nada más intrigante y al mismo tiempo interesante en las sesiones del Pleno que este comentario. Un reto, ¿de qué tamaño?, ¿qué decir cuando se opina radicalmente diferente?, ¿cómo decir amablemente que no se está

⁴ Zaldívar Lelo de Larrea Arturo, “Bloque de constitucionalidad, contradicción de tesis 293/2011”, en Tafoya, Guadalupe (coord.), *Elementos para el estudio del juicio de amparo*, México, SCJN, 2017, pp. 71 y ss.

⁵ Cossío Díaz José Ramón, *op. cit.*, p. 12.

de acuerdo con otro contemporáneo? No podemos obviar que la naturaleza humana, al menos desde la brillante descripción de Hobbes en el capítulo XIII del *Leviatán*,⁶ está fuertemente marcada por la vanidad y la competencia. En el mejor de los casos, ¿cómo decirle a otro compañero que lo que está diciendo es un verdadero dislate? Porque vaya que sucede, y vaya que no por el hecho de estar envueltos en una toga se tiene siempre lucidez constitucional.

Pero sobre estas cuestiones el ministro no abunda mucho, y esto es quizá lo que nos queda a deber tan amena obra. Hay un sinfín de factores que influyen en el proceso de deliberación del Pleno, de los que quienes observamos como académicos o postulantes, sencillamente no podemos saber, y quizá ni siquiera imaginar. El pensamiento de un jurista constitucional, como todo pensamiento humano, tiene lugares insospechados y muchas veces reservados a la sola intimidad, pero que, de cara a una función tan importante, como lo es la jurisdicción constitucional, es necesario transparentarlos hasta donde la diplomacia y la técnica propia del derecho lo permitan.

Como quiera que sea, la obra también es una herramienta útil para estudiantes, abogados y profesores porque narra los juicios de una forma breve y bastante entendible, sin los formalismos propios de aquellos libros donde se hace una narrativa de casos y sentencias.

Cierto es que la educación jurídica debe conectar lo más que pueda con los aspectos prácticos del derecho, y una forma de hacerlo es precisamente a través del estudio de sentencias. En esta obra se hace un repaso de esas grandes sentencias, pero con una mirada crítica, con una mirada que muestra la razón del disenso o de lo que pudo haber faltado y, por la razón que sea, no fue dicho o incorporado en la discusión.

Por eso, la mejor forma de terminar esta reseña es invitar a la lectura del texto y entregar una frase que igualmente sirve para comprender y profundizar el papel de la crítica, y sobre todo la crítica hecha desde dentro, que el propio ministro hiciera siempre con valentía e integridad: “En los tiempos que corren es de la mayor importancia pensar por uno mismo, dar razones y tener la capacidad de sostenerlas abiertamente y en público”.⁷

⁶ Hobbes, *Leviatán*, México, Fondo de Cultura Económica, 2017.

⁷ Cossío Díaz José Ramón, *op. cit.*, p. 15.



ISSN: 2594-2654 No.06



9772594265066