

e-ISSN: 2594-1879

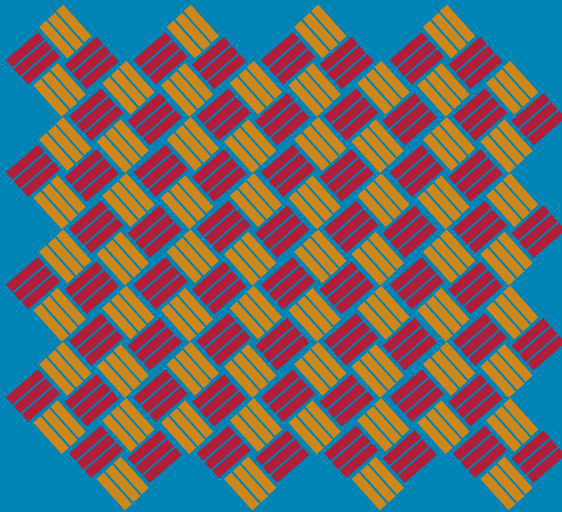
<http://revistas.anahuac.mx/iuristantum>



Facultad  
de Derecho

# IURIS TANTUM

Revista del Instituto de Investigaciones Jurídicas



40

Aniversario  
1982-2022



Universidad Anáhuac México

MÉXICO AÑO XXXVI QUINTA ÉPOCA NÚMERO 36 2022

# IURIS TANTUM

2022

*Iuris Tantum*, Año XXXVI, Quinta época, núm. 36, julio-diciembre de 2022, es una publicación semestral editada por Investigaciones y Estudios Superiores S.C. (conocida como Universidad Anáhuac México), a través del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho, Av. Universidad Anáhuac núm. 46, Col. Lomas Anáhuac, Huixquilucan, Estado de México, C.P. 52786. Tel.: 55 5628 88 00, ext. 104. <https://www.anahuac.mx/mexico/> Editor responsable: Carlos de Jesús Becerril Hernández.

Reserva de Derechos al Uso Exclusivo: 04-2022-080416584700-102 e ISSN electrónico: 2594-1879, ambos otorgados por el Instituto Nacional del Derecho de Autor.

Responsable de la última actualización de este número, Facultad de Derecho, Carlos de Jesús Becerril Hernández. Av. Universidad Anáhuac núm. 46, Colonia Lomas Anáhuac, C.P. 52786, Huixquilucan, Estado de México. Tel.: 55 5628 8800, ext. 104. Fecha de la última modificación: 1 de diciembre de 2022.

El contenido de los artículos es total responsabilidad de los autores y no refleja el punto de vista del Editor ni de la Universidad Anáhuac México.

Se autoriza la reproducción total o parcial de los textos aquí publicados siempre y cuando se cite la fuente completa y la dirección electrónica de la publicación.

Todo el contenido intelectual que se encuentra en la presente publicación periódica se licencia al público consumidor bajo la figura de Creative Commons®, salvo que el autor de dicho contenido hubiere pactado en contrario o limitado dicha facultad a “*Iuris Tantum*®” o “Universidad Anáhuac México®” por escrito y expresamente.

*Iuris Tantum* se distribuye bajo una Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional.



**UNIVERSIDAD ANÁHUAC MÉXICO**

**Dr. Cipriano Sánchez García, L.C.**

RECTOR

**Dra. Lorena Rosalba Martínez Verduzco**

**Mtro. Jorge Miguel Fabre Mendoza**

VICERRECTORES ACADÉMICOS

**Dr. Jose Pozón López**

DIRECTOR DE INVESTIGACIÓN

**Mtra. Alma E. Cázares Ruiz**

COORDINADORA DE PUBLICACIONES  
ACADÉMICAS

**FACULTAD DE DERECHO**

**Dr. Alfredo Dagdug Kalife**

DIRECTOR

**Dr. José Antonio Núñez Ochoa**

DIRECTOR DEL INSTITUTO DE INVESTIGACIONES  
JURÍDICAS

## **EQUIPO EDITORIAL**

### **EDITOR**

**Dr. Carlos de Jesús Becerril Hernández**

Universidad Anáhuac México

### **CONSEJO ASESOR**

**Dr. Manuel Alcántara Sáenz**

Universidad de Salamanca, España

**Dr. Ricardo Alonso García**

Universidad Complutense de Madrid, España

**Dr. Adrián Bonilla Soria**

Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, Ecuador

**Dra. Esther del Campo García**

Universidad Complutense de Madrid, España

**Dr. Raúl Canosa Usera**

Universidad Complutense de Madrid, España

**Dr. José Ramón Cossío Díaz**

El Colegio Nacional, México

**Dr. Horts Dippel**

Universidad de Kassel, Alemania

**Dr. Alfonso Fernández Miranda Campoamor**

Universidad Complutense de Madrid, España

**Dr. Sergio García Ramírez**

Universidad Nacional Autónoma de México, México

**Dr. Raffaele de Giorgi**

Universidad de Salento, Italia

**Dra. María del Refugio González**  
División de Estudios Jurídicos, CIDE, México

**Dra. Marta Lorente**  
Universidad Autónoma de Madrid, España

**Dr. Salvador Martí i Puig**  
Universitat de Girona, España

**Dr. Lucio Pegoraro**  
Universidad de Bolonia, Italia

**Dr. Bernardo Pérez Fernández del Castillo**  
Notaría Pública Número 23

**Dr. José Francisco Sánchez López**  
Universidad de Salamanca, España

**Dr. Diego Valadés Ríos**  
Universidad Nacional Autónoma de México, México

## **COMITÉ EDITORIAL**

**Dra. Ma. Magdalena Alcocer Vega**  
Universidad Anáhuac México, México

**Dra. Araceli Almaraz Alvarado**  
El Colegio de la Frontera Norte, México

**Dr. Gustavo del Ángel Mobarak**  
División de Economía, CIDE, México

**Dr. Luis Fernando Ávila Salcedo**  
Universidad Anáhuac México, México

**Dra. Leticia Bonifaz Alfonso**  
Universidad Nacional Autónoma de México, México

**Dr. Santiago Botero Gómez**

Universidad Anáhuac México, México

**Dr. Luis Carranza Figón**

Universidad Anáhuac México, México

**Dr. José María Coello de Portugal**

Universidad Complutense de Madrid, España

**Dra. María Guadalupe Fernández Ruíz**

Universidad Nacional Autónoma de México, México

**Dra. Viviana Kluger**

Universidad de Buenos Aires, Argentina

**Dr. Javier Espinoza de los Monteros Sánchez**

Universidad Anáhuac México, México

**Dr. Rafael Estrada Michel**

Tiempo de Derechos, México

**Dr. Luis Jáuregui**

Instituto de Investigaciones Dr. José María Luis Mora, México

**Dra. Carolina León Bastos**

Universidad Anáhuac México, México

**Dr. Pablo Mijangos**

División de Historia, CIDE, México

**Dra. María del Ángel Molina Armenta**

Universidad Nacional Autónoma de México, México

**Magistrada Dra. Mariana Moranchel Pocaterra**

Tribunal de Justicia Administrativa de la Ciudad de México, México

**Dr. José Antonio Núñez Ochoa**

Universidad Anáhuac México, México

**Dra. Ana Brisa Oropeza Chávez**

Universidad Anáhuac Veracruz, México

**Dr. Carlos Ortiz Solalinde**

Universidad Anáhuac México, México

**Dr. José Félix Palomino Manchego**

Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú

**Dra. Camila Perochena**

Universidad Torcuato Di Tella, Argentina

**Dr. Ítalo Andrés Reyes Romero**

Universidad Anáhuac México, México

**Dra. Iliana Marcela Quintanar Zárate**

División de Historia, CIDE, México

**Dra. Eréndira Salgado Ledesma**

Universidad Anáhuac México, México

**Magistrado Camilo Suárez Aldana**

Jurisdicción Especial para la Paz, Colombia

**Dra. Maria Elizabeth Teixeira Guimaraes Rocha**

Superior Tribunal Militar, Brasil

**Dr. Luis Villalobos García**

Universidad Anáhuac México, México

**Dra. Sughei Villa Sánchez**

Universidad Anáhuac México, México

**Dr. Víctor Alejandro Wong Meraz**

Universidad Autónoma del Estado de México, México

## **ASISTENTES EDITORIALES**

**Mtra. Julieta Becerril Romero**

**Mtro. Agustín Ramírez Ramírez**



## CONTENIDO

### ARTÍCULOS

Iuris Tantum. 40 años de conocimiento jurídico . . . . .	12
Carlos de Jesús Becerril Hernández Universidad Anáhuac México, Facultad de Derecho, México	
El papel fiscalizador de la oposición política parlamentaria en los estados de excepcionalidad mexicanos. . . . .	16
<i>The controller role of the parliamentary political opposition in the mexican states of exceptionality</i> Manuel Cabanas Veiga Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México	
Presupuestos participativos: democracia en el combate a la corrupción. . . . .	41
<i>Participative budget: democracy against corruption</i> Alejandro Domínguez López Velarde Universidad de Castilla-La Mancha, España	
¿Cuál debería ser el futuro de las tarjetas de crédito con recompensas de puntos? . . . . .	64
<i>What is in the Cards for Credit Card Rewards?</i> Jason Kim University of Houston Law Center, Estados Unidos	

Seguridad alimentaria como derecho humano. Alcances  
y limitaciones ..... 105

*Food Security as a Human Right. Achieves and limitations*

Roberto Carlos Leal García

Academia de Formación y Desarrollo Policial Puebla,  
Iniciativa Mérida General “Ignacio Zaragoza”, México

El *wicked problem* de la migración: narrativas y diseños de la política  
migratoria en Estados Unidos, 1990-2020 ..... 144

*The wicked problem of migration: Narratives and designs  
of immigration policy in the United States 1990-2020*

Sughei Villa Sánchez

Universidad Anáhuac México, Facultad de Derecho, México

## **RESOLUCIONES Y CRITERIOS JURISDICCIONALES RELEVANTES**

Tema: Personas trabajadoras del hogar

La evolución de los criterios jurisdiccionales sobre las personas  
trabajadoras del hogar..... 174

Carlos Ferran Martínez Carrillo

José Alberto Sánchez Medina

Zaret Juleyma Valencia Martínez

Ferrán Martínez, Abogados, México

## **RESEÑAS**

Panorama actual del derecho fiscal internacional..... 185

Bertha Graciela Pompa García

Pueblita Abogados, México

Derechos humanos y política en México. La reforma constitucional  
de 2011 en perspectiva histórica ..... 193

Carolina León Bastos

Universidad Anáhuac México, Facultad de Derecho, México

Los derechos fundamentales laborales .....	199
Sofía Gómez Bautista	
Creel Abogados, México	
Ordenanzas de Carlos III. Estudio introductorio y colección.....	202
Rodrigo Gordo de la Huerta	
Instituto de Investigaciones Dr. José María Luis Mora, México	

## **ARTÍCULOS**

## *Juris Tantum* 40 años de conocimiento jurídico

CARLOS DE JESÚS BECERRIL HERNÁNDEZ\*  
Facultad de Derecho, Universidad Anáhuac México  
[carlos.becerrilh@anahuac.mx](mailto:carlos.becerrilh@anahuac.mx)  
<https://orcid.org/0000-0003-3423-6452>

<https://doi.org/10.36105/iut.2022n36.01>

Como gracias a la Divina Providencia, ya no se busca la resolución de nuestras cuestiones políticas en el terreno vedado de las armas, sino en el de la razón y de la ley, está sucediendo que día a día se hace más indispensable profundizar el estudio de nuestro derecho constitucional.

Montiel Duarte, Isidro Antonio, *Derecho público mexicano*, México, Imprenta del Gobierno en Palacio, 1871, t. I, p. I.

En el verano de 1982, la Universidad Anáhuac publicó el número I, del año I, de la *Revista de la Escuela de Derecho*. En 1986 dicha publicación dio paso a *Juris Tantum*, que tengo el honor de editar. Es difícil ignorar que detrás de este nombre existen, casi cabalísticamente, 36 números, distribuidos en 36 volúmenes, que agrupan a un sinnúmero de textos de los más diversos autores, que van desde investigadores de profesión, pasando por estudiantes de la Facultad de Derecho, hasta por expresidentes de la República mexicana. Tanta responsabilidad suele abrumar, sobre todo a quien desde hace un año exactamente tomó las riendas como su editor, pues la publicación tiene más edad que un servidor.

---

\* Profesor investigador, editor de la revista *Juris Tantum*, miembro del Sistema Nacional de Investigadores, nivel I, tesorero de la Asociación Mexicana de Historia Económica (AMHE) y coordinador del Seminario Interinstitucional de Historia Económica (SIHE).

Cuarenta años que pueden dividirse en cuatro períodos: a) 1982-1986, etapa de formación, es aquí cuando las colaboraciones de nuestros profesores y alumnos van más allá de lo editorial, llegando incluso a ser financiada por la comunidad académica; b) 1986-2018, etapa de formalización, fue en este momento cuando obtuvimos nuestro registro ISSN 2007-0500, convirtiéndonos en una publicación con relevancia e impacto dentro del mundo jurídico. No hay nada más constante que el cambio. En 2016, la Universidad Anáhuac del Sur se fusionó con la del Norte, dando paso a la Universidad Anáhuac México. Lo anterior representó un tiempo de acomodados, de reestructuración y, sobre todo, de aprendizaje. Nuestra revista pasó a ser bicampus, en adelante, quedaría abierta a las colaboraciones de los colegas de ambas sedes; c) 2018-2021, la era digital llegó para quedarse en todos los sentidos de la vida humana, las revistas académicas no podían ser la excepción, pues lo virtual nos asegura un mayor control y conocimiento preciso tanto del impacto de nuestros textos como del número de descargas. En 2018 obtuvimos nuestro ISSN electrónico 2594-1879; se agregó también a los directorios *VLex* (Información jurídica inteligente) y *Latindex* (Sistema Regional de Información en Línea para Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal).

Finalmente, a partir de mayo de 2021, se me concedió la responsabilidad de su edición. El reto era conservar el prestigio de una publicación de tan larga duración, así como lograr su modernización y mantener su vigencia. Agradezco al Dr. Alfredo Dagdug Kalife por haberme dado la libertad para reestructurarla, “cambiar permaneciendo”.

A partir del volumen 35, número 33, enero-junio, 2021, a mi cargo, la publicación se divide en: a) *artículos*, que se gestionan directamente por el sistema OJS, obteniendo así un dictamen doble ciego que asegura la calidad de los textos publicados; b) *resoluciones y criterios jurisprudenciales relevantes*, en cuya sección diversos litigantes y expertos en áreas más procesales que teóricas pueden comentar sobre la actividad de cualquier rama del derecho bajo un estricto análisis jurídico del contenido de algunos casos de importancia dentro de la comunidad jurídica; y, c) *reseñas*, donde se pueden emitir opiniones fundadas y motivadas sobre las obras jurídicas más recientes. Al mismo tiempo, comenzamos una campaña para reforzar al equipo editorial de la revista, sumando a su comité a investigadores de reconocido renombre de diversas instituciones tales como el Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE), el Instituto de Investigaciones Dr. José María Luis Mora, la Uni-

versidad Nacional Autónoma de México, la Universidad Complutense de Madrid, la Universidad de Buenos Aires, la Universidad Autónoma de Madrid, el Tribunal de Justicia Administrativa de la Ciudad de México, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la Universidad Torcuato di Tella, la Jurisdicción Especial para la Paz en Colombia, el Superior Tribunal Militar de Brasil, la Universidad Autónoma del Estado de México, el Colegio de México y la revista *Tiempo de Derechos*.

Desde 2021 hasta la fecha logramos indizarnos en los siguientes directorios: *MIAR* (Matriz de Información para el Análisis de Revistas), *Sherpa Romeo* (Rights Metadata for Opening Archiving), *DOAJ* (Directory of Open Access Journals), *DIALNET* (Sistema abierto de revistas publicadas en castellano) y *EBSCOhost*. Confirmando así la calidad de nuestra publicación. No obstante, el camino aún es largo, pero siempre el primer paso es el más difícil de dar.

En este número 36, del volumen 36, julio-diciembre, 2022, que conmemora los 40 años de *Iuris Tantum, Revista del Instituto de Investigaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Anáhuac México*, publicamos cinco artículos que dejan constancia de la vocación multidisciplinaria con la que ha sido necesario investirla, pues atrás han quedado los tiempos de la pureza metodológica. Al mismo tiempo, como podrá observar el lector, seguimos con nuestra misión de analizar las principales resoluciones jurisdiccionales que han marcado, o están por marcar, a nuestro sistema jurídico nacional, en este caso, el tema de las personas trabajadoras del hogar cobra enorme importancia. Finalmente, en la sección reseñas, aprovechamos la ocasión para agradecer a María Goerlich León, de la editorial Tirant Lo Blanch, por haber confiado en este proyecto y por brindarnos generosamente algunas obras para su estudio. Esperamos que los colaboradores puedan ver en este espacio una oportunidad para dar a conocer sus trabajos, logrando así un impacto aún mayor.

Cada aniversario representa una oportunidad para la reflexión. En este caso, no me queda más que agradecer el apoyo constante de Adriana Sánchez Escalante, quien me ha llevado de la mano y con paciencia en la labor editorial, antes de *Iuris Tantum* no tenía ninguna experiencia, salvo el haber publicado en revistas científicas; al Dr. José Antonio Núñez, por atender a mis llamados y súplicas para obtener información sobre esta publicación en la que, dicha sea de paso, él mismo colaboró en el número I. Agradezco también a la Universidad Anáhuac México, que se ha convertido en mi casa, en mi familia, y para la que siempre

tendré un agradecimiento profundo por su comprensión, guía y sobre todo, amistad: Julieta Becerril, Sughei Villa, Agustín Ramírez, Jose Pozón, Luz Elena Zelayarán Carriles, Alfredo Nava, Abraham Cárdenas, Jorge Fabre y, por supuesto, al Padre Rector Dr. Cipriano Sánchez García, mi gratitud infinita.

“Con el bien vence al mal”  
Ciudad de México, 14 de noviembre de 2022.



**El papel fiscalizador de la oposición política  
parlamentaria en los estados de excepcionalidad  
mexicanos\***

*The controller role of the parliamentary political  
opposition in the mexican states  
of exceptionality*

MANUEL CABANAS VEIGA\*\*

Universidad Nacional Autónoma de México,  
Instituto de Investigaciones Jurídicas, México

[manu\\_cabanas@hotmail.com](mailto:manu_cabanas@hotmail.com)

<https://orcid.org/0000-0002-7087-4024>

Recibido: 13/05/2022

Aceptado: 05/07/2022

<https://doi.org/10.36105/iut.2022n36.02>

RESUMEN

Si los virólogos centraron su atención en la contención del virus, los constitucionalistas y politólogos hicimos lo propio con la contención del poder, para evitar que éste se desviase hacia formas autoritarias. Por ello, el trabajo presentado parte de la hipótesis de que estos meca-

---

\* Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación que lleva por título “El estatus jurídico-político de la oposición política en las democracias representativas” (PID2020-117154GA-I00), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (convocatoria de Proyectos I+D+I de 2020).

\*\* Becario del Programa de becas posdoctorales en la UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas y asesorado por el Dr. Daniel A. Barceló Rojas.

nismos necesitan de la división de poderes como su institución esencial, ya que, sin su fiscalización, su regulación carece de sentido, ya que se produciría lo que con ellos se quiere evitar. Dicha división es poco efectiva cuando se centra en el enfrentamiento entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo. Sin embargo, ateniendo a las actuales dinámicas partidistas, adquiere mayor virtualidad cuando se parte de la dialéctica entre mayoría y minoría parlamentaria. Ello se debe a que, a pesar del presidencialismo mexicano, el Congreso tiene un papel esencial durante la suspensión de garantías del art. 29 constitucional, ya que es esta cámara la que permite el otorgamiento de facultades extraordinarias y la suspensión de garantías. Aunque su papel es nulo en el mecanismo del art. 73, fracción XVI constitucional.

**Palabras clave:** estado de excepción, suspensión de garantías, derechos fundamentales, México, COVID-19.

## ABSTRACT

*The paper presented starts from the hypothesis that the emergency management mechanisms, established in the Mexican Constitution, need the division of powers as their essential institution. But this is ineffective when it focuses on the confrontation between the Executive Power and the Legislative Power, although it acquires greater virtuality when it starts from the dialectic between parliamentary majority and minority. This is because, despite Mexican presidentialism, Congress has an essential role during the suspension of guarantees of art. 29 constitutional, since it is the Mexican Parliament that allows the granting of extraordinary powers and the suspension of guarantees. But the same does not happen in the mechanism of art. 73, constitutional section XVI.*

**Keywords:** *state of emergency, suspension of guarantees, fundamental rights, México, COVID-19.*

## Introducción

A lo largo de la historia, las naciones se han enfrentado a situaciones de crisis que han puesto su supervivencia en grave riesgo, lo que requería adecuados mecanismos institucionales que permitiesen adoptar

decisiones de forma rápida y eficaz. Ello no planteaba mayores dificultades en los sistemas autocráticos que imperaban en el pasado, al concentrarse el poder en el Ejecutivo, el cual carecía de límites sobre la vida de sus súbditos. Sin embargo, en otros sistemas políticos, como el romano, la necesidad de adoptar temporalmente mecanismos autocráticos de gestión política que evitasen la absolutización del poder al finalizar la crisis hizo nacer la necesidad de compensar dicha concentración a través de procedimientos específicos de control frente a estas situaciones.

Así nace lo que llamamos derecho de excepcionalidad.<sup>1</sup> Pues, aunque estas situaciones requieren acciones rápidas y jerárquicas, lo cierto es que, lo más conveniente, es establecer mecanismos que garanticen que las decisiones sigan un protocolo adecuado para que se adopten de manera coordinada y deliberada, con el fin de que sean lo más racionales posible.<sup>2</sup> Por tanto, aunque estos instrumentos acercan un modelo democrático a una dictadura, la diferencia entre ambos no son los pulcros procedimientos formales de declaración y toma de decisiones sino los efectivos mecanismos de control y de fiscalización. Y en el contexto mexicano, su aplicación acentúa el hiperpresidencialismo, especialmente en toda Latinoamérica.<sup>3</sup>

De este modo, este trabajo parte de una metodología analítica que se centra en el estudio de la doctrina y de la jurisprudencia especializada sobre el tema. Ello se realiza tomando como referencia tanto las obras colectivas e individuales centradas en la gestión del COVID-19 que se han realizado desde que se inició la pandemia como aquellas que fijaron su atención en la suspensión de garantías. Por ello, la pregunta

---

<sup>1</sup> Es toda aquella normativa, constitucional y legal, que regula el otorgamiento de las facultades extraordinarias al Ejecutivo central y que decreta la suspensión o restricción temporal de ciertos derechos y garantías, con el objeto de enfrentar peligrosas situaciones emergentes para la supervivencia del Estado o la de sus ciudadanos, las cuales no pueden paliarse a través de los cauces ordinarios. Preferimos utilizar el término derecho de excepcionalidad a estados de excepción porque esta definición hace referencia a una de las diferentes formas que puede adoptar una situación de anormalidad constitucional, como es el estado de excepción, cuando en realidad abarca todas sus modalidades. Además, esta regulación no supone una excepción a la Constitución, lo que parece que se deriva de dicho concepto, sino que la misma se sigue aplicando a pesar de que entran a funcionar mecanismos pensados para situaciones excepcionales, por lo que el Derecho que lo regula también debe ser excepcional. Y optamos por usar la denominación propuesta y no Derecho excepcional porque esto último podría confundirse con una calificación a una regulación muy buena, por precisa, sobre una materia concreta, cuando en realidad nos estamos refiriendo a un Derecho para situaciones de anormalidad.

<sup>2</sup> Cf., GARGARELLA, ROBERTO, ROA, Jorge, "Diálogo democrático y emergencia en América Latina", *Max Plank Institute for comparative public law and international law*, núm. 2020-2021, 2021.

<sup>3</sup> Cf., *Idem*.

que dicha investigación busca responder es si el derecho de excepcionalidad mexicano permite un control de poderes que evite arbitrariedades durante las diferentes emergencias. Y el objetivo de todo ello es conocer los peligros que implica para el Estado de derecho y la democracia mexicana centrar el control de las facultades extraordinarias que se le otorgan al Gobierno federal en las meras mayorías parlamentarias que tienen lugar en el Congreso.

Y es que una de las instituciones fundamentales del derecho de excepcionalidad es la división de poderes, ya que ese aumento desmesurado del poder necesita verse compensado por un equivalente contrapoder que realice una eficiente fiscalización de este. Este principio de separación se regula en el art. 49 constitucional, impidiendo que una persona o corporación reúna más de un solo poder, salvo en las situaciones de excepcionalidad. No obstante, a pesar de notoria caducidad de realizar esta división en órganos y no en agentes confrontados, la regulación del derecho de excepcionalidad continúa centrándose en el enfrentamiento entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo en lugar de desplazarla a la dialéctica de mayoría y minoría parlamentaria. Ello se debe a que, aunque en los sistemas presidencialistas, el Congreso no puede expulsar al titular de la presidencia del Ejecutivo de su cargo, en circunstancias extraordinarias ello es sustancialmente diferente.

### *Los instrumentos de excepcionalidad mexicanos*

La Acción Extraordinaria en Materia de Salubridad (AEMS) es el instrumento mexicano con el que enfrentar las crisis sanitarias, la cual se recoge expresamente en la Constitución en el art. 73, fracción XVI. En realidad, la AEMS es el término empleado por el Título Décimo de la Ley General de Salud, aunque Barceló Rojas<sup>4</sup> lo ha decidido llamar estado de emergencia. Se usó en 2009 por vez primera para enfrentar a la epidemia de Influenza AH1N1 y, en 2020, por segunda y última vez, para combatir la pandemia ocasionada por el COVID-19. Esto permite comprender que existan pocos precedentes sobre su ejecución.<sup>5</sup>

---

<sup>4</sup> Cf., BARCELÓ, Daniel, “La garantía política de la Constitución mexicana en estados de emergencia”, *COVID-19 y Parlamentarismo. Los parlamentos en cuarentena*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2020, pp. 106-107. “Controles constitucionales sobre los gobiernos federal y estatales en emergencias sanitarias”, *Emergencia sanitaria por COVID-19: Federalismo*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2020. p. 68.

<sup>5</sup> Cf., SALAZAR, Pedro, “Covid-19: la dimensión legal”, *Hechos y Derechos*, núm. 56, marzo-abril, 2020. <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/hechos-y-derechos/article/view/14526/15638>

La Secretaría de Salud debe dictar las medidas indispensables para prevenir y combatir los daños a la salud (art. 181 de la Ley General de Salud). A continuación, es preciso que las mismas sean sancionadas por el presidente de la República a través de un decreto (art. 184) que, por sus particularidades, Barceló Rojas<sup>6</sup> llama decreto legislativo. De este modo el Gobierno federal es el único organismo investido de las facultades suficientes para declararlo en todo o parte de la República mexicana.<sup>7</sup> Finalmente, el Consejo de Salubridad General<sup>8</sup> (csg), adoptará las concretas medidas para controlar, paliar y resolver la crisis sanitaria. Es una entidad colegiada de excepción constitucional que adquiere una virtualidad clave para garantizar que las potestades jurídicas que se le otorgan al presidente de la República durante la utilización de este mecanismo, se lleven a cabo de una forma objetiva, racional y proporcional, al ser la ciencia quien informa las decisiones políticas.<sup>9</sup> Por tanto, actúa bajo la dirección única del presidente de la República, que puede dictar disposiciones en todo lo relativo a una crisis epidemiológica. Sus resolutivos tienen el alcance de leyes federales y pueden dirigirse a cualquier autoridad (federal, estatal o municipal), sobre cualquier materia, siempre que guarden relación con el control de la enfermedad. Sin embargo, las competencias de ambos organismos carecen de un adecuado desarrollo legal en este aspecto, lo que dificulta una acción efectiva.<sup>10</sup>

---

<sup>6</sup> Cf., BARCELÓ, Daniel, "La garantía política de la Constitución mexicana...", *op. cit.*, pp. 106-107 y "Controles constitucionales...", *op. cit.*, p. 68.

<sup>7</sup> Lo lógico es que, ante una pandemia de este calibre, la declaración tenga alcance nacional, porque los virus no conocen las fronteras humanas (Cf., ÁLVAREZ, Vicente, "Respuestas Jurídicas frente a una situación de emergencia sanitaria", *El cronista del Estado democrático y social: el coronavirus y otros problemas*, Iustel, núm. 86-87, marzo-abril, 2020, p. 9), pero también es posible gestionar correctamente una epidemia regionalmente si la misma pudo focalizarse a tiempo.

<sup>8</sup> Está integrado por 13 vocales titulares, que cuentan con voz y voto y que están presididos por el secretario de Salud. De entre esos vocales, 9 son el llamado "gabinete ampliado" federal, directivos de academias del gremio médico y el rector de la UNAM. También se integra por otros vocales (con voz, pero sin voto) que son las cabezas de las distintas instituciones públicas, académicas, del sector de salud y del ámbito farmacéutico, así como por los secretarios de Salud de las entidades federativas, las cuales se agrupan por regiones. El germen de este Consejo se encuentra en el Consejo Superior de Salubridad, de 1941, creado durante la presidencia de Anastasio Bustamante como órgano consultivo, pero la Constitución vigente le otorgó rango de constitucional. Y aunque sigue siendo consultivo, ahora cuenta con facultades normativas. Cf., SERNA, José, "Federalismo: Emergencia sanitaria y competencias en México", *COVID-19 y Parlamentarismo. Los parlamentos en cuarentena*, *op. cit.*, p. 100.

<sup>9</sup> Cf., BARCELÓ, Daniel, "La garantía política de la Constitución mexicana..." *op. cit.*, p. 110 y "Controles constitucionales..." *op. cit.*, p. 70.

<sup>10</sup> Cf., COSSÍO, José, "La protección Jurídica en la pandemia", *Coyuntura demográfica. Revista sobre los procesos demográficos en México hoy*, núm. 19, 2021.

Pero este instrumento es ambiguo y confuso, pues no posee ningún medio de fiscalización que limite las posibles arbitrariedades y abusos de poder durante la aplicación de la AEMS, ya que el respeto de los derechos va a depender de la buena voluntad del poder ejecutivo, cuyas facultades son difusas durante su utilización, ya que no están determinadas, pudiendo emitir disposiciones con fuerza de Ley sin límites materiales concretos. Por otro lado, aunque este mecanismo no faculta al presidente para suspender derechos, ello puede ser posible bajo el velo de llevar a cabo una mera restricción de estos, lo cual deriva de no adaptar esta disposición a la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH).<sup>11</sup> Tampoco se recoge ningún control intraorgánico que pueda frenar sus rebasamientos.<sup>12</sup> Por tanto, en México, existe claridad jurídica sobre que no es posible suspender garantías a través de la AEMS, pero no existen medios para evitarlo.

Por ello, si fuese necesario llevar a cabo la suspensión de garantías, habría que proceder a la declaración paralela del procedimiento del art. 29 constitucional.<sup>13</sup> para actuar conforme a la Constitución. Este último instrumento se ideó principalmente para situaciones de anomalía social que alteran el orden público o ponen en peligro la subsistencia del Estado. Sin embargo, su cláusula abierta<sup>14</sup> permite que, si fuese estrictamente necesario, se puedan suspender garantías durante una pandemia, como defiende González.<sup>15</sup>

Así, este instrumento es declarado en exclusiva por el Ejecutivo,<sup>16</sup> pero contando con la autorización previa del Congreso,<sup>17</sup> a diferencia de la AEMS. Por esta razón, la Ley de suspensión de garantías debe ser

---

<sup>11</sup> Cf., BARCELÓ, Daniel, “La garantía política de la Constitución mexicana...”, *op. cit.*, pp. 107-108.

<sup>12</sup> Cf., GARCÍA, María, “Restricciones a los derechos fundamentales en México en tiempos de emergencias sanitarias”, *COVID-19 y Parlamentarismo. Los parlamentos en cuarentena*, *op. cit.*, p. 252.

<sup>13</sup> Cf., GONZÁLEZ, Nuria, “La difícil puesta en marcha de una suspensión de garantías para hacer frente al virus SARS-CoV-2 en México: el manejo de situaciones de excepcionalidad desde un marco jurídico incompleto y fragmentado”, *Emergencia sanitaria por COVID-19: reflexiones desde el Derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2020, p. 104.

<sup>14</sup> Dicha cláusula versa de la siguiente manera: “o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto”.

<sup>15</sup> Cf., GONZÁLEZ, Nuria, *op. cit.*, p. 104.

<sup>16</sup> Se le otorga a este poder porque dispone de los medios para actuar con mayor rapidez y conoce todos los datos con mayor seguridad y certeza que los demás poderes. Cf., AGUILAR Y MAYA, José, “La suspensión de garantías”, *La suspensión de garantías y la vuelta a la normalidad*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, p. 53.

<sup>17</sup> Si no estuvieren reunidas, por encontrarse en periodo de receso, se encargará la Comisión Permanente que sólo puede autorizar la suspensión de garantías, pues únicamente el Congreso, debidamente reunido, puede otorgar las facultades extraordinarias.

entendida como obra del Legislativo, aunque el papel de este poder se reduzca, posteriormente, en la toma de decisiones, de una forma considerable, aunque continúe ejerciendo una labor clave con relación al control que realiza sobre el Gobierno. Por ello defendemos la posibilidad de que el Congreso mexicano pueda modificar dicha ley en cualquier momento, de oficio, ya que también tiene la posibilidad de revocar, cuando así lo desee, el poder extraordinario del Presidente, el cual, mientras se siga aplicando este mecanismo, puede adoptar cualquier medida que implique la suspensión de cualquier derecho, salvo los recogidos en el art. 29 constitucional,<sup>18</sup> ya que, a través de este instrumento, también se le pueden otorgar facultades extraordinarias al Gobierno.<sup>19</sup>

En relación con las mayorías precisas para su aprobación, tanto la AEMS como la suspensión de garantías requieren de mayoría simple del Congreso para aprobarse, pues la Constitución mexicana no establece una mayoría concreta. Sin embargo, en el caso concreto de la suspensión de garantías, las cámaras que conforman el Congreso mexicano deben informar inmediatamente de que se ha procedido a la declaración de este mecanismo a los demás estados miembros de la CADH, de acuerdo con el art. 27. 3 de ésta, lo cual no es necesario si solamente se aplica la AEMS, ya que, a través de este instrumento no es posible suspender, al menos formalmente, derechos, sino que éstos, simplemente, se limitan.<sup>20</sup>

La diferencia entre “restricción” y “suspensión” no se encuentra en una evaluación subjetiva en relación con la esencia del derecho, según la cual los distingue por su grado de afectación, como así lo entiende la reiterada jurisprudencia internacional,<sup>21</sup> sino que, muy por el contrario, se haya en una de esencia o de naturaleza. Así mientras que

---

<sup>18</sup> La reforma constitucional del 2011, según el art. 4º transitorio, obliga al legislador a desarrollar este precepto en un reglamento.

<sup>19</sup> Si un estado no prevé expresamente los estados de excepcionalidad, como los países anglosajones, que carecen de mecanismos claros para suspender garantías, suele acudir al *indemnity bill* o *suspension of habeas corpus act*, que siempre es peligroso por los excesos a los en los que se le permite incurrir al poder. Así, por ejemplo, Inglaterra regula los estados de excepcionalidad en leyes. Cf., PELAYO, Carlos, “La suspensión de garantías en la Constitución de 1917 ayer y hoy: Lecciones del pasado y del presente para el futuro inmediato”, *Cien ensayos para el centenario. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, tomo II: Estudios Jurídicos, 2017, p. 340.

<sup>20</sup> Cf., ROCA, María, “La suspensión del Convenio Europeo de Derechos Humanos desde el Derecho español: procedimiento y control”, *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 72, p. 63.

<sup>21</sup> Cf., Sentencia GUZZARDI c. Italia del 6 noviembre 1980 [TEDH 1980, 7], serie A núm. 39, p. 31, ap. 86 y Sentencia AMUUR c. Francia del 25 de junio de 1996, caso [TEDH 19776/92].

la suspensión de garantías precisa una declaración expresa que implique la cesación temporal de la eficacia de la garantía que protege a un derecho, en la restricción o limitación, esta garantía continúa vigente, por lo que las limitaciones del derecho quedan sometidas al control de proporcionalidad, a diferencia de lo que sucede en la suspensión. Y es que creer que tanto la restricción como la suspensión están sometidas al principio de proporcionalidad supone confundir las medidas que pueden aplicarse en los diferentes supuestos que recogen estos instrumentos.

Por tanto, como se ha expuesto, México posee una normativa imprecisa a la hora de regular tanto la AEMS como la suspensión de garantías,<sup>22</sup> la cual podría solventarse a través de la aprobación del requerido reglamento de desarrollo. De ahí deriva, precisamente, la importancia del rol que tanto el Parlamento como el Poder Judicial ejercen a la hora de llevar a cabo un importante control sobre el poder del Ejecutivo en medio de una crisis sanitaria. Por ello, como defienden Barceló<sup>23</sup> y Álvarez<sup>24</sup> es menester que existan unos órganos de fiscalización sobre esos poderes que cuenten con facultades suficientes para hacerse respetar: políticos (los cuales son ejercidos, conjuntamente, por el Parlamento, especialmente mediante el papel de la oposición, y por los ciudadanos, evaluando la gestión gubernamental en las elecciones); jurisdiccionales (cuyo razonamiento se apoya únicamente en criterios jurídicos en relación a la existencia de proporcionalidad y necesidad de la medida)<sup>25</sup> y administrativos (a través de los órganos político-administrativos).

### *Los controles mexicanos al poder ejecutivos durante las situaciones de excepcionalidad*

En relación con el control político, nos centraremos en el que lleva a cabo el Congreso, pues éste realiza una función de fiscalización interorgánica.<sup>26</sup> Se trata de la “casa de las minorías” ya que, en su interior,

<sup>22</sup> Cf., PELAYO, Carlos, *op. cit.*, p. 341.

<sup>23</sup> Cf., BARCELÓ, Daniel, *Teoría del federalismo y del Derecho constitucional estatal mexicano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016, p. 232.

<sup>24</sup> Cf., ÁLVAREZ, Vicente, *op.cit.* p. 9.

<sup>25</sup> En México, el control político nació en 1824 y el judicial en 1857. Cf., BARCELÓ, Daniel, *Teoría del federalismo...*, *op. cit.*, p. 96.

<sup>26</sup> Cf., BARCELÓ, Daniel, “La garantía política de la Constitución mexicana...” *op. cit.*, p. 106 y “Controles constitucionales...”, *op. cit.*, pp. 68-69 y CANOSA, Raúl, “Ordenación de las fuentes del Derecho en estados de emergencia sanitaria. El caso español”, *COVID-19 y Parlamentarismo. Los parlamentos en cuarentena*, *op. cit.*, p. 276.



se les da voz a las diversas sensibilidades e ideologías sociales, mostrando públicamente los diferentes disensos sociales existentes y necesarios para alcanzar consensos políticos. De este modo, los debates que tienen lugar en su interior permiten poner de manifiesto los múltiples problemas que pueden surgir en las diversas emergencias y las diferentes soluciones posibles para afrontarlas, con el fin de evitar expansiones excesivas del poder presidencial.<sup>27</sup> Es un mecanismo de control clave durante este tipo de crisis, ya que el Estado de Derecho depende de su adecuado funcionamiento y de su eficaz fiscalización.<sup>28</sup> Esta es la razón por la que el Congreso debe adecuar sus actividades a las circunstancias excepcionales del momento, pero nunca suspender sus funciones durante las mismas.

Ningún otro poder está facultado para autorizar o denegar la celebración de sus sesiones,<sup>29</sup> debiendo éstas continuar durante las mentadas emergencias. Con ello se pretende favorecer que la fiscalización ejercida por el Legislativo sobre el Ejecutivo en situaciones corrientes se vea fortalecida durante estas circunstancias; aunque eso sí, aplicando las medidas adecuadas a los acontecimientos, procediendo de la misma manera que gran parte de los parlamentos del mundo.<sup>30</sup> De esta forma, el Congreso no debe comportarse como un simple mecanismo formal de adopción de instrumentos de excepcionalidad, sino que, muy al contrario, debe realizar una verdadera actividad fiscalizadora de la actuación gubernativa durante dichas situaciones, buscando evitar extralimitaciones del Gobierno y el quebrantamiento de los derechos de la ciudadanía mexicana.

Por tanto, no cabe duda de que en un régimen político como el mexicano, es necesario limitar las facultades presidenciales en situaciones ordinarias y lo será todavía más en situaciones extraordinarias de

---

<sup>27</sup> Cf., HERNÁNDEZ, Antonio, “La emergencia por COVID-19 en Argentina”, *Emergencia sanitaria por COVID-19, Derecho constitucional comparado*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2020, p. 39.

<sup>28</sup> Esta es la interpretación que se le da al fundamento jurídico 3 de la Sentencia del Tribunal Constitucional español 168/2021, de 5 de octubre del 2021, ya que salvaguarda el equilibrio de poderes propio del Estado de Derecho.

<sup>29</sup> En Colombia, el Gobierno fue el que autorizó que el Congreso se reuniese virtualmente durante la pandemia (Cf., ORTÍZ-GUTIÉRREZ, Julio, “Los poderes excepcionales ante una desafiante pandemia. Experiencias legislativas en estados de excepción”, *Emergencia sanitaria por COVID-19, Derecho constitucional comparado, op. cit.*, pp. 83-84). No obstante, ello no lo consideramos conveniente, al atentar contra la autonomía parlamentaria, por lo que dicha decisión debe corresponder a los órganos de funcionamiento interno de las Cámaras.

<sup>30</sup> GENTILE, Jorge, “Control parlamentario del Gobierno en estados de emergencia sanitaria”, *COVID-19 y Parlamentarismo. Los parlamentos en cuarentena, op. cit.*

concentración de poderes.<sup>31</sup> Especialmente si el Jefe del Ejecutivo y la mayoría parlamentaria forman parte del mismo partido o coalición.<sup>32</sup> Así, en situaciones constitucionales ordinarias, el Presidencialismo mexicano se define porque su Presidente posee generosas facultades,<sup>33</sup> no siendo posible destituirlo de su posición por el Legislativo, salvo traición, mediante el *Impeachment*. O también es posible su remoción por los ciudadanos en unas futuras elecciones. Pero en condiciones de excepcionalidad, esta situación se invierte relativamente. Aunque el Congreso mexicano no puede expulsarlo del cargo, puede dar por concluido, conforme el art. 29 constitucional, el estado de emergencia, cuando lo considere preciso, pues es también el único organismo que puede otorgarle facultades extraordinarias y autorizar la suspensión de garantías. El Ejecutivo, ante ello, no podrá oponerse, debiendo rendir cuentas ante la cámara.

De este modo, el Congreso intercede tanto cuando se declaran como cuando finalizan estos mecanismos de excepcionalidad. Pero esto no ocurre durante la AEMS,<sup>34</sup> ya que, en esta acción, el poder del jefe de Gobierno no se encuentra sometido a controles ni se le puede privar del mismo por el Congreso, el cual carece de influencia jurídica en las decisiones gubernamentales de esta emergencia. No obstante, sus sesiones tampoco se deben suspender durante una crisis, ya que, como se ha visto, el Parlamento realiza una fiscalización fundamental frente a cualquier actuación desmedida del Gobierno, por lo que se le debe dotar de adecuados instrumentos que le permitan continuar llevando a cabo sus acciones de control.

Pero por lo que al objeto de esta investigación interesa, en la República mexicana no es posible suspender los derechos políticos, lo que supone que, durante la utilización de cualquier mecanismo de excepcionalidad, las elecciones, tanto federales, como estatales o locales, deben celebrarse igualmente, de acuerdo con el art. 29 constitucional y el art. 27 de la CADH. Pero nos parece necesario que se impida llevar a cabo su celebración para evitar que la cohesión social y a la unidad nacional se vean afectadas por una utilización instrumental de la gestión de una situación de crisis en una ulterior campaña electoral, politizando sus decisiones, lo que afectaría también a la eficacia de su gestión, ya que

---

<sup>31</sup> Cf., GARCÍA, María, *op. cit.*, p. 248.

<sup>32</sup> Cf., BARCELÓ, Daniel, *Teoría del federalismo...*, *op. cit.*, p. 258.

<sup>33</sup> Cf., PELAYO, Carlos, *op. cit.*, p. 343.

<sup>34</sup> Cf., BARCELÓ, Daniel, "La garantía política de la Constitución mexicana...", *op.cit.*, p. 111 y "Controles constitucionales...", *op. cit.*, pp. 69 y 72.

los partidos de la oposición la utilizarían para desgastar a los que mantienen en el poder al Presidente, con el fin de lograr la victoria en los siguientes comicios. Y es que se trata de situaciones en las que más se necesita la colaboración y la solidaridad, tanto de todos los poderes como de todos los ciudadanos.

Otro instrumento de fiscalización que poseen los representantes se encuentra en el Poder Judicial. Éste tampoco puede suspender sus funciones durante la utilización de estos instrumentos de excepcionalidad, ya que ello pondría también en suspensión a la Constitución, a la democracia, a los derechos humanos y al Estado de derecho.<sup>35</sup> La manifestación más relevante de este control se da en la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), ya que en la suspensión de garantías mexicana ésta debe pronunciarse de oficio sobre la legalidad de los decretos de ejecución de la Ley de suspensión de garantías, aunque no sobre la misma, funcionando como un importante instrumento de fiscalización. Así, la SCJN debe velar porque la Ley de suspensión de garantías, la cual es aprobada por el Congreso, respete no sólo el contenido de la Constitución y, cuando se elabore, el del Reglamento que desarrolle su art. 29, sino también la CADH. No obstante, el problema de esta mediación de la SCJN es que la coloca en la posición de optar o bien por permitir un hipotético acto erróneo o ilegal del Ejecutivo, convirtiéndola en una colaboradora necesaria de este poder, o rechazarlo, obstaculizando así la gestión de una situación de crisis.<sup>36</sup> Aunque esta tacha también se le podría esgrimir a la actuación del Congreso o, al menos, de su mayoría.

Por otro lado, si algún particular considera que la normativa de excepción vulneró sus derechos y que la SCJN o los órganos jurisdiccionales estatales<sup>37</sup> no los ampararon, tiene la posibilidad, subsidiaria-

---

<sup>35</sup> Cf., AYALA, Carlos, “Los retos de la pandemia del COVID-19 para el Estado de Derecho”, *Emergencia sanitaria por COVID-19: Derecho constitucional comparado*, op. cit., p. 216.

<sup>36</sup> Cf., AGUILAR, José, “La suspensión de garantías”, *La suspensión de garantías y la vuelta a la normalidad*, op. cit., p. 53.

<sup>37</sup> Aunque el Gobierno es el único protagonista de todo el Derecho de excepcionalidad mexicano y que toda vulneración de derechos causada por éste debe ser amparada ante la SCJN, cuando un gobernador realice una actuación para combatir la emergencia que vulnere derechos, el particular afectado también podrá ser amparado por el Tribunal Superior de Justicia del estado que comete el daño. Así, la sentencia “Radilla Pacheco” del 15 de diciembre de 2009 invirtió la tendencia centralizadora de la SCJN en el control convencional y constitucional de los derechos fundamentales de la CADH. Desde ese momento, dicho control corresponderá a los jueces locales, en relación con los derechos estatales, los cuales deben interpretarlos conforme a sus homólogos federales, a la CADH, a la interpretación de la SCJN, a la de los tribunales colegiados de circuito del Poder Judicial de la entidad federativa en la que se encuentre y a la de la CIDH. Por tanto, el recurso de amparo contra la vulneración de derechos estatales se interpone en

mente, de acudir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual debe velar porque se cumpla lo establecido.<sup>38</sup> García<sup>39</sup> incluso defiende que se debe posibilitar el acceso a los tribunales internacionales sin que sea necesario concluir previamente estos procedimientos internos si se producen injustificadas limitaciones de derechos cuando se encuentran en funcionamiento esos mecanismos.

Ahora bien, la finalidad del juicio de constitucionalidad no reside en constatar el grado de acierto del gobierno a la hora de declarar uno de los mecanismos de excepcionalidad, sino sólo en comprobar si, en el contexto de incertidumbre característica de cualquier crisis, el Ejecutivo actuó con la asaz información y debida diligencia para ser capaz de actuar correctamente ante esa situación. Por tanto, será inconstitucional tanto cualquier declaración de un mecanismo de excepcionalidad que no se ciña a los supuestos expresamente establecidos para su utilización, como aquella que no cuente con la suficiente justificación y proporcionalidad para limitar o suspender los derechos afectados, condicionando su contenido esencial de forma irrazonable<sup>40</sup> o por afectar a los derechos intangibles del art. 29 constitucional.

Sin embargo, los decretos de ejecución que se emiten durante la AEMS no tienen ese control de oficio por la SCJN, no pudiendo ésta, al igual que los tribunales ordinarios, conocer de la constitucionalidad de sus medidas, al tratarse de actos gubernativos y no de leyes, lo cual permite explicar que no exista jurisprudencia sobre la utilización de este mecanismo, al carecer el mismo de esta fiscalización. Por ello, su contenido sólo podrá someterse a un control de legalidad o a un eventual recurso de amparo.<sup>41</sup> No obstante, se podrían interponer recursos de inconstitucionalidad tanto contra los decretos de declaración como contra los de ejecución de la AEMS, si extrapolamos al caso mexicano la

---

México ante la Sala Constitucional del Tribunal Superior de Justicia de cada estado por un particular que considera que una ley del congreso estatal o una norma de su Ejecutivo viola sus derechos fundamentales y cuyo criterio vincula a los jueces locales (Cf., BARCELÓ, Daniel, *Teoría del federalismo... op. cit.*, pp. 190, 370 y 390-403).

<sup>38</sup> Cf., FERRER MC-GREGOR, Eduardo, HERRERA, Alfonso, "La suspensión de garantías. Una perspectiva de Derecho comparado y desde la Convención Americana sobre Derechos Humanos", *Cien ensayos para el centenario. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Estudios Jurídicos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017, p. 123.

<sup>39</sup> Cf., GARCÍA, María, *op. cit.*, pp. 239 y 245.

<sup>40</sup> Cf., COTINO, Lorenzo, "Los derechos fundamentales en tiempos del coronavirus. Régimen general y garantías y especial atención a las restricciones de excepcionalidad ordinaria", *El cronista del Estado democrático y social... op. cit.*, pp. 92-93.

<sup>41</sup> Cf., FIX-ZAMUDIO, Hector: "Los estados de excepción y la defensa de la Constitución", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 111, septiembre-diciembre, 2004, pp. 843-852.

jurisprudencia española,<sup>42</sup> la cual califica a los decretos que declaran los estados de alarma como normas con fuerza de Ley.<sup>43</sup> De este modo, en la AEMS, aunque el Gobierno sólo tiene capacidad para afectar a los derechos excluidos del art. 29 de la Constitución, no existe ningún medio de control que pudiera frenar su voluntad de suspender o restringir cualquier tipo de derecho, al carecer el actual ordenamiento jurídico mexicano de mecanismos que sirvan a tal cometido, tanto por parte del Congreso como de la SCJN.

Pero, a pesar de esta circunstancia, el poder debe estar siempre sometido a Derecho y nunca debe suspender derechos durante una AEMS (ni tampoco restringir los intangibles del art. 29 constitucional). Pues si hubiera que suspenderlos, habrá que poner en marcha el procedimiento correspondiente. Por tanto, existe un control constitucional de oficio sobre los instrumentos que llevan a cabo la suspensión de garantías, el cual no se da en la AEMS, salvo que se apliquen las resoluciones españolas. Y esta carencia fiscalizadora supone una merma en la protección de los derechos cuando se aplica la AEMS.

Por otro lado, el control que llevaba a cabo el Consejo de ministros a través de la aprobación del decreto de declaración de la AEMS funcionaba como un importante medio de fiscalización administrativo-intraorgánico, pero éste fue suprimido en la reforma constitucional del 2014. Los únicos controles de este tipo que se mantienen vigentes son los que se realizan mediante el refrendo de la Secretaría de Salud y los acuerdos del Consejo de Salubridad General. Otro instrumento de control del Gobierno se lleva a cabo a través de las comparecencias del presidente y de los secretarios ante el Parlamento, no tanto para estar al tanto de las actuaciones del Ejecutivo sino para fiscalizar su gestión de la crisis, con la finalidad de informar sobre ello a la ciudadanía para dotarla de criterios decisorios a la hora de juzgar la acción del Gobierno. Este control se puede llevar a cabo en cualquier momento, siempre que así lo solicite el Congreso, salvo en caso de guerra.<sup>44</sup> Esto explica que la comparecencia del Gobierno frente a los medios de comunicación, por muy plurales y diversos que éstos sean, nunca podrán suplir

---

<sup>42</sup> Concretamente el Fundamento Jurídico 10 de la Sentencia del Tribunal Constitucional 7/2012.

<sup>43</sup> Sin embargo, Huerta considera que, en situaciones de emergencia sanitaria, ni los decretos del presidente ni los acuerdos del Consejo de Salubridad General tienen fuerza de ley, sino carácter administrativo. Cf., HUERTA, Carla, "Emergencia sanitaria y distribución de competencias en el Estado mexicano", *Emergencia sanitaria por COVID-19: Federalismo*, op. cit., p. 312.

<sup>44</sup> Cf., BARCELÓ, Daniel, *La garantía política de la Constitución mexicana*, op. cit., pp. 110-111. *Controles constitucionales...*, op. cit., p. 71.

al control parlamentario que lleva a cabo la oposición, ya que el desarrollado por los medios de comunicación sirve para complementar la democracia representativa, pero no para sustituirla.<sup>45</sup> Y con la finalidad de impedir que los diversos medios informativos obtengan cuantiosas ganancias mediante la propagación viral de las *Fake News*, es necesario fomentar plataformas de *fact-checking*.<sup>46</sup> Con ello se pretende aportar una alternativa que evite el uso de cualquier tipo censura durante la utilización de estos mecanismos. De este modo, será posible que surja, entorno a la ciudadanía, un libre intercambio de opiniones sobre la gestión de la emergencia que ha llevado a cabo el Gobierno.

Por tanto, es posible afirmar que existe un control político y judicial muy desarrollado en la suspensión de garantías mexicana, pero muy precario para la gestión de crisis sanitaria, ya que su concreción todavía no se encuentra muy desarrollada. Además, apenas existen controles intraorgánicos en la suspensión de garantías, pero sí en la AEMS, donde cuenta con uno externo y uno interno. Aunque, hay que tener en cuenta que estos instrumentos acaban cediendo si los controles políticos y judiciales no son los adecuados, como ya sucedió en 2020.

### *La dinámica partidista en el control de los estados de excepcionalidad*

En primer lugar, debemos de tener en cuenta que, tanto cuando el control se da entre órganos como cuando se da entre mayorías y minorías, es posible clasificarlos entre verticales y horizontales. Los primeros son aquellos que se dan entre las diversas instancias territoriales que se reconocen en un país. En el caso mexicano, se trata de la Federación, las entidades federativas y los municipios. En cambio, hablaremos de controles horizontales cuando, dentro de cada una de las diferentes instancias territoriales de poder, éste tiene lugar entre sus diferentes órganos o entre las mayorías y minorías partidistas existentes. De este modo, entendemos por mayoría parlamentaria el partido político o coalición de la que dependa la autorización o rechazo de las medidas aprobadas por el Gobierno, mientras que la minoría parlamentaria la conformará el partido político o conjunto de estos que queden fuera de la mayoría parlamentaria. No obstante, hay que tener en cuenta que, como para autorizar o retirar la suspensión de garantías

<sup>45</sup> Cf., GARCÍA, Javier, *op.cit.* pp. 30-31.

<sup>46</sup> Además, éstas deben ser imparciales, transparentes y autónomas. Cf., VEGAS, José, RÍOS, Marcel, RODRÍGUEZ, Ruth, "Redes sociales y plataformas de fact-checking contra la desinformación sobre la COVID-19", *Hipertext.Net*, núm. 21, 2020, pp. 80-81.

y el otorgamiento de facultades ordinarias es suficiente con una mayoría simple, esa mayoría parlamentaria la conforman tanto los votos afirmativos como las abstenciones que permitan mantener esa minoría mayoritaria.

Además, la falta de un esquema parlamentario multinivel, tanto para la toma de decisiones federales con sensibilidad territorial periférica como para el control parlamentario bidireccional en la ejecución de esas decisiones (centro-periferia y periferia-centro) facilita el hiperpresidencialismo mexicano, que aumenta en épocas de crisis sanitaria y se refuerza con la centralización de los partidos políticos. Por ello, el funcionamiento de éstos es esencial, ya que el apoyo o el conflicto entre los diversos organismos políticos dependerá, en gran medida, de la pertenencia o no de la mayoría de sus miembros al mismo partido del Gobierno. Y en ello ejerce una gran influencia el funcionamiento interno de los mismos,<sup>47</sup> pues al ser éste marcadamente jerárquico, centraliza la toma de decisiones en favor de los intereses partidistas y no de las diferentes instancias territoriales,<sup>48</sup> lo que pronuncia, todavía más, el hiperpresidencialismo.<sup>49</sup>

Pues, aunque no es el objeto concreto de esta investigación, hay que tener en cuenta que las decisiones que los partidos políticos adoptan en instancias representativas responden al funcionamiento interno de sus órganos directivos y asamblearios. Así, comprobamos como, a pesar del proceso de democratización que los grandes partidos mexicanos han experimentado en su interior en la última década, todavía continúan siendo muy jerárquicos, especialmente los partidos minoritarios.<sup>50</sup> Ello facilita que estos partidos respondan más a la voluntad de los lobbies que financian sus gastos<sup>51</sup> que a los militantes que lo respaldan. Y es que son las grandes compañías las que logran imponer su voluntad ante el poder público, especialmente las tecnológicas, como

---

<sup>47</sup> Cf., RODRÍGUEZ, FRANCISCO, MENDIVIL, Carmen, “La democracia interna de los partidos políticos en México”, *Revista de Investigación Académica sin Frontera*, núm. 25, 2017.

<sup>48</sup> Cf., BARCELÓ, Daniel, “Retos del federalismo ante la pandemia. La experiencia de México”, *COVID-19 y Estados en acción. Un estudio constitucional comparado entre países federales y no federales*, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 425-430.

<sup>49</sup> Cf., CARPIZO, Jorge, “Algunas notas sobre el sistema presidencial en México”, *Las experiencias del proceso político constitucional en España y México*, México, UNAM, 1979, pp. 292-293.

<sup>50</sup> Cf., DÍAZ, Mariela, ESPEJEL, Alberto, “origen y profundización en la concentración de poder intrapartidario. Los casos del Partido Verde Ecologista de México, el Partido del Trabajo y Movimiento Ciudadano”, *Scielo*, núm. 20, 2020.

<sup>51</sup> Cf., RUIPÉREZ, Javier: “Montesquieu en el Estado de partidos”, *Poderes tradicionales y órganos constitucionales autónomos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2020.

consecuencia de la dependencia del Estado frente a éstas, lo que se acentuó, todavía más, durante la crisis sanitaria. Y ello se convierte en un reto normativo para la protección de los derechos fundamentales y el mantenimiento de la Democracia.<sup>52</sup>

Así, en la AEMS, al tener el Congreso un nulo papel de fiscalización sobre las medidas que decreta el Gobierno y su modificación, el único control que le queda a la Cámara sobre la actuación del Ejecutivo es a través de las preguntas e intervenciones.<sup>53</sup> Por tanto, aunque la mayoría parlamentaria sea contraria a la acción del Presidente durante una AEMS, el único instrumento del que dispone para fiscalizar su actuación es sometiéndola a la opinión pública a través de los diversos mecanismos de interrogatorio establecidos en el Reglamento para el Gobierno Interior del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos. Por ello, el control más importante que se da durante estas situaciones es el vertical, que se lleva a cabo a través de los Gobernadores, ya que son quienes pueden subsanar la actuación omisiva del Gobierno. Pero cuando el presidente, a través de la Secretaría de Salud o del Consejo de Salubridad General, decida hacer valer las competencias que le atribuye el art. 73, fracción XVI de la Constitución y los arts. 181 a 184 de la Ley General de Salud en la gestión de una crisis sanitaria, los poderes de las entidades federativas deben de sujetarse a tales medidas.<sup>54</sup>

Ahora bien, aunque la colaboración de todos los poderes del Estado y partidos políticos se entiende implícita durante este tipo de situaciones, lo cierto es que la misma dependerá de la cultura política de cada país y de la proximidad de las elecciones durante la crisis. Así, en México, como ya sucedió, la colaboración de los Ejecutivos estatales con el Gobierno o su oposición dependerá de si su filiación política coincide o no con el partido o coalición del presidente, aunque su obligación formal sería la de realizar una colaboración leal hacia la consecución de la superación de la crisis, oponiéndose, eso sí, a los desbordamientos del poder central, con independencia del partido político al que perteneciesen.

---

<sup>52</sup> Cf., BALAGUER, Francisco: "Crisis sanitaria y Derecho Constitucional en el contexto global", *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 46, 2020, pp. 130-139.

<sup>53</sup> En México, por tener un sistema presidencial, no es posible formular directamente, de manera formal, interpelaciones, aunque sí preguntas orales, interrupciones o intervenciones que, en algunos casos, formulan los parlamentarios a los miembros del Ejecutivo cuando comparecen, quienes tienen el derecho de contestar inmediatamente o después cualquier pregunta formulada bajo protesta de decir la verdad. La interpelación se realiza únicamente por medio del presidente de la Mesa Directiva, previa autorización del legislador participante en tribuna y nunca de manera directa, ya que no se permiten diálogos en la celebración de las sesiones.

<sup>54</sup> Cf., SERNA, José, *op. cit.*, pp. 97-100.



Sin embargo, México no estableció medidas restrictivas de derechos, siempre impopulares, a través de la AEMS declarada en 2020, sino que ello lo delegó en los estados. Se centralizó únicamente la gestión de los medios sanitarios y fronterizos, lo cual se tradujo en una notable falta de unidad, combinada con la diversidad de ayudas que existieron para luchar contra la pandemia. Ello dio lugar al nacimiento de la Alianza Federalista, siendo una asociación de los estados con mayor desarrollo económico de México y que se encontraban gobernados por partidos de la oposición al Gobierno federal que rechazaban el reparto presupuestario llevado a cabo por el mismo, ya que el presidente ejerce un notable poder a través de la elaboración de los Presupuestos Federales.<sup>55</sup> No obstante, las instancias de coordinación vertical entre el Gobierno federal y los gobiernos de los estados facilitaron la uniformidad y la flexibilidad en la ejecución de las medidas sanitarias en todo el territorio nacional, funcionando adecuadamente durante la pandemia a pesar de las discrepancias que se manifestaban a la opinión pública con fines partidistas.<sup>56</sup>

Por otro lado, durante la suspensión de garantías, esas facultades de los gobernadores se reducen considerablemente, aunque el art. 29 constitucional no mencione nada al respecto, ya que se trata de crisis de mayor relevancia. De este modo, este instrumento permite adoptar incluso el modelo castrense de la jerarquización y centralización temporal del poder. Sin embargo, ello no permite eliminar sus controles verticales ni horizontales antes referidos, garantía basilar del Estado de derecho durante estas situaciones.

Sin embargo, ello dependerá de la conformación partidista del poder durante dichas situaciones. De este modo, si la mayoría parlamentaria coincide con la filiación política del presidente, la fiscalización política del Congreso será meramente formal, siendo la minoría política quien se encargue de realizar la misma a través de comparecencias de los miembros del Gobierno. De este modo, al regirse dicho control por mayorías simples<sup>57</sup> del Congreso en lugar de por la verdadera fuerza de contrapoder que le haga frente, el control parlamentario deja de ser virtualmente político para ser efectivamente mediático. Además, el otro problema es que el Congreso otorgue, a través de estos mecanismos, más de lo que la Constitución permite y mucho más de lo que el Ejecutivo necesita, especialmente como consecuencia del funciona-

---

<sup>55</sup> Cf., BARCELÓ, Daniel, "Retos del federalismo ante la pandemia...", *op. cit.*, pp. 434-436.

<sup>56</sup> Cf., *Ibidem*, pp. 420-437.

<sup>57</sup> La Constitución mexicana no establece una minoría determinada para dicho proceso.

miento de los partidos políticos.<sup>58</sup> Así, a pesar de que el presidencialismo mexicano no faculta al Congreso, a diferencia de los sistemas parlamentarios, para despojar al Presidente de sus prerrogativas ordinarias, si lo faculta, en cambio, durante las situaciones de excepcionalidad, para arrebatarse sus prerrogativas extraordinarias. Esto convierte al Congreso en el gran protagonista de estas situaciones, ya que de él depende el mantenimiento o privación de las facultades extraordinarias del Gobierno, lo que en realidad se traduce en dinámicas partidistas entre los que controlan el Poder Ejecutivo y los que controlan el Poder Legislativo.

Por tanto, el papel de la minoría parlamentaria durante los estados de excepcionalidad, no mencionado en ninguna normativa reguladora de dicha rama del ordenamiento mexicano, lejos de ser político, queda relegado a un rol de control mediático, usando la información que proporcione el Gobierno y aprovechando las preguntas e intervenciones para censurar, analizar o avalar la actuación que realiza el Gobierno en cuanto a la lucha contra la crisis existente. Sin embargo, dicha obligación de proporcionar información actualizada durante estas situaciones no se encuentra expresamente establecida en la Constitución ni en ninguna otra normativa, por lo que la minoría parlamentaria deberá ejercer el control sobre las fuentes oficiales que decida hacer públicas el Ejecutivo o utilizando aquellas suministradas por los medios de comunicación, por lo que, en estos estados, a pesar de ser aquellos en donde más se encuentra afectada la vida y la libertad de los ciudadanos, la fiscalización de la minoría parlamentaria se lleva a cabo “a ciegas”, aunque manteniendo la posibilidad de realizar las preguntas e intervenciones que consideren oportunas, salvo en caso de guerra.

De este modo, el funcionamiento partidista de las instituciones políticas del Estado provocará que sea el partido mayoritario el que decida si se declara y se mantiene una suspensión de garantías del art. 29 de la Constitución. En el caso de que la mayoría parlamentaria sea favorable al Gobierno, éste podrá declarar la suspensión de garantías mientras dicha mayoría le apoye y la opinión pública le fuese favorable. Y si el partido del Gobierno se encontrase en minoría y sin apoyos para su aprobación por el Congreso, el Estado se verá arrastrado a la inacción frente a la crisis, salvo que el Ejecutivo buscase crear un verdadero conflicto constitucional que deslegitimase al Congreso, con la

---

<sup>58</sup> Cf., DE LA CUEVA, Mario, “La suspensión de garantías y la vuelta a la normalidad”, *La suspensión de garantías y la vuelta a la normalidad*, op. cit., pp. 13 y 19-20.

finalidad de adquirir autonomía normativa absoluta, al no contar con el apoyo parlamentario suficiente para llevar a cabo su acción política, lo que supondría una crisis democrática importante y la antesala a una autocracia. Por tanto, todo mantenimiento de poderes extraordinarios más allá de la superación de una crisis es inconstitucional e ilegal, aunque se encuentre avalado por la mayoría del Congreso, por lo que el papel de la minoría parlamentaria debe ser especialmente crítica ante este tipo de situaciones. Por ello, en las crisis surge un juego entre los actores políticos, sociales y los medios de comunicación, donde se declaran ganadores y perdedores; héroes y villanos.<sup>59</sup>

### *Conclusiones*

Por tanto, el control de la minoría parlamentaria es mucho más efectiva que la del control formal del Congreso, ya que admite una fiscalización mediática que permite al ciudadano, que a fin de cuentas es el verdadero controlador de la acción del Gobierno, tomar consciencia sobre la gestión de la crisis y actuar en consecuencia, además de ejercer un control territorial que el control parlamentario no permite, sin entorpecer políticamente la acción del Ejecutivo. El problema es cuando dicha oposición política se usa con fines electoralistas por la previsión cercana de la celebración de elecciones en cualquiera de las diferentes instancias representativas territoriales. De este modo, la oposición política, en lugar de buscar mantener al Gobierno dentro de los estrictos límites de la legalidad y ofrecerle una gestión alternativa de la crisis, buscará desacreditar al partido o coalición de partidos que controle las instancias de poder para desbancarlo del mismo, añadiendo más tensión política a una situación de por sí peligrosa para el Estado. Por ello, es preciso que esta crisis sanitaria nos sirva para extraer suficiente experiencia con la que poder realizar importantes innovaciones normativas que mejoren los futuros mecanismos jurídicos de gestión de las diferentes emergencias.<sup>60</sup>

Es fundamental que se reforme, por tanto, el art. 29 constitucional, con la finalidad de que se permita retrasar las elecciones durante la vigencia de algún estado de excepcionalidad, como algunos Estados de

---

<sup>59</sup> Cf., CRUZ, Pablo, MÉNDEZ, Benjamín, CULEBRO, Jorge, "Liderazgo y la gestión de crisis en México: un área de prácticas improvisadas en gobiernos sub-nacionales", *Revista Mexicana de Análisis Político y Administración Pública*, Guanajuato, Universidad de Guanajuato, vol. IX, núm. 2, julio-diciembre, 2020, p. 34.

<sup>60</sup> Cf., VALADÉS, Diego, "La fuerza normativa de la crisis", *Emergencia sanitaria por COVID-19: Derecho constitucional comparado*, *op. cit.*, p. 240.

la Comisión de Venecia del Consejo de Europa, entre ellos España, establecen. Pues ya a través del art. 41, base V, apartado C, párrafo segundo, inciso c), que faculta al Consejo General del Instituto Nacional Electoral (INE) para conocer cualquier asunto de los órganos electorales federales, se suspendieron las elecciones de los estados de Hidalgo y Coahuila. Pero es conveniente que ello sea posible también para los órganos electorales federales, a través de las reformas constitucionales y legales que se precisen.

Esto se debe a que la gestión de una emergencia será ineficaz y perseguirá objetivos claramente electoralistas cuando se prevea que los comicios están próximos. Pero, para ello, la suspensión de la libertad de expresión que puede tener lugar durante la declaración de los estados de excepción y sitio debe establecer mecanismos que permitan al Gobierno ser controlado sin censura previa ni posterior de todos los parlamentarios y Ejecutivos de las diversas instancias políticas, lo que devuelve la vitalidad a las instituciones de inviolabilidad e inmunidad parlamentaria. Por ello, el papel del Poder Judicial debe mantener activas sus funciones durante estas situaciones, debiéndosele otorgar un papel más protagonista en el control de estas situaciones como instrumento alternativo de la oposición política.

También debe obligarse al Ejecutivo a suministrar al Parlamento toda la información necesaria sobre la gestión de cualquiera de los estados de excepcionalidad, fiscalizados por una oposición eficaz que no busque tanto desgastar al Gobierno sino superar la crisis. Para tal fin es necesario dar mayores mecanismos de control mediático a la minoría parlamentaria durante estos estados, ya que, si fuesen de naturaleza política, condenarían al Estado a la inacción o retrasaría sus decisiones. Además, consideramos que es preciso establecer un mecanismo de consulta popular que pueda ser solicitado por la oposición política,<sup>61</sup> no para decidir si deben celebrarse nuevas elecciones o si el Gobierno debe cesar, sino sólo como medio para evaluar si todavía subsiste la crisis con la suficiente intensidad como para continuar manteniendo cualquiera de los estados. De hecho, al no contemplarse la posibilidad de suspender las elecciones durante una emergencia, podría llegar a producirse un vacío de poder en medio de un conflicto armado. Y ello como consecuencia de obligar al Ejecutivo a elegir entre celebrar elecciones en medio de tal eventualidad o perpetuar su poder de forma ilegal e ilegítima para evitar debilitar la acción del

---

<sup>61</sup> Debe ser un instrumento de la oposición política y no del Gobierno, a fin de evitar su uso para legitimar su poder.

Estado. También será preciso crear mecanismos de gestión de emergencias que tomen en cuenta estudios sobre la psicología de grupos para establecer mecanismos o protocolos que permitan que las decisiones adoptadas por los miembros de cada uno de los organismos sea lo más racional posible. De lo contrario, volveremos a caer en los errores del pasado.

### *Bibliografía*

- AGUILAR, José: “La suspensión de garantías”, *La suspensión de garantías y la vuelta a la normalidad*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4164>
- ÁLVAREZ, Vicente: “Respuestas Jurídicas frente a una situación de emergencia sanitaria”, *El cronista del Estado democrático y social: El coronavirus...y otros problemas*, Iustel, núm. 86-87, marzo-abril, 2020. [https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle\\_revista.asp?numero=86&id=16](https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?numero=86&id=16)
- AYALA, Carlos, “Los retos de la pandemia del COVID-19 para el Estado de Derecho”, *Emergencia sanitaria por COVID-19: Derecho constitucional comparado*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2020. [https://archivos.juridicas.unam.mx/www/site/publicaciones/157Emergencia\\_sanitaria\\_por\\_COVID\\_19\\_Derecho\\_constitucional\\_comparado.pdf](https://archivos.juridicas.unam.mx/www/site/publicaciones/157Emergencia_sanitaria_por_COVID_19_Derecho_constitucional_comparado.pdf)
- BALAGUER, Francisco: “Crisis sanitaria y Derecho Constitucional en el contexto global”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 46, 2020. <https://doi.org/10.5944/trc.46.2020.29106>
- BARCELÓ, Daniel, *Teoría del federalismo y del Derecho constitucional estatal mexicano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3868>
- BARCELÓ, Daniel, “La garantía política de la Constitución mexicana en estados de emergencia”, *COVID-19 y Parlamentarismo. Los parlamentos en cuarentena*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2020. <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/15809>
- BARCELÓ, Daniel, “Controles constitucionales sobre los gobiernos federales y estatales en emergencias sanitarias”, *Emergencia sanitaria por COVID-19: Federalismo*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2020. [https://archivos.juridicas.unam.mx/www/site/publicaciones/153Emergencia\\_sanitaria\\_del\\_COVID\\_19\\_Federalismo.pdf](https://archivos.juridicas.unam.mx/www/site/publicaciones/153Emergencia_sanitaria_del_COVID_19_Federalismo.pdf)

- BARCELÓ, Daniel, “Retos del federalismo ante la pandemia. La experiencia de México”, *COVID-19 y Estados en acción. Un estudio constitucional comparado entre países federales y no federales*, México, Tirant lo Blanch, 2021.
- CANOSA, Raúl: “Ordenación de las fuentes del Derecho en estados de emergencia sanitaria. El caso español”, *COVID-19 y Parlamentarismo. Los parlamentos en cuarentena*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2020. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2020.159.15809>
- CARPIZO, Jorge (coord.), “Algunas notas sobre el sistema presidencial en México”, *Las experiencias del proceso político constitucional en España y México*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1979. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/2/726/1.pdf>
- COSSÍO, José, “La protección Jurídica en la pandemia”, *Coyuntura demográfica. Revista sobre los procesos demográficos en México hoy*, núm. 19, 2021. <http://coyunturademografica.somede.org/la-proteccion-juridica-en-la-pandemia/>
- COTINO, Lorenzo: “Los derechos fundamentales en tiempos del coronavirus. Régimen general y garantías y especial atención a las restricciones de excepcionalidad ordinaria”, *El cronista del Estado democrático y social: El coronavirus...y otros problemas*, Iustel, núm. 86-87, marzo-abril, 2020. <http://www.elcronista.es/El-Cronista-n%C3%BAmero-86-87-Coronavirus.pdf>
- CRUZ, Pablo, MÉNDEZ, Benjamín, CULEBRO Moreno, Jorge, “Liderazgo y la gestión de crisis en México: un área de prácticas improvisadas en gobiernos sub-nacionales”, *Revista Mexicana de Análisis Político y Administración Pública*, Guanajuato, Universidad de Guanajuato, vol. IX, núm. 2, julio-diciembre, 2020. <file:///D:/Downloads/Dialnet-LiderazgoYLaGestionDeCrisisEnMexico-7874929.pdf>
- De la Cueva, Mario, “La suspensión de garantías y la vuelta a la normalidad”, *La suspensión de garantías y la vuelta a la normalidad*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006. <https://goo.gl/MhWTEs>
- DÍAZ, Mariela y ESPEJEL, Alberto, “origen y profundización en la concentración de poder intrapartidario. Los casos del Partido Verde Ecologista de México, el Partido del Trabajo y Movimiento Ciudadano”, *Scielo*, núm. 20, 2020. [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S2007-49642020000200129&lng=es&tlng=es](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2007-49642020000200129&lng=es&tlng=es)

- FERRER, Eduardo y HERRERA, Alfonso: “La suspensión de garantías. Una perspectiva de Derecho comparado y desde la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, *Cien ensayos para el centenario. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, tomo 2, Estudios Jurídicos, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017. <https://goo.gl/4RTj93>
- FIX-ZAMUDIO, Hector: “Los estados de excepción y la defensa de la Constitución”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 111, septiembre-diciembre, 2004. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2004.111.3805>
- GARCÍA, María: “Restricciones a los derechos fundamentales en México en tiempos de emergencias sanitarias”. *COVID-19 y Parlamentarismo. Los parlamentos en cuarentena*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2020. <https://tinyurl.com/y6v96yzz>
- GARGARELLA, Roberto, ROA, Jorge, “Diálogo democrático y emergencia en América Latina”, *Max Plank Institute for comparative public law and international law*, núm. 2020-2021, 2021.
- GENTILE, Jorge, “Control parlamentario del Gobierno en estados de emergencia sanitaria”, *COVID-19 y Parlamentarismo. Los parlamentos en cuarentena*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2020.
- GARCÍA, Javier: “El control parlamentario y otros contrapesos del Gobierno en el estado de alarma y la experiencia del coronavirus”, *COVID-19 y Parlamentarismo. Los parlamentos en cuarentena*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2020.
- GONZÁLEZ, Nuria: “La difícil puesta en marcha de una suspensión de garantías para hacer frente al virus SARS-CoV-2 en México: El manejo de situaciones de excepcionalidad desde un marco jurídico incompleto y fragmentado”, *Emergencia sanitaria por COVID-19: reflexiones desde el Derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2020.
- HERNÁNDEZ, Antonio, “La emergencia por COVID-19 en Argentina”, *Emergencia sanitaria por COVID-19: Derecho constitucional comparado*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2020.
- HUERTA, Carla: “Emergencia sanitaria y distribución de competencias en el Estado mexicano”, *Emergencia sanitaria por COVID-19: Federalismo*, Serie 16, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2020.
- ORTÍZ-GUTIÉRREZ, Julio, “Los poderes excepcionales ante una desafiante pandemia. Experiencias legislativas en estados de excepción”,

*Emergencia sanitaria por COVID-19: Derecho constitucional comparado*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2020. <https://www.studocu.com/es-mx/document/universidad-nacional-autonoma-de-mexico/derecho-constitucional/157emergencia-sanitaria-por-covid-19-derecho-constitucional-comparado/33142279>

- PELAYO, Carlos, “La suspensión de garantías en la Constitución de 1917 ayer y hoy: Lecciones del pasado y del presente para el futuro inmediato”, *Cien ensayos para el centenario. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, tomo 2, Estudios Jurídicos, 2017. <http://ru.juridicas.unam.mx:80/xmlui/handle/123456789/36481>
- RUIPÉREZ, Javier, “Montesquieu en el Estado de partidos”, *Poderes tradicionales y órganos constitucionales autónomos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2020. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/13/6169/16.pdf>
- RODRÍGUEZ, FRANCISCO, MENDIVIL, Carmen, “La democracia interna de los partidos políticos en México”, *Revista de Investigación Académica sin Frontera*, núm. 25, 2017. <https://doi.org/10.46589/rdiasf.v0i25.136>
- ROCA, María, “La suspensión del Convenio Europeo de Derechos Humanos desde el Derecho español: procedimiento y control”, *Revista Española de Derecho Europeo*, núm.72, 2019. <http://www.revistas-marcialpons.es/revistaespanoladerechoeuropeo/article/view/43/64>
- SALAZAR, Pedro, “Covid-19: la dimensión legal”, *Hechos y Derechos*, núm. 56, marzo-abril, 2020. <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/hechos-y-derechos/article/view/14526/15638>
- SERNA, José, “Federalismo: Emergencia sanitaria y competencias en México”, *COVID-19 y Parlamentarismo. Los parlamentos en cuarentena*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2020.
- VALADÉS, Diego: “La fuerza normativa de la crisis”, *Emergencia sanitaria por COVID-19: Derecho constitucional comparado*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2020.
- VEGAS, José, RÍOS, Marcel, RODRÍGUEZ, Ruth, “Redes sociales y plataformas de fact-checking contra la desinformación sobre la COVID-19”, *Hipertext.Net*, núm. 21, 2020. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7768203>

#### *Fuentes normativas*

Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José), 22 de noviembre de 1969.



Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Constitución publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de febrero de 1917.

Ley General de Salud del 7 febrero de 1984.

Reglamento para El Gobierno Interior del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos. Nuevo Reglamento publicado en el Diario Oficial de la Federación el 20 de marzo de 1934. Última reforma publicada DOF 24-12-2010.

*Fuentes jurisprudenciales*

Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos “Radilla Pacheco” de 15 de diciembre de 2009.

Sentencia Guzzardi c. Italia de 6 noviembre 1980 [TEDH 1980, 7], serie A núm. 39, p. 31, ap. 86.

Sentencia Amuur c. Francia, de 25 de junio de 1996, caso [TEDH 19776/92].

STC 7/2012, del 11 de febrero.

STC168/2021, del 5 de octubre.

**Presupuestos participativos:  
democracia en el combate a la corrupción**

*Participative budget:  
democracy against corruption*

ALEJANDRO DOMÍNGUEZ LÓPEZ VELARDE  
Universidad de Castilla-La Mancha, España  
[alejandrodom94@gmail.com](mailto:alejandrodom94@gmail.com)  
<https://orcid.org/0000-0002-2447-3406>

Recibido: 29/11/2021

Aceptado: 21/06/2022

<https://doi.org/10.36105/iut.2022n36.03>

RESUMEN

Las transformaciones políticas y sociales que dieron origen a la democracia participativa trajeron consigo nuevas demandas de la ciudadanía, como lo es su participación en las decisiones públicas con un impacto colectivo. Derivado de ello, se crean herramientas que permiten a la sociedad incidir en este tipo de asuntos, como el presupuesto participativo, al mismo tiempo que trae consigo la oportunidad de que surja, como ventaja, la transparencia, control y vigilancia de los recursos públicos, lo que abona al combate a la corrupción.

**Palabras clave:** participación ciudadana, presupuesto participativo, administraciones públicas, democracia, mecanismos de participación ciudadana.

## ABSTRACT

*The political and social transformations that gave rise to participatory democracy brought with them new demands from citizens such as their participation in public decisions with a collective impact. For this reason, these tools are created that allow society to influence these types of issues such as Participatory Budgeting. At the same time, it brings with it the opportunity for transparency, control and surveillance of public resources to emerge as an advantage, which contributes to the fight against corruption.*

**Keywords:** *citizen participation, participative budget, public administrations democracy, citizen participation mechanism.*

## Introducción

Un componente vital para el combate a la corrupción, al tiempo que lo es para el funcionamiento y mejoramiento de las democracias y de la intervención de los gobiernos locales en los territorios, es la participación ciudadana. Ésta vincula a la ciudadanía organizada con el desarrollo de la sociedad y el rumbo del gobierno, su incidencia, la capacidad de transformación de los asuntos públicos y el quehacer gubernamental, hacen notar que la ciudadanía es referente en la identificación de los errores o ausencias de las administraciones públicas y son áreas de oportunidad para explotar dentro de la arquitectura institucional en el orden local. Como lo menciona Sánchez,<sup>1</sup> la colaboración de la ciudadanía hace que la gestión de los gobiernos sea eficiente en la atención de las demandas de las personas, pues la gestión local se encontraría con un mayor control social, promoviendo que la ciudadanía exija mayor transparencia en la administración de los asuntos públicos. En ese orden de ideas, la participación de la ciudadanía en los asuntos públicos representa una herramienta para promover el mejor desempeño de las administraciones públicas locales en el cumplimiento de sus funciones, al estar ubicada dentro de la dinámica de la gobernanza en las estrategias anticorrupción de los gobiernos locales, posibilitando la vinculación del Estado con la sociedad civil, por ejemplo, en la toma de decisiones o en la conducción de los destinos de alguna parte de los recursos públicos.

---

<sup>1</sup> SÁNCHEZ, Rolando, *La construcción social del poder local. Actores sociales y posibilidades de generación de opciones de futuro*, México, El Colegio de México, 2005.

En el complejo proceso de democratización de los estados, una de las innovaciones más relevantes es la incorporación de mecanismos de participación ciudadana (MPC) en los asuntos públicos —más allá de las elecciones de representantes populares—, y dentro de los instrumentos más relevantes, se encuentran los presupuestos participativos (PP), como uno de los mecanismos que puede llegar a abonar a la transparencia en el uso de recursos públicos en los municipios; mediante los cuales, una población puede definir o contribuir a la definición del destino de los recursos públicos de las administraciones públicas municipales, e intervenir en las labores de gestión, evaluación y seguimiento de las funciones gubernamentales, especialmente en la ejecución de obras y servicios públicos municipales. Este instrumento, como lo advierte Ziccardi,<sup>2</sup> de cumplirse con ciertas condiciones tiene el potencial de constituirse en una efectiva participación de la población en los procesos decisorios, además de convertirse en un mecanismo que incorpore a la sociedad en la gestión de las políticas públicas de los municipios.

Sin embargo, como lo señala Naciones Unidas<sup>3</sup> y lo profundiza Goldfrank,<sup>4</sup> previo a la implementación del PP deben existir algunas condiciones, como lo son el capital social, la voluntad política de las autoridades municipales, personal competente en la administración municipal, tamaño reducido del municipio, recursos suficientes, descentralización política y, desde luego, las condiciones legales que dispone la normatividad en cada entidad. Por todo lo anterior, el presente trabajo busca aproximar y analizar la participación ciudadana en México, los conceptos entorno a la participación y la corrupción, así como la referencia del estatus de esta última en este país; asimismo y en cuanto a los PP hablar de su naturaleza y antecedentes, las condiciones, los factores y formas en que se implementan y también los posicionamientos respecto a las bondades y desventajas de su implementación en el combate a la corrupción.

---

<sup>2</sup> ZICCARDI, Alicia, “Introducción: claves para el análisis de la participación ciudadana y las políticas sociales del espacio local”, *Participación ciudadana y políticas sociales del ámbito local*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Sociales, 2005, pp. 9-19.

<sup>3</sup> UN-HABITAT, *¿Qué es y cómo se hace el presupuesto participativo? 72 respuestas a preguntas frecuentes sobre presupuestos participativos municipales*, 2004. <http://biblioteca.udgvirtual.udg.mx/jspui/handle/123456789/1015>

<sup>4</sup> GOLDFRANK, Benjamin, “Los procesos de “presupuesto participativo” en América latina: éxito, fracaso y cambio”, *Revista de Ciencia Política*, vol. 26, núm. 2, pp. 3-28.

*Índice de participación ciudadana en México*

En México existe una gran cantidad de MPC, orientados a diversas temáticas del ejercicio de la autoridad, sin embargo, su alcance o nivel de incidencia sigue siendo limitado. De acuerdo con información de los censos de gobierno del Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI),<sup>5</sup> tan sólo en el año 2016 las autoridades estatales y municipales reportaron la existencia de alrededor de doce mil MPC, 304 en las entidades federativas (los principales temas en donde existen estos mecanismos a nivel estatal son: seguridad pública, educación, contraloría, desarrollo social, y planeación y evaluación), y poco más de 11,800, en los municipios (los principales temas en donde existen instrumentos de participación a escala municipal son: obras públicas, seguridad pública, salud, educación y desarrollo social). A lo anterior se le suman la información de la última Encuesta Nacional sobre Cultura Política y Prácticas Ciudadanas (ENCUP),<sup>6</sup> que arroja los datos en donde el 5% de los ciudadanos entrevistados declararon tener poco interés en la política; cuatro de cada diez personas ciudadanas piensan que en el futuro tendrán menos posibilidades de influir en las decisiones de gobierno. Ante la existencia de un problema que aqueja a la ciudadanía, resultó que las acciones más frecuentes a las que recurre el ciudadano para darle solución es el organizarse con otras personas; 44% de la población entrevistada identifica que, para trabajar en una causa común, resulta extremadamente complicado organizarse con otros ciudadanos y se obtuvieron datos en donde ocho de cada diez ciudadanos están de acuerdo en que el ejercicio del voto es el único mecanismo con el que cuentan para decir si el gobierno hace bien o mal las cosas.

Pareciera que los MPC en los estados y municipios pudieran, además, contribuir a revertir la situación descrita y aportar al fortalecimiento de la capacidad de los ayuntamientos para contribuir a la gobernabilidad democrática, sin embargo, a pesar de la alta densidad de MPC observados en México a escala estatal (9.5 instrumentos promedio

---

<sup>5</sup> INEGI, Censo Nacional de Gobierno, Seguridad Pública y Sistema Penitenciario Estatales 2017. Censo Nacional de Gobiernos Municipales y Delegacionales 2017. <http://www.beta.inegi.org.mx/programas/cngmd/2017/>

<sup>6</sup> Secretaría de Gobernación, *Encuesta nacional sobre cultura política y prácticas ciudadanas 2012, Principales resultados*, México, SEGOB, 2013. [http://www.encup.gob.mx/es/Encup/Quinta\\_ENCUP\\_2012](http://www.encup.gob.mx/es/Encup/Quinta_ENCUP_2012)

por entidad federativa) y municipal (5 instrumentos promedio por municipio), uno de los problemas fundamentales de esta clase de instrumentos es que suelen acotar la participación a procesos consultivos poco vinculados con las decisiones públicas. De acuerdo con el análisis de la información oficial disponible, del total de MPC reportados por las autoridades estatales y municipales en el país, poco más del 40% se clasificaron como instrumentos de carácter consultivo (consejos ciudadanos o consultivos), un porcentaje similar se asocia a esquemas consultivos y de seguimiento (comités ciudadanos) y alrededor del 10% se catalogó en la categoría de “otros”. Al respecto, el estudio *Mecanismos de participación ciudadana a nivel municipal en México 2015* de la organización no gubernamental Participando por México,<sup>7</sup> destaca que alrededor de dos terceras partes de los MPC existentes en los municipios son de carácter consultivo y alrededor del 30% de democracia directa (plebiscito, referéndum, etcétera). Sólo un porcentaje pequeño de los MPC identificados (alrededor de 10%) apuntan hacia la construcción de esquemas iniciales de colaboración y de democracia deliberativa, como lo son los PP.

### *Participación ciudadana en el combate a la corrupción*

#### *Marco conceptual*

Para los efectos del presente texto, conviene revisar algunas referencias conceptuales que permitan acercarse a una definición clara y objetiva de la corrupción. Dentro de las definiciones del concepto de “corrupción” que impera en la nueva generación de los estudios en la materia y que permiten no encasillar a esta conducta en actividades propias de las instituciones del gobierno, sino de prácticamente cualquier relación humana y de organizaciones privadas o sociales, se encuentran las de Van Duyne,<sup>8</sup> quien la concibe como una ausencia de honradez que se genera, cuando una persona encargada de decidir acepta o solicita una desviación del criterio que debería regir tal decisión a cambio de alguna recompensa. Asimismo, las propuestas de Leopore, Aguilar<sup>9</sup> y

<sup>7</sup> Participando por México, *Mecanismos de participación ciudadana a nivel municipal en México 2015*. <http://mpcmx.org/content/tuning/offer.html>

<sup>8</sup> VAN DUYN, Petrus, “Corruption in Acts and Attitudes”, *Forum on Crime and Society*, vol. 1, núm. 2.

<sup>9</sup> LEPORE, Walter, AGUILAR, Israel, *El mecanismo de sanciones en el ámbito federal mexicano, 2005-2008. Un primer acercamiento empírico*, México, Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE), 2012.

Seña<sup>10</sup> quienes entienden este concepto como una violación de un deber por parte de personas que, aprovechándose de su posición jerárquica institucional, desobedecen o contradicen una obligación para obtener beneficios ilegítimos, o como un beneficio que genera bienestar individual sobre el bienestar colectivo. Sin embargo, estas definiciones aparecen con carácter general, y es necesario particularizar para poder distinguir entre la corrupción que se da en el ámbito privado y la que se da en el ámbito público, donde se inserta la discusión de interés en torno a los PP. Para ello, conviene retomar la reflexión de Joseph Nye<sup>11</sup> quien afirma que la corrupción es una conducta que genera enriquecimiento económico o social, derivada de actividades formales de un servicio o cargo público a partir de una consideración privada, a través de violaciones de reglas. De esta manera, es posible afirmar que la corrupción es entendida como un problema que se ha concentrado en torno al ejercicio del poder público (esto es, respecto a las atribuciones de la administración pública que se depositan en las autoridades), de interés necesario para todos los que forman parte de una comunidad política. Sumado a lo anterior, para efectos prácticos de este trabajo, entenderemos sintéticamente por “combate a la corrupción” a aquellas actividades orientadas a la prevención o a la eliminación de conductas que comprenden un desvío de poder público para fines personales (económicos o no) por parte de personas que tienen responsabilidad en ese ámbito.

Cabe referir en este apartado el concepto de “democracia deliberativa”, concepto que Elster,<sup>12</sup> lo refiere como la toma colectiva de decisiones con participación de quienes han de ser afectados por la decisión o por sus representantes; decisión por medio de argumentos ofrecidos por y para los participantes que están comprometidos con los valores de racionalidad e imparcialidad.

Por otro lado, cuando hablamos de una democracia ejercida; a la participación de actores que negocian intereses en la toma de decisiones de gestión pública; a las demandas escuchadas en las agendas polí-

---

<sup>10</sup> SEÑA, José, “La corrupción: algunas consideraciones conceptuales y contextuales”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 104, 2016.

<sup>11</sup> NYE, Joseph, Corruption and Political Development, *American Political Science Review*, vol. 6, núm. 2, pp. 417-427.

<sup>12</sup> ELSTER, J., SLAGSTAD, R., *Constitucionalismo y democracia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1999.

ticas, nos referimos al paradigma del concepto de “gobernanza” que desarrolla Martínez, García y Trejo.<sup>13</sup>

Finalmente, hemos de definir el concepto de “institucionalidad” más allá de la definición tradicional de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) que la refiere como “el conjunto de organismos estatales encargados del diseño, la coordinación, la ejecución y el financiamiento de las políticas sociales”<sup>14</sup> podemos complementar este concepto como las reglas, valores y recursos presentes en la sociedad, que se cristalizan en normas, leyes y prácticas sociales, entre otras externalidades, y van conformando formas de relación entre actores sociales y especifican modalidades de organización propias de cada país.

### *Estatus de la corrupción en México*

Según cifras del último Índice de Percepción de la Corrupción (IPC) de 2020,<sup>15</sup> publicado por Transparencia Internacional, más de dos tercios de los países muestran signos de estancamiento o de retrocesos en sus esfuerzos anticorrupción. A nivel regional, el informe Barómetro Global de la Corrupción (BGC): América Latina y el Caribe (2019), revela que más de la mitad del total de la ciudadanía de 18 países de Latinoamérica y el Caribe considera que la corrupción se está agudizando en su país y que los gobiernos no están tomando medidas suficientes para enfrentar este problema. Ahora bien, a nivel nacional, la última Encuesta Nacional de Calidad e Impacto Gubernamental (ENCIG)<sup>16</sup> de 2019, identifica que, en México, la tasa de prevalencia de corrupción se incrementó de 14,635 víctimas por cada 100,000 habitantes en 2017, a 15,732 en 2019; al igual que la tasa de incidencia, la cual pasó de

<sup>13</sup> MARTÍNEZ, M., GARCÍA, M., TREJO, J., “Presupuesto participativo, parte integrante de la gobernanza; caso de estudio: la Ciudad de México”, *Estudios sobre el desarrollo regional en México desde la perspectiva financiera, social, educativa y empresarial. Un enfoque interdisciplinario*, p. 65.

<sup>14</sup> CEPAL, *Panorama Social de América Latina y el Caribe 1997*, Santiago de Chile, Naciones Unidas. 1997, p. 157.

<sup>15</sup> Desde su creación en el año 1995, el Índice de Percepción de la Corrupción (IPC) se ha convertido en el indicador global de referencia sobre la corrupción en el sector público. El IPC califica a 180 países y territorios en función de sus niveles percibidos de corrupción en el sector público, a partir de 13 evaluaciones de expertos y encuestas a empresarios. Utiliza una escala de 0 (corrupción elevada) a 100 (sin corrupción). [https://images.transparencycdn.org/images/CPI2020\\_Report\\_EN\\_0802-WEB-1\\_2021-02-08-103053.pdf](https://images.transparencycdn.org/images/CPI2020_Report_EN_0802-WEB-1_2021-02-08-103053.pdf)

<sup>16</sup> Su objetivo es recabar información sobre las experiencias y la percepción de la población con trámites y servicios públicos que proporcionan los diferentes niveles de gobierno, incluyendo servicios de seguridad pública y justicia, que aporte elementos para la toma de decisiones de política pública. <https://www.inegi.org.mx/programas/encig/2019/#Documentacion>



25,541 actos de corrupción por cada 100,000 habitantes en 2017 a 30,456 en 2019; y el mayor porcentaje en experiencias de corrupción se estimó en el contacto con autoridades de seguridad pública con 59.2% de los casos, seguido de los trámites relacionados con permisos de uso de suelo, demolición o construcción, solicitudes de constancias de libertad de gravamen u otros trámites en el Registro Público de la Propiedad con 25 por ciento.

### *Presupuestos participativos*

#### *Su concepto y naturaleza*

Dentro de las primeras definiciones que se encuentran sobre los PP, es la de Genro y del economista De Souza,<sup>17</sup> participante de la implementación del PP en Porto Alegre (Rio Grande, Brasil), quien señala que el PP es un proceso en el cual la ciudadanía discute y decide sobre el destino del presupuesto público y las acciones o políticas públicas llevadas a cabo por la autoridad. Se caracteriza por una democracia directa, voluntaria y universal, donde se crea un espacio público de encuentro entre la ciudadanía y el gobierno, que se convierte, por lo tanto, en un espacio de decisión auténtico. Por su parte, Kunrath y Flávio, señalan que el PP “se fundamenta en la posibilidad de instituir un gobierno efectivamente popular en el que se pueden incorporar mecanismos que permitan trasladar poder a la ciudadanía”.<sup>18</sup> Finalmente, es menester considerar a los PP con las características que Aguirre<sup>19</sup> y Cabannes<sup>20</sup> señalan, en virtud de que los procesos que integran estos MPC tienen sustento en descentralizar y democratizar tanto las acciones que realizan los gobiernos como la gestión del presupuesto local, buscando un desarrollo regional a partir de la mejora del sistema democrático local. Podemos afirmar, a manera general, que el mecanismo del PP es un proceso democrático innovador mediante

<sup>17</sup> GENRO, T., DE SOUZA, U., *Presupuesto Participativo. La experiencia de Porto Alegre*, Argentina, EUDEBA, 1998.

<sup>18</sup> KUNRATH, Marcelo, FLÁVIO, Sacco, “El Presupuesto Participativo en Brasil: Un Abordaje Crítico sobre la experiencia de Porto Alegres, RS”, *Democracia y Presupuestos Participativos*, Barcelona, Icaria, 2003, p. 40.

<sup>19</sup> AGUIRRE, M., *Participación ciudadana en la gestión pública local. El caso del Presupuesto Participativo de Medellín, 2004-2008*, [Tesis de maestría], Medellín, Colombia, Universidad de Antioquia, p. 48.

<sup>20</sup> CABANNES, Yves, “Participatory budgeting: a significant contribution to participatory democracy”, *Environment and Urbanization*, vol. 16, núm. 1, pp. 27-46.

el cual la ciudadanía colectivamente puede proponer, al mismo tiempo que decidir de forma abierta, la forma en que se usará el recurso público de su municipio en obras o servicios ejecutados por los gobiernos locales. Debe advertirse que el concepto de “presupuesto” debe entenderse más allá de un término técnico que hace referencia a los ingresos y egresos; para efectos de la presente investigación, es preciso considerar lo que Avilés<sup>21</sup> señala al respecto de este concepto, en cuanto a que el presupuesto es la herramienta mediante la cual los gobiernos organizan planes de acción, y constituye la estructura de gestión y planificación más importante de la administración local. Este concepto de presupuesto nos hará reconocer que la ciudadanía es el gran ausente, tanto en la definición de las prioridades estratégicas como en la posibilidad de control de la forma en que el gobierno administra los recursos públicos, lo que comprende el punto de partida del planteamiento general de este trabajo. Tal como Fallas & Quiróz<sup>22</sup> lo refieren, una mayor participación en el proceso de asignación del gasto público no debe entenderse como una interferencia de la ciudadanía sobre la asignación de presupuesto en los órganos públicos, sino como un involucramiento proactivo y directo de la sociedad, debidamente informada y organizada, en el proceso de identificación y diseño de las políticas públicas, objetivos, metas, estrategias, y en la planificación del desarrollo. Esto es, no se trata de modificar la técnica mediante la cual se realizan los presupuestos, sino que el proceso tenga un mayor impacto social incluyendo la expresión de la sociedad, que será finalmente quien recibirá o resentirá el impacto del gasto público ejercido.

Ahora bien, al respecto de su naturaleza, se considera a los PP como un “mecanismo de participación, toda vez que permite a la ciudadanía, bajo una estructura organizada que incorpora elementos de democracia directa y participativa, intervenir en actividades públicas propias de la administración gubernamental, con el objeto de hacer valer sus opiniones e intereses colectivos y opiniones territorializadas y sectorizadas”.<sup>23</sup> Asimismo, los PP tienen un carácter de mecanismo de control y transparencia en el combate a la corrupción, complemento de la

---

<sup>21</sup> AVILÉS, Francisco, “Técnicas de organización de los presupuestos participativos”, *Temas para el Debate*, núm. 113.

<sup>22</sup> FALLAS, Roberto, QUIROZ, Fabián, Costa Rica: Análisis Crítico del Proceso Presupuestario, Santiago de Chile, ILPES, 2010.

<sup>23</sup> CUNILL, Nuria, *Participación Ciudadana*, Caracas, Venezuela, Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD), Nueva Sociedad, 1991.

democracia representativa articulado a una democracia deliberativa, como promotor de la cultura cívica y como política pública incluyente, con incidencia en la democracia local:

- 1) Como mecanismo de control y transparencia, toda vez que crea un espacio para el debate público, además de procesos de toma de decisiones colectivas y colabora como mecanismo de control y rendición de cuentas en virtud de lo invertido y ejecutado, año tras año.
- 2) Como complemento de la democracia representativa articulado a una democracia participativa, toda vez que estos MPC surge como iniciativa política e institucional para reforzar vínculos entre decisiones gubernamentales y la ciudadanía; profundiza la democracia y refuerza el carácter deliberativo de la decisión sobre los asuntos públicos, dando un rol a la diversidad de actores sociales participantes, en la gestión del desarrollo social.
- 3) Como promotor de la cultura cívica ciudadana, toda vez que “comprende un carácter pedagógico y cultural, ya que da a conocer a la ciudadanía una nueva manera de intervenir, al contener en su esencia el elemento de apertura institucionalizada de discusión y deliberación, lo que genera una experiencia de aprendizaje en temas de ciudadanía y democracia, a través de una educación informal”<sup>24</sup> fortaleciendo, finalmente, la democracia.
- 4) Como política pública incluyente con incidencia en la democracia local, toda vez que “los PP se orientan a establecer nuevos canales de vinculación con la sociedad civil y sus intereses colectivos, donde existe un marco metodológico que mejora la calidad del proceso de los PP, que encuentra incluso similitudes con el ciclo de formulación de políticas públicas”.<sup>25</sup>

---

<sup>24</sup> Es de destacarse igualmente un fragmento de las respuestas a una persona entrevistada, participante de los PP de la Ciudad de Rosario, en Argentina: “(...) *Ahora me siento mejor resolviendo problemas en el Presupuesto Participativo y en mi vida personal. Puedo canalizar mejor los conflictos y las respuestas. Puedo darme cuenta qué tiene que ver con la comunidad y qué con lo personal, lo cual me ayuda a explicar las raíces de los problemas.*” (Lerner y Schugurensky, 2007, p. 12).

<sup>25</sup> GORBÁN, Pablo, “El Presupuesto Participativo como instrumento para el proceso de formación de políticas públicas: el caso Rosario”, *II Seminario Cono Sur de Estudios Sociales, Humanidades y Relaciones Internacionales, El Cono Sur frente al Bicentenario*, 2006.

*Antecedentes históricos, políticos y jurídicos*

Los PP se han ostentado, desde su primera implementación a nivel mundial, como una herramienta que ha auxiliado a generar un involucramiento y participación de la sociedad en el funcionamiento del gobierno. Los orígenes de los PP se remontan a finales de la década setenta y comienzos de los ochenta, en las ciudades de Lages, Boa Esperança y Pelotas, Brasil, en donde los gobiernos municipales encabezados por el Partido del Movimiento Democrático Brasileño (PMDB),<sup>26</sup> “sometían a consideración del debate público el presupuesto de la administración municipal”.<sup>27</sup> Otros autores, como Gómez<sup>28</sup> identifican también ciudades brasileñas, como Vitória, Vila Velha, Uberlândia que, igualmente en la década de los setenta, ya implementaban este tipo de ejercicios. Sin embargo, la mayor parte de la doctrina presenta a los PP (*Orçamento Participativo*, OP-POA, por sus siglas en portugués) como invención del Partido del Trabajo (PT) en Porto Alegre, Brasil, en 1989, un año después de que, en ese país, la Asamblea Constituyente adoptara una nueva constitución federal, en donde se definía al régimen brasileño como una democracia representativa y participativa. La capital del estado de Rio Grande do Sul contaba con una extensión territorial de 497 km<sup>2</sup> para ese año y la población llegaba a un millón 300 mil habitantes. Porto Alegre había concluido el año anterior un proceso electoral donde salió victoriosa la coalición de partidos de izquierda encabezada por el PT que llevó a la alcaldía a Olívio Dutra, a quien le acompañaron en su equipo de trabajo dirigentes provenientes de la misma ideología partidaria, del sindicalismo y militantes de los movimientos urbanos.

Es importante mencionar las siguientes previsiones jurídicas que en ese entonces estaban vigentes en Brasil y en el Estado de Rio Grande do Sul: la constitución federal, en su artículo primero y quinto, daba

---

<sup>26</sup> Es de destacar que los presupuestos participativos han sido promovidos por partidos de izquierda o centro-izquierda y, en muchas ciudades, han sido el fruto de movimientos de la sociedad civil.

<sup>27</sup> GOLDFRANK, Benjamin, SCHNEIDER, Aarón, “Construcción institucional competitiva: el PT y el Presupuesto Participativo de Rio Grande Do Sul”, *Diseño institucional y participación política: experiencias en el Brasil contemporáneo*, Buenos Aires, CLACSO, pp. 25-291.

<sup>28</sup> GÓMEZ, E., “El presupuesto participativo entre democracia, pobreza y desarrollo”, *Investigación & Desarrollo*, vol. 15, núm. 1, pp. 56-77.

una base constitucional a los intentos de instituir la participación ciudadana en la gestión pública, así como a establecer el derecho de reunión y el derecho de petición a los poderes públicos. Con respecto al presupuesto público, tanto la constitución federal (artículo 165), la constitución estatal (artículo 149,) y las leyes orgánicas municipales, dieron la facultad para su elaboración al Poder Ejecutivo. Asimismo, la Ley de Responsabilidad Fiscal del año 2000 (artículo 48) disponía que la transparencia será asegurada mediante el incentivo a la participación popular y a la realización de audiencias públicas, durante los procesos de elaboración y discusión de los planes, ley de directrices presupuestarias y presupuestos. A manera de contrapeso, se le reconocía al Poder Legislativo la facultad de transformar la propuesta de presupuesto en ley. Por su parte, en Porto Alegre se incorporó en la Ley Orgánica de 1990 (artículo 116) el derecho a la participación popular en todas las etapas de la orientación presupuestal.<sup>29,30</sup>

Pareciera que la democratización de una ciudad gobernada por una coalición de izquierda y la descentralización legislativa fueran suficientes para dar origen y ejecutar los PP en Porto Alegre, pero como hemos dicho, la voluntad política tiene un peso considerable. Con el PT dirigiendo una ciudad, pero con un Poder Legislativo de oposición mayoritario a este partido, Dutra llega a la alcaldía con dificultades para la aprobación de leyes de presupuesto y, consecuentemente, con una ciudad detenida por el mismo (a pesar de que históricamente, se ha considerado a Porto Alegre como una de las tres ciudades con mejores indicadores en calidad de vida); tanto él como su partido buscaron un mecanismo para lograr aterrizar recursos a su municipalidad y con un buen motivo (como lo era la participación ciudadana directa), surgen los PP como alternativa. Sin embargo, además de la voluntad política y la disponibilidad de recursos, Dutra se enfrentaba a otro obstáculo: la desconfianza de la ciudadanía en las instituciones, misma que enfrentó con la presencia permanente de funcionarios del gobierno en todas las zonas de la ciudad, donde se organizaron consejos populares que comenzaron a identificar las principales necesidades y problemáticas de la ciudad.

---

<sup>29</sup> NAVARRO, Zander, "Democracia y control social de fondos públicos. El caso del presupuesto participativo de Porto Alegre (Brasil)", *Lo público no estatal en la reforma del Estado*, Buenos Aires, CLAD-Paidós, pp. 291-332.

<sup>30</sup> GRET, Marion, SINTOMER, Yves, "Porto Alegre. L'espoir d'une autre démocratie", *La Découverte et Syros*, París, p. 139.

## *Antecedentes de los PP en México*

Para iniciar el análisis de los antecedentes de los PP en México, es preciso señalar que México se constituye como un país federal, con tres niveles de gobierno (municipal, estatal y nacional) con facultades distintas para regular ciertas materias, entre ellas la participación ciudadana. El artículo 115 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) establece, desde 1999, la atribución a los municipios de regular y asegurar la participación ciudadana en la gestión municipal; sin embargo, esta regulación no se encuentra armonizada en todos los ayuntamientos y, desde luego, en todos los estados. Además, no existe una ley nacional para estos MPC, por lo que cuando se trata de la normatividad de los PP, esta emana de la instancia estatal o municipal. Sin embargo, en la mayoría de las legislaciones y estatutos locales, la participación ciudadana se inserta en términos generales y sin particularizar en los PP. A pesar de ello, en 22 entidades hay leyes de participación ciudadana en las cuales se encontró una institucionalización progresiva de los PP, tales como la Ciudad de México, Colima, Jalisco, Michoacán y Sonora.

En el pasaje del estado mexicano, el antecedente más remoto de este tipo de MPC en México, se encuentra en Tepic, Nayarit, entre 1970-1972. Con la llegada del Partido Socialista, en la capital nayarita se formaron los comités del pueblo, los cuales recibían una partida presupuestal cuyo destino decidían los pobladores, para luego reportarse al gobierno.<sup>31</sup> Otra de las primeras experiencias de PP en gobiernos locales de México, lo podemos encontrar de manera no explícita en el municipio de Cuquío, Jalisco, en el año 1993, donde se creó el Consejo Democrático Municipal, conformado por la ciudadanía representativa de consejos comunitarios de distintas localidades que, mediante procedimientos participativos complejos, gestionaron y decidieron principalmente sobre el uso de recursos municipales para obra pública. Este consejo figuró como un espacio de planeación y toma de decisión con MPC que tuvo importantes logros en el desarrollo comunitario en materia de redistribución de recursos e ingreso, priorización de actividades, organización, capacitación y aprendizaje ciudadano. A tal grado que, esta experiencia, fue reconocida en el 2001 con el premio “Gobierno y Gestión Local” que entrega el Centro de Investigación y Docencia

---

<sup>31</sup> HERNÁNDEZ, E., VELASCO, G., Nuevas políticas públicas: el presupuesto participativo. El caso de los municipios de la Zona Metropolitana de Guadalajara, *Nueva agenda pública para Jalisco*, México, Universidad de Guadalajara, Prometeo Ediciones, pp. 267-298.

Económicas (CIDE), año con año.<sup>32</sup> Además de las primeras experiencias de PP en Nayarit y Cuquío, repetida anualmente de manera ininterrumpida hasta 2002, encontramos antecedentes en San Pedro Garza García (de 2003 a la fecha) y en Santa Catarina (de 1997 a 2011) en el Estado de Nuevo León; la de Ecatepec de Morelos, Estado de México (de 2006 a 2009), en las delegaciones (hoy alcaldías) de Tlalpan, Cuauhtémoc y Miguel Hidalgo en el otrora Distrito Federal (hoy Ciudad de México) desde el 2001; la de los municipios de la Zona Metropolitana de Guadalajara a partir de 2011 y hasta la fecha, como lo es en Zapopan; y en Chihuahua, los municipios de Chihuahua, Cuauhtémoc, Delicias, Parral y Juárez donde se realizan desde 2018.

### *¿Cómo es el desarrollo de los PP en la práctica?*

Parte de la esencia de este tipo de descentralización es que es distinto en cada municipalidad en donde se desarrolla. La participación ciudadana en el modelo de PP comprende un conjunto de acciones de la ciudadanía donde interactúan en un marco de gestión local las instituciones y la sociedad, que ejerce un papel activo en cada etapa del proceso de los PP con tres dimensiones centrales que podemos identificar, las cuales son: diagnóstico (donde se identifican las necesidades, se informa, se sensibiliza y se divulga), formulación (se elabora la propuesta, se aplican criterios técnicos y legales; y se priorizan proyectos), y ejecución (se incorporan los acuerdos participativos del presupuesto, se ejecutan, y se da seguimiento a las obras y servicios realizados a través de este mecanismo, mediante la evaluación y la rendición de cuentas). Ahora bien, podemos ubicar igualmente las características básicas del PP, siguiendo a Llamas:<sup>33</sup>

1. Participación directa en el proceso por parte de la ciudadanía.
2. Se delibera, priorizan proyectos e intereses colectivos, y se toman decisiones a través de asambleas o audiencias ciudadanas.
3. Es un proceso autorregulado, donde las reglas y mecánicas de participación en el proceso son claras y transparentes.

---

<sup>32</sup> RODRÍGUEZ, Carlos, QUINTANA, Roberto, *Las incongruencias de la participación ciudadana y la descentralización en municipios rurales: el caso de Cuquío, Jalisco en México, Políticas públicas como objeto social: imaginando el bien público en el desarrollo rural latinoamericano, Guatemala*, FLACSO, 2003. <https://biblio.flacsoandes.edu.ec/catalog/resGet.php?resId=25225>

<sup>33</sup> LLAMAS, Felipe, Los presupuestos participativos: nuevos mecanismos de innovación democrática en los gobiernos locales, *Psychosocial Intervention*, vol. 13, núm. 3, pp. 325-344.

4. El monto para destinarse se establece a través de criterios de asignación presupuestaria, en función de una mejor redistribución de los recursos.
5. Existe una combinación de mecanismos de democracia directa con mecanismo de democracia representativa.

Por otro lado, y como se muestra en la Tabla 1, los PP corresponden a un proceso donde podemos encontrar tres niveles de participación ciudadana:

TABLA 1: Niveles de Participación Ciudadana en los PP

1) <b>Desarrollo y ejecución del presupuesto que afecta el sistema de participación y relaciones ciudadana.</b>	Refleja la participación ciudadana en la puesta en práctica de las políticas públicas y la capacidad de concretar en la realidad las posibilidades de cogestión de lo público.
2) <b>Diseño, elaboración del presupuesto, y metodología.</b>	Permite conocer qué nivel de participación tiene la ciudadanía en la propuesta de prioridades y qué capacidad tienen sus representantes de tomar decisiones sobre la asignación de los recursos en términos de provisiones.
3) <b>Control y transparencia.</b>	Afecta al sistema de información, comunicación y evaluación de la gestión, tanto en el enfoque de retroalimentación como de rendición de cuentas. En su faceta de retroalimentación, el control nos permite visualizar la posibilidad real de los ciudadanos de opinar y decidir con relación a qué se ha hecho y qué se puede hacer mejor. En su faceta de rendición de cuentas supone una prueba clave para evaluar la validez de los mecanismos utilizados y los compromisos adquiridos.

Fuente: elaboración propia con información de LLAMAS, Felipe, *op. cit.*, pp. 325-344.

Así, este proceso cuenta con diversas dimensiones: participativa, financiera, fiscal y presupuestaria; normativa y legal; y territorial, que no puede considerarse como un modelo único aplicable a cualquier contexto, por lo que debe ser acondicionado a la realidad local del lugar a implementarse, tomando en consideración la historia, la cultura cívica, la organización de la sociedad, los recursos disponibles y la cultura administrativa del gobierno que lo ejecuta. Finalmente, para que un PP pueda operar de manera efectiva son necesarias: una acertada inserción en las estructuras y procesos técnico-administrativos municipales y la participación efectiva y plural de la ciudadanía —de otra manera, por ejemplo: si mayoritaria o únicamente participaran personas



servidoras públicas, de forma voluntaria o por instrucciones de sus superiores, el ejercicio caería en una simulación al tener un sesgo metodológico que pudiera deslegitimarlo—.

### *Incidencia de los PP en el combate a la corrupción: posicionamientos a favor y en contra*

Mientras existan modalidades de control por parte de la ciudadanía respecto de la ejecución del presupuesto y de las obras (por ejemplo, la integración de un consejo ciudadano que organice y vigile los diferentes procesos que se llevan a cabo), los PP pueden lograr una reducción en la corrupción. Asimismo, la rendición de cuentas por parte de los municipios, así como la publicación y difusión de la información pública relacionada con el proceso, evitan un uso no transparente de los recursos. También refuerza la transparencia al compartir información presupuestaria, lo que genera confianza y mejora la calidad de la gobernabilidad de la ciudad.

Ahora bien, podemos identificar posicionamientos a favor y en contra, a través de los resultados y las limitantes o dificultades que surgen de los PP.<sup>34,35,36</sup>

#### *Posicionamientos a favor*

- 1) Mejora la eficacia de la administración pública, donde se produce una inversión de prioridades, que significa una mayor transparencia, eficacia y eficiencia en la satisfacción de las necesidades y resolución de las carencias y un reparto más equitativo de los recursos.
- 2) Crea un vínculo social, ya que posibilita articular, en una construcción común, a los diversos agentes que operan en el territorio (políticos, técnicos, entidades, ciudadanos, ciudadanía en general) estableciendo fuertes procesos comunicativos.

---

<sup>34</sup> LLAMAS, Felipe, *op. cit.*

<sup>35</sup> MANJAVACAS, José, "Experiencias de presupuestos participativos en Andalucía: una necesaria reflexión crítica", *Epistemologias do Sul: aprendizagens globais Sul-Sul, Sul-Norte e Norte-Sul, International Colloquium Epistemologies of the South: South-South, South-North and North-South global learnings*, Coimbra, Portugal, Editorial Centro de Estudos Sociais, pp. 325-341.

<sup>36</sup> CABANNES, Yves, *Respuestas a 72 preguntas frecuentes sobre presupuestos participativos municipales*, Coordinación Regional para América Latina y el Caribe del Programa de Gestión Urbana de las Naciones Unidas.

- 3) Democratiza o profundiza radicalmente la democracia, al mejorar la articulación y modernización del aparato administrativo al tiempo que va constituyéndose en un proceso educativo que proporciona aprendizajes significativos para el ejercicio de una ciudadanía activa.
- 4) En algunos casos, se han obtenido incrementos de entre un 400% a un 700% en el pago de impuestos (por ejemplo, en Porto Alegre, y en Cotacachi, Ecuador).
- 5) Responsabiliza a funcionarios del municipio frente a los ciudadanos, y se genera una mayor confianza entre habitantes y gobierno.
- 6) Permite enfrentar la corrupción y el clientelismo, y abonar al control y fiscalización social de los recursos públicos y la ejecución del presupuesto de la administración pública municipal.

A manera de síntesis, Joseph Lerner<sup>37</sup> asocia como beneficios por su implementación el fortalecimiento de la democracia; la reducción del margen de discrecionalidad en el uso de los recursos públicos; y se fortalece el sentido de comunidad.

#### *Posicionamientos en contra*

- 1) Es necesaria una fuerte voluntad política por parte de los actores políticos (gobiernos municipales y ciudadanía), por lo que existe un riesgo mayor de que se constituya en una simple publicidad política.
- 2) Existe una pérdida de influencia por el nivel técnico municipal; pues las administraciones públicas municipales no están ideadas para procesos de estas características.
- 3) Se presentan resistencias internas en el gobierno local, que ve a los sectores sociales incapaces de discutir y decidir sobre el presupuesto municipal.
- 4) Alejan a sectores menos receptivos a los discursos y prácticas de los partidos impulsores.
- 5) Se observan procedimientos complicados y lentos, con demasiadas dificultades para alcanzar sus objetivos.
- 6) No hay una vinculación entre los PP y la planificación de la ciudad a largo plazo y, por el contrario, las acciones que se emprenden a partir de los PP tienen un carácter corto-placista.

---

<sup>37</sup> LERNER, Josh, "Participatory Budgeting: Building Community Agreement around Tough Budget Decisions", *National Civic Review*, núm. 100, p. 31.

Los elogios y bondades a este tipo de MPC no pueden ser generalizadas para todos los casos y parte de la esencia de este tipo de descentralización es, como ya se dijo, distinta en cada municipalidad en donde se desarrolla, a tal grado que, una descentralización mal planeada en donde exista cualquier tipo de disparidad en su contexto social, político e incluso económico, puede ser contraproducente e incrementar diferencias. Los posicionamientos expuestos no pretenden invalidar o vanagloriar el ejercicio de los PP, pero sí persiguen reflexionar críticamente en varias direcciones.

### *Reflexiones a manera de conclusión*

En la democracia mexicana, como en muchas partes del mundo, se plantea el objetivo y nace la necesidad de pasar de la democracia de los procesos electorales a la democracia deliberativa, en la que la sociedad pueda participar en la construcción de instituciones sólidas que combatan la corrupción, que mejoren el acceso por parte de los ciudadanos, y que fortalezcan la rendición de cuentas. La democracia participativa, como complemento de la democracia representativa, no abandona su obligación de rendir cuentas y a gobernar no solo con eficiencia, sino con transparencia y atendiendo a las necesidades, demandas y aspiraciones de los ciudadanos.

La participación ciudadana, como proceso mediante el cual los ciudadanos buscan compartir las decisiones con el gobierno sobre asuntos que les afectan e incidir en ellas, reduce ámbitos de discrecionalidad y fortalece la transparencia y rendición de cuentas de la gestión pública diaria, al tiempo que contribuye a la mejora de la calidad de los servicios públicos con atención y compromiso de considerar y responder a las necesidades y demandas de la sociedad. La participación trae consigo conocimiento de información pública y, al tener un fácil acceso a la información, la gestión pública genera mayor interés a la ciudadanía. En el mismo sentido, hacer que la información pública sea del conocimiento de la ciudadanía, genera que se planteen nuevas formas de un gobierno más cooperativo, posibilitando, de manera efectiva, que las instituciones públicas desarrollen actuaciones normativas y organizativas en el marco de las correspondientes políticas, configurándose así el nuevo paradigma de gobernanza referido en el apartado del marco conceptual de este texto, en el que se fortalece la legitimidad democrática de las decisiones, como rompiente de las malas prácticas y la corrupción pública.

Los MPC son al mismo tiempo instrumentos de inclusión en el control y la toma de decisiones públicas, que orientan a una administración pública dentro de los límites de la legalidad, la democracia y la participación a pensar en la política pública no como algo gubernamental, sino de aporte social, que se dirigen a crear espacios para que la ciudadanía ejerza sus derechos con un propósito de incidencia; sin embargo los caminos para la incidencia están fuertemente determinados por diferentes condiciones entre ellas, la institucionalidad, que asegure la debida interacción entre actores de la sociedad civil y gubernamentales, mediante la adecuada comunicación y la asunción de compromisos en un marco de corresponsabilidad, con miras a beneficiar el interés público como fin último. La creación de MPC no trae consigo un involucramiento automático por los ciudadanos, es necesario en cada región donde se implementa, además de la voluntad individual de participar, contar con un contexto político-social y marco jurídico que orille a formar y tomar parte en acciones colectivas, para decidir libremente la forma de acción colectiva.

Los PP son MPC que desde sus orígenes han ganado un espacio significativo a nivel mundial y nacional, implementados cada vez más en sociedades democráticas contemporáneas para profundizar los valores de una democracia participativa. Los PP, como complemento a la democracia representativa (donde articula la participación directa y una administración representada por gobiernos elegidos electoralmente), forjan una alternativa en la interacción de actores públicos y privados, promueve la deliberación conjunta en decisiones de impacto social y presupuestario, y en la posibilidad de rendición de cuentas y mayor control social en cada proyecto de ejecución. Con ello, permiten a gobiernos locales atender las demandas de mayor transparencia e implicación de la ciudadanía en la gestión, y facilitan a la propia administración pública atender las demandas por disminuir la corrupción e introducir mayor transparencia en la administración única del partido a nivel local.

Los PP no pueden considerarse un modelo único aplicable a cualquier contexto, deben ser acondicionados a la realidad local del lugar a implementarse, tomando en consideración elementos sociales, jurídicos, políticos, económicos, culturales e históricos de la sociedad, donde se ejecuta, para que pueda operar de manera efectiva.

El involucramiento de los ciudadanos en los asuntos del gobierno es una tendencia estructural en los temas del fortalecimiento del espacio público, negarla es una característica de los gobiernos cerrados y de las burocracias tradicionales patrimonialistas.

La educación en el proceso de presupuesto participativo es fundamental para: fortalecer la cultura ciudadana de participación, la adopción del presupuesto participativo por los ciudadanos, y familiarizar a estos en aspectos referidos al urbanismo (obras, equipamientos, servicios urbanos). El bajo porcentaje de participantes respecto a la población total del municipio debe suponer una preocupación permanente por la ampliación de la participación y la construcción de criterios que permitan beneficiar a los que no participan, pues se corre el riesgo que la participación funcione como factor de exclusiones, se reduzca la participación a una simple consulta, con la pérdida de generación de espacios y tiempos para la discusión y construcción colectiva de propuestas, perdiendo el carácter deliberativo del proceso.

Las administraciones públicas municipales deberán realizar los ajustes administrativos correspondientes para la integración de unidades que promuevan el ejercicio de los PP.

A pesar de la institucionalización de la participación ciudadana en las políticas públicas y del crecimiento en número y variedad de experiencias participativas, es frecuente que se enfrenten importantes problemas para su implementación o que se le reduzca a rutinas poco significativas que no contribuyen como se espera al logro de los objetivos planteados. A fin de evitar caer en vacíos y conveniencias legales, es conveniente contar con una legislación robusta en donde se desarrolle con precisión el proceso de implementación de los PP y una reglamentación específica por municipio que articule estos MPC. Sin embargo, la incorporación a los estados y municipios de MPC como lo es los PP, debe contemplar más allá de la legislación y regulación detallada, también debe considerar en general ser un proceso de construcción conjunto con las personas usuarias que participarán en estos MPC (la ciudadanía).

### *Bibliografía*

AGUIRRE, M., *Participación ciudadana en la gestión pública local. El caso del Presupuesto Participativo de Medellín, 2004-2008*, [Tesis de maestría], Medellín, Colombia, Universidad de Antioquia, 2010.

AVILÉS, Francisco, "Técnicas de organización de los presupuestos participativos", *Temas para el Debate*, núm. 113, 2004.

CABANNES, Yves, "Participatory budgeting: a significant contribution to participatory democracy", *Environment and Urbanization*, vol. 16, núm. 1, pp. 27-46. <https://doi.org/10.1177/095624780401600104>

- CABANNES, Yves, *Respuestas a 72 preguntas frecuentes sobre presupuestos participativos municipales*, Coordinación Regional para América Latina, Programa de Gestión Urbana de las Naciones Unidas. <https://base.socioeco.org/docs/72respuestas.pdf>
- CEPAL, *Panorama Social de América Latina y el Caribe 1997*, Santiago de Chile, Naciones Unidas, 1997. <https://www.cepal.org/es/publicaciones/1254-panorama-social-america-latina-1997>
- CUNILL, Nuria, *Participación Ciudadana*, Caracas, Venezuela, Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD), Nueva Sociedad, 1991. <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/gac/cont/58/pr/pr3.pdf>
- ELSTER, J., SLAGSTAD, R., *Constitucionalismo y democracia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1999.
- GENRO, T., DE SOUZA, U., *Presupuesto Participativo. La experiencia de Porto Alegre*, Argentina, EUDEBA, 1998.
- GOLDFRANK, Benjamin, “Los procesos de “presupuesto participativo” en América latina: éxito, fracaso y cambio”, *Revista de Ciencia Política*, vol. 26, núm. 2, 2006. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-090X2006000200001>
- GOLDFRANK, Benjamin, SCHNEIDER, Aarón, “Construcción institucional competitiva: el PT y el Presupuesto Participativo de Rio Grande Do Sul”, *Diseño institucional y participación política: experiencias en el Brasil contemporáneo*, Buenos Aires, CLACSO, 2006. <http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/coediciones/20100801092417/9schneider.pdf>
- GÓMEZ, E., “El presupuesto participativo entre democracia, pobreza y desarrollo”, *Investigación & Desarrollo*, vol. 15, núm. 1, 2007. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=26815103>
- GORBÁN, Pablo, “El Presupuesto Participativo como instrumento para el proceso de formación de políticas públicas: el caso Rosario”, *II Seminario Cono Sur de Estudios Sociales, Humanidades y Relaciones Internacionales, El Cono Sur frente al Bicentenario*, 2006. [https://www.rosario.gob.ar/ArchivosWeb/biblioteca\\_pp/pp\\_caso\\_rosario.pdf](https://www.rosario.gob.ar/ArchivosWeb/biblioteca_pp/pp_caso_rosario.pdf)
- GRET, Marion, SINTOMER, Yves, “Porto Alegre. L’espoir d’une autre démocratie”, *La Découverte et Syros*, París, 2002. <https://doi.org/10.7202/008862ar>
- HERNÁNDEZ, E., VELASCO, G., *Nuevas políticas públicas: el presupuesto participativo. El caso de los municipios de la Zona Metropolitana de Guadalajara*, *Nueva agenda pública para Jalisco*, México, Universidad de Guadalajara, Prometeo Ediciones, 2012.

- KUNRATH, Marcelo, FLÁVIO, Sacco, “El Presupuesto Participativo en Brasil: Un Abordaje Crítico sobre la experiencia de Porto Alegre, RS”, *Democracia y Presupuestos Participativos*, Barcelona, Icaria, 2003.
- LEPORE, Walter, AGUILAR, Israel, *El mecanismo de sanciones en el ámbito federal mexicano, 2005-2008. Un primer acercamiento empírico*, México, Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE), 2012. [https://www.researchgate.net/publication/260591620\\_El\\_mecanismo\\_de\\_sanciones\\_en\\_el\\_ambito\\_federal\\_mexicano\\_2005-2008\\_Un\\_primer\\_acercamiento\\_empirico](https://www.researchgate.net/publication/260591620_El_mecanismo_de_sanciones_en_el_ambito_federal_mexicano_2005-2008_Un_primer_acercamiento_empirico)
- LERNER, Josh, “Participatory Budgeting: Building Community Agreement around Tough Budget Decisions”, *National Civic Review*, núm. 100, 2011. [https://www.researchgate.net/publication/264225744\\_Participatory\\_Budgeting\\_Building\\_Community\\_Agreement\\_around\\_Tough\\_Budget\\_Decisions](https://www.researchgate.net/publication/264225744_Participatory_Budgeting_Building_Community_Agreement_around_Tough_Budget_Decisions)
- LERNER, Josh, Schgurensky, Daniel, “La dimensión educativa de la democracia local: el caso del Presupuesto Participativo”, *Revista Temas y Debates*, núm. 13, Facultad de Ciencia Política y Relaciones Internacionales, Universidad Nacional de Rosario, 2007.
- LLAMAS, Felipe, “Los presupuestos participativos: nuevos mecanismos de innovación democrática en los gobiernos locales”, *Psychosocial Intervention*, vol. 13, núm. 3, 2004. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=179817830003>
- MANJAVACAS, José, “Experiencias de presupuestos participativos en Andalucía: una necesaria reflexión crítica”, *Epistemologias do Sul: aprendizagens globais Sul-Sul, Sul-Norte e Norte-Sul, International Colloquium Epistemologies of the South: South-South, South-North and North-South global learnings*, Coimbra, Portugal, Editorial Centro de Estudos Sociais, 2015. [https://alice.ces.uc.pt/colouquio\\_alice/wp-content/uploads/2015/08/livro\\_indice\\_geral.pdf](https://alice.ces.uc.pt/colouquio_alice/wp-content/uploads/2015/08/livro_indice_geral.pdf)
- MARTÍNEZ, M., GARCÍA, M., TREJO, J., “Presupuesto participativo, parte integrante de la gobernanza; caso de estudio: la Ciudad de México”, *Estudios sobre el desarrollo regional en México desde la perspectiva financiera, social, educativa y empresarial. Un enfoque interdisciplinario*, México, Colofón, 2015.
- NAVARRO, Zander, “Democracia y control social de fondos públicos. El caso del presupuesto participativo de Porto Alegre (Brasil)”, *Lo público no estatal en la reforma del Estado*, Buenos Aires, CLAD-Paidós, 1998.
- NYE, Joseph, “Corruption and Political Development”, *American Political Science Review*, vol. 6, núm. 2, 1967. <https://doi.org/10.2307/1953254>

- RODRÍGUEZ, Carlos, QUINTANA, Roberto, “Las incongruencias de la participación ciudadana y la descentralización en municipios rurales: el caso de Cuquío, Jalisco en México”, *Políticas públicas como objeto social: imaginando el bien público en el desarrollo rural latinoamericano*, Guatemala, FLACSO, 2003. [http://www.biblioteca.uach.cl/biblioteca\\_virtual/libros/2008/307.72CON2008.pdf](http://www.biblioteca.uach.cl/biblioteca_virtual/libros/2008/307.72CON2008.pdf)
- SÁNCHEZ, Rolando, *La construcción social del poder local. Actores sociales y posibilidades de generación de opciones de futuro*, México, El Colegio de México, 2005.
- SEÑA, José, “La corrupción: Algunas consideraciones conceptuales y contextuales”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 104, 2016. <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/431759>
- VAN DUYN, Petrus, “Corruption in Acts and Attitudes”, *Forum on Crime and Society*, vol. 1, núm. 2, 2001. <https://www.unodc.org/pdf/crime/corruption/forum1vol2.pdf>
- ZICCARDI, Alicia, “Introducción: claves para el análisis de la participación ciudadana y las políticas sociales del espacio local”, *Participación ciudadana y políticas sociales del ámbito local*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Sociales, 2005. <https://doi.org/10.22201/fcpys.2448492xe.2022.244.77584>



# ¿Cuál debería ser el futuro de las tarjetas de crédito con recompensas de puntos?

## *What is in the Cards for Credit Card Rewards?*

JASON KIM

University of Houston Law Center, Estados Unidos de América

[jaskim18@gmail.com](mailto:jaskim18@gmail.com)

<https://orcid.org/0000-0002-1321-7781>

Recibido: 01/07/2022

Aceptado: 04/11/2022

<https://doi.org/10.36105/iut.2022n36.04>

### RESUMEN

El uso de tarjetas de crédito ha experimentado un auge significativo impulsado por la disposición de los consumidores a endeudarse y la expansión de recompensas generosas. Este documento analiza la acusación persistente de que las recompensas de las tarjetas de crédito producen un “subsidio cruzado regresivo”, lo que hace que las transacciones sean más baratas para los ricos y más caras para los pobres. Se menciona que la evidencia de este subsidio cruzado es inusitada y, en última instancia, no concluyente. Este documento aboga por una política de no intervención legislativa ya que regulaciones más estrictas dañarían el mercado de tarjetas de crédito y darían lugar a políticas bancarias contrarias al consumo. Por último, se enfatiza la

importancia de la educación financiera en lugar de las regulaciones gubernamentales.

**Palabras clave:** tarjetas, crédito, recompensas, puntos, legislación.

## ABSTRACT

*Credit card use has seen a significant boom in use driven by consumer willingness to take on debt and the expansion of generous rewards. This paper reviews a persistent allegation that credit card rewards produce a “regressive cross-subsidy,” making transactions cheaper for the wealthy and more expensive for the poor. I explain that evidence of this cross-subsidy is rare and ultimately inconclusive. This paper advocates for a policy of legislative non-intervention as stricter regulations would harm the credit card market and result in anti-consumer banking policies. Last, this paper emphasizes the importance of financial literacy in lieu of governmental regulations.*

**Keywords:** credit, card, rewards, points, legislation.

## Introduction

Credit cards are revolving credit products used at merchant payment terminals and repeatedly paid down as long as the account remains open.<sup>1</sup> Modern credit card products have come far from the first card-board Diners Club cards;<sup>2</sup> the Federal Reserve Board and Bureau of Economic Analysis reported that from 1959 to 1999, consumer credit has grown at approximately the same pace as disposable income.<sup>3</sup> The report revealed that since the inception of credit cards in the 1950s, credit card market share increased in direct proportion to the decreasing market share of installment credit products.<sup>4</sup> The largest U.S. consumer credit product in 2021 in terms of user count was the credit card

---

<sup>1</sup> See “Credit Cards: Use and Consumer Attitudes”, 1970-2000, *Federal Reserve Bulletin*, 623-634. <https://www.federalreserve.gov/pubs/bulletin/2000/0900lead.pdf>

<sup>2</sup> FRANKEL, Robin, “When Were Credit Cards Invented: The History of Credit Cards”, *Forbes*, July 2021. <https://www.forbes.com/advisor/credit-cards/history-of-credit-cards/>

<sup>3</sup> *Federal Reserve Bulletin*, *supra* 1, 624.

<sup>4</sup> *Idem*.

market.<sup>5</sup> According to Experian data, an estimated 79 percent or 200 million American adults have at least one credit card or charge card,<sup>6</sup> and the average American owns 3.84 credit cards.<sup>7</sup>

Multiple factors contributed to the exponential growth of revolving credit. First, widespread credit card merchant acceptance in the 1960s offered customers a viable alternative to cash and personal checks.<sup>8</sup> Issuers incentivized consumers to open new accounts by introducing the rewards program and the sign-up bonus.<sup>9</sup> The 1974 Fair Credit Billing Act offered comprehensive consumer protections, making credit cards the preferred way to pay.<sup>10</sup>

In capitalist societies, the use of credit creates economic progress.<sup>11</sup> The rise of industry would not have been possible without the willingness of companies and individuals to take on debt.<sup>12</sup> Credit helps a beginning farmer to purchase a tractor. Credit allows a wealthy investor to quickly seize investment opportunities without the need for liquidity. Credit also helps a low-income consumer smooth out cash flow if their car breaks down. The credit card product is just another convenient type of loan that consumers can leverage. The rewards programs

---

<sup>5</sup> “The Consumer Credit Card Market”, *Consumer Fin. Prot. Bureau*, no. 5, 2021. [https://files.consumerfinance.gov/f/documents/cfpb\\_consumer-credit-card-market-report\\_2021.pdf](https://files.consumerfinance.gov/f/documents/cfpb_consumer-credit-card-market-report_2021.pdf).

<sup>6</sup> GONZALEZ, Jamie, HOLMES, Tamara, “Credit Card Ownership Statistics” <https://www.creditcards.com/credit-card-news/ownership-statistics/#sources> FOSTER, Kevin *et al.*, “The 2020 Survey of Consumer Payment Choice: Summary Results”, *Fed. Reserve Bank of Atlanta: Research Data Reports*, no. 21-1, April 2021. <https://www.atlantafed.org/-/media/documents/banking/consumer-payments/survey-of-consumer-payment-choice/2020/2020-survey-of-consumer-payment-choice.pdf>.

<sup>7</sup> *Idem*.

<sup>8</sup> See “The Evolution of Credit Cards”, *FIS Global*, July 2019. <https://www.fisglobal.com/en/insights/merchant-solutions-worldpay/article/the-evolution-of-credit-cards/>; See “The Complete History of Credit Cards, From Antiquity to Today”, *The Points Guy*, 2021. <https://thepointsguy.com/guide/history-of-credit-cards/>

<sup>9</sup> See TRINA, Paul, “The Welcome Bonus is the Top Reason Why People Shop for New Credit Cards: here are 3 not to miss”, *CNBC*, 2022. <https://www.cnbc.com/select/reasons-why-people-sign-up-for-credit-card/> (Cf. “The Reports of the Death of Airline Miles Rewards Cards Have Been Greatly Exaggerated”, *JD Power*, 2021. <https://www.jdpower.com/business/resources/death-airline-miles-rewards-cards-greatly-exaggerated>

<sup>10</sup> Fair Credit Billing Act of 1974, 15 U.S.C. § 1666 *et seq.*, Pub. L. 93-495, Tit. III, 88 Stat. 1511, 1975. See BRASLER, Kevin, “Why Your Credit Card is a Consumer-Protection Superweapon”, *Seattle Time*, February 2018. <https://www.seattletimes.com/life/lifestyle/why-your-credit-card-is-a-consumer-protection-superweapon/>

<sup>11</sup> See BRASWELL, Greg, CHERNOW, Elizabeth, “Consumer Credit Law & Practice in the U.S.”, *U.S. Fed. Trade Commission*. [https://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/training-materials/law\\_practice.pdf](https://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/training-materials/law_practice.pdf)

<sup>12</sup> NOCERA, Joseph, “The Day the Credit Card Was Born”, *Wash. Post*, November 1994. <https://www.washingtonpost.com/archive/lifestyle/magazine/1994/11/04/the-day-the-credit-card-was-born/d42da27b-0437-4a67-b753-bf9b440ad6dc/>

play a critical role in the credit card market by making credit cards a more enticing way to pay.<sup>13</sup> Rewards programs drives spending among consumers of all economic stratifications, including wealthy consumers who have no real need for credit and the middle and lower-income consumers who find credit critical to go on with their daily lives.<sup>14</sup>

This paper will explore the credit card market, credit card rewards programs, and economic policy. The thesis of this paper is that credit card rewards are, overall, beneficial to society and thus should not be overly regulated. This paper calls for a non-intervention policy toward credit card rewards programs.

Part I will give a broad background on the credit card market and industry-wide changes brought by the advent of modern revolving credit. Accordingly, I will explain how credit card processing works and explore the different types of credit cards that issuers offer. More specifically, I will explore the history of rewards programs and card benefits. I will explain that rewards programs played a crucial part in increasing the number of credit cardholders and transaction volume. I contend that credit card consumers enjoy a competitive market that manifests in better rewards and benefits that other payment methods cannot match. Last, this part will assert that market competition in rewards programs drives spending that contributes to the economy and helps accessibility to credit.

Part II will discuss the value that credit cards and rewards offer. I will discuss modern rewards programs, other value-added benefits, and how consumers extract positive value from rewards programs. Further, I will discuss the convenience and the fraud protections unique to credit cards.

Part III will analyze the costs and benefits of the credit card rewards program. In this pursuit, I will present arguments from academics who oppose the credit card rewards program. I will engage with the view that rewards create a regressive transfer of wealth, resulting in negative externalities to the poor. I will maintain that this argument is misguided and unproductive. If it even exists, I will argue that the regressive transfer of wealth is a product of credit itself, not credit card rewards programs. Regulations attempting to fix the purported inequalities will invite inefficiency. Additionally, I will argue that other pay-

---

<sup>13</sup> TRINA, *supra* note 9.

<sup>14</sup> See ALBRIGHT, Dann, "How Do Wealthy Americans Use Credit Cards?", *The Ascent*, January 2022. <https://www.fool.com/the-ascent/research/wealthy-credit-card-habits/>

ment methods have their respective costs and that the market has already adapted to transaction fees.

Part iv will turn to case law that furthers the economic policy conversation of credit card rewards, namely, case law on the taxability of credit card rewards. In this pursuit, I will explain a credit card use technique called manufactured spending relevant case law that I will discuss. This part will discuss *Anikeev v. Commissioner*, where the Court held that most credit card rewards were not taxable because rewards are considered rebates and not income. Thus, I suggest that the Tax Court decisions align with my thesis on non-intervention towards credit card rewards programs and ultimately correctly decided when looking at economic and social policy considerations.

In Part v, I argue that regulations on credit card rewards programs would hinder economic prosperity. Thus, I will take a stance of non-intervention towards credit card rewards programs with social policy considerations to back up my arguments. Instead of crippling the credit market through regulation, we should understand credit as the useful financial tool that it is. Accordingly, I argue that financial education should be improved so that lower-income Americans have a better fighting chance for economic opportunity.

Part vi will conclude the paper.

## *Background*

Without a solid background in the credit card market and market competition, it is difficult for the reader to assess the value of the credit card rewards program in the larger economy. Thus, I will discuss the background of the credit card market, the history of rewards programs, and the climate of credit card competition.

## *The Credit Card Market*

A 2021 survey by ‘The Ascent’ found that credit cards are now the most common way to pay; 45 percent of consumers prefer using their credit cards to make purchases.<sup>15</sup> It is important to note, however, that not all credit cards are the same.<sup>16</sup> The market offers a diverse

---

<sup>15</sup> DALY, Lyle, “How Gen Z, Millennials, Gen X, and Baby Boomers Use Credit Cards”, *The Ascent*, March 2021. <https://www.fool.com/the-ascent/research/how-gen-z-millennials-gen-x-baby-boomers-use-credit-cards/>

<sup>16</sup> See “Fed. Deposit Ins. Cor, Risk Management Examination Manual of Credit Card Activities”, 2007. [https://www.fdic.gov/regulations/examinations/credit\\_card/pdf\\_version/ch2.pdf](https://www.fdic.gov/regulations/examinations/credit_card/pdf_version/ch2.pdf)

range of products that provide different benefits targeted to different customers.<sup>17</sup>

The credit card market includes general-purpose and private-label cards.<sup>18</sup> General-purpose credit cards are those that usually come to mind when talking about credit cards.<sup>19</sup> Consumers use general-purpose credit cards to transact at any merchant that accepts the payment network affiliated with the card.<sup>20</sup> This group of cards includes secured cards, balance transfer cards, student cards, business cards, charge cards, travel cards, cashback cards, etc.<sup>21</sup> Credit card issuers target and market different cards to consumers based on their needs, spending, and repayment habits.<sup>22</sup>

Four credit card networks dominate the U.S. market: Visa, Mastercard, Discover, and American Express.<sup>23</sup> These networks provides the infrastructure to process transactions between merchants and banks.<sup>24</sup> Card Operations of Depository Institutions reported that in 2019, Visa and Mastercard networks supported 576 million credit cards or 83 percent of all general-purpose credit cards.<sup>25</sup> The same year, American Express and Discover networks accounted for the remaining 115 million credit cards.<sup>26</sup> In 2019, 45 million credit card transactions were recorded, totaling \$4 trillion in spending.<sup>27</sup>

When a chip reader reads a card, the merchant's bank (acquirer) uses the network to request the issuing bank for authorization.<sup>28</sup>

---

<sup>17</sup> *Idem.*

<sup>18</sup> *Idem.*

<sup>19</sup> "Sujit Chakravorti, Theory of Credit Card Networks: A Survey of the Literature", *Rev. Network Econ.*, vol. 50, no. 53, 2003.

<sup>20</sup> MANGLA, Ismat, "Where Can I Use My Credit Card?", *Experian*, January 2019. <https://www.experian.com/blogs/ask-experian/where-can-i-use-my-credit-card/>.

<sup>21</sup> "8 Types of Credit Cards to Apply For", *Capital One*, December 2021. <https://www.capitalone.com/learn-grow/money-management/types-of-credit-cards/>

<sup>22</sup> FIORIO, Luke *et al.*, "New Frontiers in Credit Card Segmentation: Tapping Unmet Consumer Needs", *McKinsey*, May 2014. [https://www.mckinsey.com/~media/mckinsey/dotcom/client\\_service/financial%20services/latest%20thinking/payments/mop19\\_new%20frontiers%20in%20credit%20card%20segmentation.ashx](https://www.mckinsey.com/~media/mckinsey/dotcom/client_service/financial%20services/latest%20thinking/payments/mop19_new%20frontiers%20in%20credit%20card%20segmentation.ashx)

<sup>23</sup> CHAKRAVORTI, *supra* note 19, 54.

<sup>24</sup> SARIN, Natasha, "What's in Your Wallet (and What Should the Law Do About it?)", *U. Chi. L. Rev.*, no. 87, 2020, 559.

<sup>25</sup> "Report to the Congress on the Profitability of Credit Card Operations of Depository Institutions", *Bd. of Governors of the Fed. Rsrv. Sys.*, no. 7, November 2020. (Cf. HSN Consultants, Inc. 2020, *Nilson Report*, no. 1169). <https://www.federalreserve.gov/publications/files/ccprofit2020.pdf>

<sup>26</sup> *Idem.*

<sup>27</sup> *Idem.*

<sup>28</sup> CHAUNCEY, Crail, DIA, Adams, "Credit Card Processing: How It Works", *Forbes*, November 2021. <https://www.forbes.com/advisor/credit-cards/credit-card-processing-how-it-works/>

The issuing bank (the bank that issued the purchaser’s card) verifies the information and approves or denies the transaction.<sup>29</sup> The issuing bank transfers the funds (minus fees) through the network and to the merchant’s bank during the settlement phase.<sup>30</sup> The issuing bank receives a portion of the interchange fee to cover the cost of advancing credit, handling, rewards programs, and fraud risk.<sup>31</sup> The network determines interchange fees; the rate the merchant pays depends on the type of card, type of transaction, and the level of risk for that specific transaction.<sup>32</sup>

In contrast, private-label credit cards are store-branded cards not backed by a processing network.<sup>33</sup> Thus, private label cardholders may only use their card at that specific merchant.<sup>34</sup> Because private-label credit cards offer more lenient and extended terms to customers than general-purpose cards, private-label cards generally offer comparatively lower credit limits, higher interest rates to higher credit risk profiles.<sup>35</sup> Consumers open a private-label credit card account to obtain store credit, earn rewards on their purchases, and gain other benefits at their favorite retailers.<sup>36</sup> By offering a store-branded credit card, merchants benefit by leveraging consumer loyalty and boosting sales from their most profitable customers.<sup>37</sup> In 2019, general-purpose credit cards and charge cards accounted for 91.5 percent of all credit card transactions and private-label credit cards accounted for 8.5 percent.<sup>38</sup>

### *Rewards Programs*

A rewards program is a marketing program that “cultivates an ongoing relationship between a provider of goods or services and custo-

---

<sup>29</sup> *Idem.*

<sup>30</sup> *Idem.*

<sup>31</sup> PALMER, Kimberly, “What Are Credit Card Interchange Fees?”, *Nerd Wallet*, Agosto 2020. <https://www.nerdwallet.com/article/credit-cards/what-are-credit-card-interchange-fees>

<sup>32</sup> “Credit Card Activities Manual”, *Fed. Deposit Ins. Corp*, 2007. [https://www.fdic.gov/regulations/examinations/credit\\_card/glossary.html](https://www.fdic.gov/regulations/examinations/credit_card/glossary.html)

<sup>33</sup> KAGAN, Julia, “Guide to Store Credit Cards”, *Investopedia*, May 2021. <https://www.investopedia.com/terms/p/private-label-credit.asp>

<sup>34</sup> *Idem.*

<sup>35</sup> IRBY, Latoya, “What is a Private-label Credit Card?”, *The Balance*, June 2021. <https://www.the-balance.com/what-is-a-private-label-credit-card-5188474>

<sup>36</sup> *Idem.*

<sup>37</sup> *Idem.*

<sup>38</sup> “The 2019 Federal Reserve Payments Study”, *Bd. of Governors of the Fed. Rsrv. Sys.*, January 2020. <https://www.federalreserve.gov/paymentsystems/2019-December-The-Federal-Reserve-Payments-Study.htm>

mers.”<sup>39</sup> Rewards programs entice new customers to sign-up and encourage current customers to spend, helping merchants capture increased revenue.<sup>40</sup> In return, cardholders receive something of value for their spending.<sup>41</sup>

The idea of the rewards program predates the credit card, but the prevalence of the credit card rewards program boomed in the 1980s.<sup>42</sup> In the 1980s, the financial services industry saw high demand for premium credit card products that offered travel loyalty rewards.<sup>43</sup> In 1981, American Airlines created the first modern frequent flyer rewards program, and other airlines followed suit.<sup>44</sup> In the same decade, American Express, Visa, and Mastercard offered new premium credit cards with loyalty programs.<sup>45</sup> American Express first debuted its Platinum Card in 1984, carrying a \$250 annual fee, 24-hour concierge service, travel insurance, and access to private clubs worldwide.<sup>46</sup> In the mid-1980s, Diners Club introduced their rewards program, Diners Club Rewards.<sup>47</sup> In 1986, Discover introduced the first “cashback” program.<sup>48</sup> Cashback programs return a small percentage of cardholder total charges throughout the year in cashback.<sup>49</sup> During this decade, new credit card products, loyalty programs, and the Diners Club program set the scene for credit card rewards as we know them today.<sup>50</sup>

### *Competition in the Credit Card Industry*

Historically, sticky interest rates have afflicted the credit card industry, or interest rates that do not increase or decrease according to federal rate changes and competition in the credit card market.<sup>51</sup> Due to this

---

<sup>39</sup> TURNER, Michael, “Credit Card Rewards: Context, History, and Value”, *Pol’y Econ. Rsrvc. Council*, no. 7, August 2012. <https://www.perc.net/wp-content/uploads/2013/12/WP-2-Layout.pdf>

<sup>40</sup> *Idem.*

<sup>41</sup> *Idem.*

<sup>42</sup> See TPG Staff, “The Complete History of Credit Cards, From Antiquity to Today”, *The Points Guy*, September 2021. <https://thepointsguy.com/guide/history-of-credit-cards/>

<sup>43</sup> *Idem.*

<sup>44</sup> ROSEN, Eric, “40 Years of Miles: The History of Frequent Flyer Programs”, *The Points Guy*, May 2021. <https://thepointsguy.com/guide/evolution-frequent-flyer-programs/>

<sup>45</sup> TPG Staff, *supra* note 43.

<sup>46</sup> *Idem.*

<sup>47</sup> *Idem.*

<sup>48</sup> TURNER, *supra* note 39.

<sup>49</sup> *Idem.*

<sup>50</sup> TPG Staff, *supra* note 43.

<sup>51</sup> CALEM, Paul, MESTER, Loretta, “Consumer Behavior and the Stickiness of Credit-Card Interest Rates”, *Am. Econ. Rev.*, vol. 85, no. 5, 1327.



phenomenon, some academics have asserted that the credit card market has imperfect competition.<sup>52</sup> I argue that this notion of ‘imperfect competition’ in the credit card market is misguided.

A 1995 paper by Paul Calem and Loretta Mester provides evidence that credit card rates are so sticky because consumers were simply not responsive to rate cuts.<sup>53</sup> If one has a basic understanding of the credit card application, the notion of why consumers are unresponsive to rates makes sense. The application process for credit makes it impossible for applicants to compare credit card interest rates.<sup>54</sup> Most issuers list a range of interest rates that an applicant may receive based on the applicant’s creditworthiness. For instance, the Discover it cash back card offers an Annual Percentage Rate (APR) for purchases of 12.24 percent to 23.24 percent.<sup>55</sup> There is no way for the applicant to determine their individualized interest rate until they are accepted and credit is extended. Indeed, issuer algorithms determining cardholder interest rates are shrouded in mystery.<sup>56</sup>

Although all issuers use the FICO score as a general measure of creditworthiness, each issuer uses a proprietary credit card underwriting process that determines an applicant’s approval, credit limit, and interest rate.<sup>57</sup> The underwriting process is a mathematical formula and analysis of the applicant’s overall financial health to determine whether the issuer should extend credit to the applicant.<sup>58</sup> The algorithm is not openly shared because an issuer’s proprietary underwriting process is a trade secret.<sup>59</sup> With the current system’s lack of transparency, applicants cannot compare credit card interest rates.<sup>60</sup> Thus, before an applicant applies for a particular card, they have already compared other

---

<sup>52</sup> See LAWRENCE, Ausubel, “The Failure of Competition in the Credit Card Market”, *Am. Econ. Rev.*, vol. 81, no. 50, 1991.

<sup>53</sup> CALEM, *supra* note 51, 328.

<sup>54</sup> STEELE, Jason, “How to Compare Credit Card Interest Rates”, *Experian*, September 2019. <https://www.experian.com/blogs/ask-experian/how-to-compare-credit-card-interest-rates/>

<sup>55</sup> Discover, *Discover it® Cash Back Application*. [https://discovercard.com/application/website/ratesrewards?srcCde=GJVP&\\_ga=2.154581564.547878646.1650766796-821874480.1650766796](https://discovercard.com/application/website/ratesrewards?srcCde=GJVP&_ga=2.154581564.547878646.1650766796-821874480.1650766796)

<sup>56</sup> RICE, Lisa, SWESNIK, Deidre, “Discriminatory Effects of Credit Scoring on Communities of Color”, *Suffolk U. L. Rev.*, vol. 46, 935, 951.

<sup>57</sup> See BUTARU, Florentin *et al.*, “Risk and Risk Management in the Credit Card Industry”, *J. Banking and Fin.*, vol. 72, no. 218, 2016.

<sup>58</sup> “Risk Management Examination Manual For Credit Card Activities”, *Fed. Deposit Ins. Corp.*, no. 40, 40-41 (2007), available at [https://www.fdic.gov/regulations/examinations/credit\\_card/pdf\\_version/ch7.pdf](https://www.fdic.gov/regulations/examinations/credit_card/pdf_version/ch7.pdf)

<sup>59</sup> Rice, *supra* note 56.

<sup>60</sup> *Idem*, See STEELE, *supra* note 54.

credit card factors that are important to them.<sup>61</sup> Thus, issuer competition in the credit card market exhibits itself in avenues consumers respond to rewards programs, sign-up bonuses, teaser rates, and other card-related benefits.<sup>62</sup>

### *Why consumers choose to transact with credit?*

In this part, I expand on the value that credit cards offer to cardholders. This part will tie into my thesis by explaining how credit cards are unique in that they offer benefits that other payment methods do not provide. This part contributes to my argument that credit cards benefit consumers, merchants, and the economy.

### *Rewards*

In modernity, rewards cards are generally unsecured credit cards that provide benefits beyond the credit and convenience of a short-term loan. Issuers found that the best way to entice consumers to open an account was to reward them for doing so and rewarding the consumer every time they swipe.<sup>63</sup> Issuers' introduced the "value-added product" to differentiate their product and attract potential cardholders.<sup>64</sup> For instance, the Chase Freedom Unlimited credit card offers new cardholders a \$200 bonus if they spend \$500 within the first three months of account opening and 0 percent APR for 15 months.<sup>65</sup> In terms of rewards, the card offers 5 percent cashback on travel purchases through the Chase website, 3 percent on dining, and 1.5 percent on all other purchases all for no annual fee.<sup>66</sup> The \$200 sign-up bonus and 0 percent teaser rate are "value-added features" that comprise Chase's new card-

---

<sup>61</sup> HARZOG, Beverly, "Survey: Majority of Americans Not Very Confident in Credit Card Choices", *USNews*, October 2021. <https://money.usnews.com/credit-cards/articles/survey-majority-of-americans-not-very-confident-in-credit-card-choices> (U.S. News survey found that nearly half of respondents were worried that different cards could earn them more rewards. The survey also showed that a bit more than 36 percent of respondents said that the most important feature of their newest credit card was the rewards program).

<sup>62</sup> See POWER, J., "Credit Card Rewards War Reaches Inflection Point as Competition Grows", *J.D. Power Finds*, *PRNewswire*, August 2019. <https://www.prnewswire.com/news-releases/credit-card-rewards-war-reaches-inflection-point-as-competition-grows-jd-power-finds-300905452.html>

<sup>63</sup> *Idem*.

<sup>64</sup> See "Risk Management Examination Manual for Credit Card Activities", *Fed Deposit Ins. Cor.*, no. 30, 2007. [https://www.fdic.gov/regulations/examinations/credit\\_card/pdf\\_version/ch5.pdf](https://www.fdic.gov/regulations/examinations/credit_card/pdf_version/ch5.pdf)

<sup>65</sup> "Chase Freedom Unlimited® Credit Card", *J. Morgan Chase & Co.* <https://creditcards.chase.com/cash-back-credit-cards/freedom/unlimited?iCELL=6C1Y>

<sup>66</sup> *Idem*.

holder acquisition costs.<sup>67</sup> Of course, Chase is not the only issuer if issuers want to stay competitive in the credit card market, they must offer their own “key differentiators” to incentivize customers to choose their card over that of the competition.<sup>68</sup>

Credit card rewards typically come in basic cashback or issuer currency.<sup>69</sup> A cashback cardholder may redeem their cashback through a check, statement credit, direct deposit, or gift card.<sup>70</sup> Other rewards cards provide cardholders issuer currency, such as Chase’s ‘Ultimate Rewards points,’ American Express’s ‘Membership Rewards points,’ or Delta’s ‘SkyMiles’.<sup>71</sup> Rewards cardholders may redeem points like cashback or use the points to book flights and hotels.<sup>72</sup> If an issuer has more travel partners or better point redemption rates, potential cardholders deem the issuer’s cards more competitive than others.<sup>73</sup>

Issuers also provide cardholders with fringe benefits. For instance, Wells Fargo offers ‘Cellular Telephone Protection,’ wherein the issuer reimburses the consumer for their lost phone if the consumer pays their phone bill with their Wells Fargo credit card.<sup>74</sup> Chase provides ‘Extended Warranty Protection,’ wherein the issuer adds an extra year of the product’s manufacturer’s warranty and credits the consumer’s account for the purchase price of the defective product provided the consumer purchased the product with the issuer’s card.<sup>75</sup>

---

<sup>67</sup> See *Fed. Deposit Ins. Cor.*, *supra* note 64.

<sup>68</sup> See KAUSHAL, Rahul, MITTAL, Kamakant, “Focus on Value Added Services by Network Companies: A Paradigm Shift”, *Infosys*. <https://www.infosys.com/industries/cards-and-payments/resources/Documents/network-companies-paradigm-shift.pdf> See POWER, J, *supra* 62.

<sup>69</sup> See PROCTOR, Clint, “Cash Back Vs. Points: Which Type of Rewards Card is Best?”, *Credit Karma*, november2021. <https://www.creditkarma.com/credit-cards/i/travel-rewards-vs-cash-back-credit-cards>

<sup>70</sup> DENICOLA, Louis, “How Do Cash Back Credit Cards Work?”, *Experian*, May 2021. <https://www.experian.com/blogs/ask-experian/how-do-cash-back-credit-cards-work/>.

<sup>71</sup> See “Chase Sapphire Preferred® with Ultimate Rewards® Program Agreement”, *J. Morgan Chase & Co.* [https://static.chasecdn.com/content/dam/card/rulesregulations/en/RPA0444\\_0477.pdf](https://static.chasecdn.com/content/dam/card/rulesregulations/en/RPA0444_0477.pdf) American Express, “Welcome to Membership Rewards!”. <https://www.americanexpress.com/content/dam/amex/us/rewards/membership-rewards/mr-terms-conditions-03.2022.pdf> “Membership Guide & Program Rules”, *Delta*. <https://www.delta.com/us/en/skymiles/program-resources/program-rules>

<sup>72</sup> See “Chase Sapphire Preferred® with Ultimate Rewards® Program Agreement”, *J. Morgan Chase & Co.* [https://static.chasecdn.com/content/dam/card/rulesregulations/en/RPA0444\\_0477.pdf](https://static.chasecdn.com/content/dam/card/rulesregulations/en/RPA0444_0477.pdf)

<sup>73</sup> GENTER, J., LUPINI, Caroline, “Chase Ultimate Rewards Vs. American Express Membership Rewards”, *Forbes*, April 2022. <https://www.forbes.com/advisor/travel-rewards/chase-ultimate-rewards-vs-american-express-membership-rewards/>

<sup>74</sup> FARGO, Wells, “Cellular Telephone Protection”. <https://www.wellsfargo.com/credit-cards/features/cell-phone-protection/>

<sup>75</sup> “Guide to Benefits-Chase Slate®”, *J. Morgan Chase & Co.* <https://www.chase.com/personal/credit-cards/slate/more>

One may wonder how issuers are able to offer these competitive rewards and benefits yet still be profitable. Issuers spend lots of money on customer acquisition costs to make their profits over the lifetime of the new (hopefully loyal) cardholder.<sup>76</sup> Indeed, issuers make much of their earnings from interest income and interchange fees they charge on every swipe.<sup>77</sup> Thus, it makes sense why issuers place great importance on the frequency and volume of card transactions.

### *Convenience*

When transacting with credit cards, consumers gain the convenience of not carrying cash. Carrying a card instead of cash decreases the risk, however likely or unlikely, of losing money in a robbery or theft. When a credit card is compromised, most modern cell phone banking applications give cardholders the power to ‘freeze’ or ‘deactivate’ their card.<sup>78</sup> Transacting with credit cards also protects consumers from handling cash, a notoriously unsanitary piece of cotton, which is a not minor consideration, especially in the COVID-19 pandemic.<sup>79</sup> Retail businesses also benefit from a cashless business model, to which many have already shifted.<sup>80</sup> I will discuss merchant preference for a cashless business model in Part III.

### *Fraud Protections*

Opponents may correctly argue that debit cards offer the same conveniences explained in the previous section. However, credit cards offer other significantly more comprehensive benefits than what debit cards provide.<sup>81</sup> For instance, credit cards offer fraud protection unmatched

---

<sup>76</sup> See FLYBITS, “Optimizing the Cardholder Lifecycle Part 1: Acquisition”, *Flybits*, October 2019. <https://www.flybits.com/resources/blog/optimizing-the-cardholder-lifecycle-part-1-acquisition/>

<sup>77</sup> RESENDIZ, Joe, “How Credit Card Companies Make and Earn Money”, *Value Penguin*, September 2021. <https://www.valuepenguin.com/how-do-credit-card-companies-make-money>

<sup>78</sup> See Navy Federal Credit Union, *Freeze or Unfreeze Your Card*. <https://www.navyfederal.org/services/mobile-online-banking/card-management/freeze-unfreeze-card.html> See Discover, *Freeze Account-Frequently Asked Questions*. <https://www.discover.com/credit-cards/help-center/faqs/freeze-account.html>

<sup>79</sup> LARSON, Jennifer, “Money Can Be Filthy-Here’s How to Protect Yourself from Getting Sick”, *Insider*, December 2021. <https://www.insider.com/does-money-carry-germs>

<sup>80</sup> WANG, Claire, “Cash Me If You Can: The Impacts of Cashless Businesses on Retailers, Consumers, and Cash Use”, *Cash Prod. Off. Fed. Rsrv. Sys.*, no. 3, 2019. <https://www.frbsf.org/wp-content/uploads/sites/7/Cash-Me-If-You-Can-August2019.pdf>

<sup>81</sup> SANDBERG, Erica, “Are Credit Cards Safer Than Debit Cards?”, *Experian*, April 2019. <https://www.experian.com/blogs/ask-experian/are-credit-cards-safer-than-debit-cards/>

by their debit counterparts.<sup>82</sup> When a fraudulent charge occurs on a consumer's debit card, the Electronic Funds Transfer Act (EFTA) provides consumer protection.<sup>83</sup> However, when a fraudulent charge appears on a credit card, the Fair Credit Billing Act (FCBA) provides more comprehensive consumer protections.<sup>84</sup>

Section 205.6 of the EFTA controls consumer liability resulting from debit card fraud.<sup>85</sup> The cardholder's liability depends on how quickly the cardholder reports debit card fraud.<sup>86</sup> If a cardholder reports an unauthorized transaction within two business days of learning of the loss or theft of an access device (an ATM card), the cardholder carries a maximum of \$50 liability.<sup>87</sup> If the cardholder fails to report within the two business days, the cardholder faces a \$500 maximum liability.<sup>88</sup> If the cardholder fails to notify their bank within 60 days, the cardholder is liable for any and all unauthorized charges made on their account.<sup>89</sup> To make things worse, when a fraudulent charge occurs on a debit card, the funds are extracted from the consumer's bank account immediately.<sup>90</sup> If the cardholder fails to notice unauthorized charges for an extended period, the charges may drain the victim's bank account and tie up the funds while the bank investigates the fraud.<sup>91</sup> The delay may lead to legitimate charges being declined or causing expensive overdraft fees.<sup>92</sup> In this scenario, the bank has little incentive to resolve the investigation quickly since fraudsters ultimately stole the cardholder's money, not the bank's.<sup>93</sup>

In contrast, Section 1643 of the FCBA controls consumer liability resulting from credit card fraud.<sup>94</sup> Nearly all credit cards promise zero

---

<sup>82</sup> *Idem.*

<sup>83</sup> CASH, Kevin, "Credit Card vs. Debit Card: Which Is Safer Online?", *NerdWallet*, July 2021. <https://www.nerdwallet.com/article/credit-cards/credit-card-vs-debit-card-safer-online-purchases>.

<sup>84</sup> *Idem.*

<sup>85</sup> Electronic Funds Transfer Act, 15 U.S.C. §§ 1693-1693j, 1978; 12 C.F.R. § 205.6.

<sup>86</sup> *Idem.*

<sup>87</sup> *Idem*, § 205.6(b)(1).

<sup>88</sup> *Idem*, § 205.6(b)(2).

<sup>89</sup> *Idem*, § 205.6(b)(3).

<sup>90</sup> CASH, *supra* note 83.

<sup>91</sup> *Idem.*

<sup>92</sup> *Idem.*

<sup>93</sup> HOLZHAUER, Brett, "Here are 3 reasons why paying with a credit card is safer than a debit Card or cash", CNBC, septiembre 2021. <https://www.cnbc.com/select/why-paying-with-credit-card-safer-than-debit-cash/>

<sup>94</sup> Fair Credit Billing Act, 15 U.S.C. § 1643, 1980.

liability for all fraudulent transactions.<sup>95</sup> If a credit card does not offer zero liability for fraudulent transactions, the FCBA caps maximum liability at \$50.<sup>96</sup> Additionally, a credit card issuer handles fraud more promptly than a checking account bank because credit card fraud steals the issuer's funds, not the cardholder's. When a credit card customer reports fraud, the issuer will typically credit the customer's account before concluding investigations.<sup>97</sup>

### *Debunking Purported Costs of Credit Card Rewards Programs*

This part will underline an argument made by academics disputing the benefit of rewards programs. I will argue that while their concerns are valid, evidence that rewards programs harm lower-income individuals is inconclusive. Even if given the benefit of the doubt, I argue that these academics greatly exaggerate the cross-subsidy concerns. Further, I propose that one academic's proposal to 'fix' alleged cross-subsidization will destroy the credit card market and harm the economy.

#### *A. The 'Reverse Robin-Hood Problem'*

Some academics propose that credit card rewards programs create a regressive transfer of wealth in a "reverse-Robin-Hood problem."<sup>98</sup> I will lay out the background for the argument here. When a credit card network processes a transaction, the network charges the merchant an interchange fee.<sup>99</sup> Debit card interchange fees are remarkably low because the Durbin Amendment artificially capped them.<sup>100</sup> Today, credit card interchange fees are not restricted and thus are set at a profitable rate for banks, making interchange fees the second-highest expense for merchants.<sup>101</sup> To combat credit card interchange fees eating into profits, merchants either provide lower prices for cash transactions, raise the cost of their goods and services across the board, or implement a surcharge for credit card transactions.<sup>102</sup>

---

<sup>95</sup> HOLZHAUER, *supra* note 93.

<sup>96</sup> CASH, *supra* note 83.

<sup>97</sup> *Idem*.

<sup>98</sup> SARIN, Natasha, "Making Consumer Finance Work", *Colum. L. Rev.*, no. 119, 1519-1571.

<sup>99</sup> *Ibidem*, 1532.

<sup>100</sup> *Ibidem*, 1522.

<sup>101</sup> *Ibidem*, 1533 (*ob. cit.*, GACKLE, Paul, "The Fight over Interchange Fees", *Frontline*, November 2009. <https://www.pbs.org/wgbh/pages/frontline/creditcards/themes/interchange.html>)

<sup>102</sup> National Small Business Association, "Credit Card Fee Hikes", *Nat'l. Small Bus. Ass'n.*, March 2022. <https://nsba.biz/credit-card-fee-hikes/>

Studies have shown that wealthier individuals are generally more creditworthy; 82 percent of all credit card accounts belong to prime or super prime consumers.<sup>103</sup> Thus, high-income consumers are more likely to transact with credit cards<sup>104</sup> and benefit from credit card rewards subsidized partly or wholly by interchange fees.<sup>105</sup> The argument is that lower-income consumers are more likely to use cash or debit because of inaccessibility to credit.<sup>106</sup> As a result, lower-income consumers who use cash subsidize the rewards that wealthy credit card users receive from their transactions.<sup>107</sup>

To fix the alleged “reverse-Robin-Hood problem,” Natasha Sarin proposes the Consumer Financial Protection Bureau intervene and eliminate the credit card rewards program.<sup>108</sup> She argues that low-income individuals without access to rewards cards cannot reasonably avoid higher prices brought on by the same.<sup>109</sup> She claims that eliminating the rewards program would decrease consumer incentive to transact with credit cards.<sup>110</sup> According to Sarin, less frequent use of credit cards will lower merchant costs, whereby merchants will reduce their prices and fix the regressive wealth transfer.<sup>111</sup>

### *1. The Market Fixes Discrepancies in Payment Costs*

In the context of the entire economy, evidence of significant cross-subsidies between poor cash users and wealthy credit card users are inconclusive and rare.<sup>112</sup>

Even still, the notion that cards are costly and other payment methods are costless is simply a mistake. Aside from interchange fees, merchants undertake operating costs by accepting cash in their stores.<sup>113</sup> A

---

<sup>103</sup> GONZALEZ-GARCIA, *supra* 6.

<sup>104</sup> Sarin, *supra* note 98, 1529.

<sup>105</sup> *Ibidem*, 1570.

<sup>106</sup> KUMAR, Rayni *et al.*, “2018 Findings from the Diary of Consumer Payment Choice”, *Cash Prod. Off. Fed. Rsrv. Sys.*, no. 9, 2018. <https://www.frbsf.org/cash/files/federal-reserve-cpo-2018-diary-of-consumer-payment-choice-110118.pdf>

<sup>107</sup> *Idem*.

<sup>108</sup> *Ibidem*, 1571.

<sup>109</sup> *Ibidem*, 1529.

<sup>110</sup> *Ibidem*, 1571.

<sup>111</sup> *Idem*.

<sup>112</sup> SEMERARO, Steven, “The Reverse-Robin-Hood-Cross-Subsidy Hypothesis: Do Credit Card Systems Tax the Poor and Reward the Rich?”, *Rutgers L.*, no. 40, no. 419, 442-43.

<sup>113</sup> HAYASHI, Fumiko, “Cash or Debit Cards? Payment Acceptance Costs for Merchants”, *Econ. Rev. of the Fed. Rsrv. Bank of Kansas City*, vol. 106, no. 45, 2021.

cash-accepting merchant undertakes the risk of loss or theft by their employees or from criminals at large.<sup>114</sup> The merchant pays for the time that company managers or higher-ups must spend to count and manage the funds.<sup>115</sup> Large or corporate merchants hire cash transit vehicles to transport the funds to the bank.<sup>116</sup> The inconvenience of accepting cash and the ease of operating cashless<sup>117</sup> has led some merchants, such as online retail giants, mom-and-pop restaurants, and offices, to operate card-only.<sup>118</sup>

Large online merchants and retail giants such as Walmart and Costco have the leverage to negotiate low interchange fees, allowing them to offer their customers convenient payment methods while keep operating costs down.<sup>119</sup>

Further, we are seeing that the broader market is already tackling the issue of credit card interchange fees. Some smaller independent merchants run ‘cash-only’ to keep prices consistent for everyone and profit from increased ATM transactions.<sup>120</sup> This payment model may work to their advantage and prove more profitable.<sup>121</sup> On the other hand, a more prominent chain merchant such as Spec’s Wine, Spirits & Finer Foods accepts all payment methods but provides a discount for cash users.<sup>122</sup> By offering their customers an option to use cash for

---

<sup>114</sup> *Ibidem*, 47-48.

<sup>115</sup> *Ibidem*, 45-46.

<sup>116</sup> *Ibidem*, 48.

<sup>117</sup> PERRIN, Andrew, “More Americans are making no weekly purchases with cash”, *Pew Res. Ctr.*, December 2018. <https://www.pewresearch.org/fact-tank/2018/12/12/more-americans-are-making-no-weekly-purchases-with-cash/>

<sup>118</sup> See KOHLI, Diti, “Welcome back to Fenway Park. Leave your cash at home, Boston Globe”, April 2022. <https://www.bostonglobe.com/2022/04/14/business/welcome-back-fenway-park-leave-your-cash-home> See QUINTON, Sophie, “Paying with Cash? Retailers must take your dollars in these states”, *Pew Tr.*, May 2021. <https://www.pewtrusts.org/en/research-and-analysis/blogs/stateline/2021/05/11/paying-with-cash-retailers-must-take-your-dollars-in-these-states>

<sup>119</sup> MERCHANT, Samuel J., “Merchant Restraints: Credit-Card-Transaction Surcharging and Interchange-Fee Regulation in the Wake of Landmark Industry Changes”, *Okla. L. Rev.* no. 68, 327, 340. See STEINBERG, Julie, “Amazon, Visa resolve Monthslong Credit-Card dispute”, *Wall St. J.*, February 2022. <https://www.wsj.com/articles/amazon-and-visa-reach-global-deal-on-credit-cards-11645092018> See Leff, Gary, “How much Citibank and Visa actually overpaid to win the Costco business away from Amex”, *View from the Wing*, April 2015. <https://viewfromthewing.com/how-much-citibank-and-visa-actually-overpaid-to-win-the-costco-business-away-from-amex/>

<sup>120</sup> REED, Catherine, “10 Reasons Cash Still King in an Increasingly Digital World”, <https://www.atmdepot.com/2017/09/page/2/> “Accepting Cash Only”, *SBA.gov*. <https://proxy.www.sba.gov/managing-business/running-business/managing-business-finances-accounting/accepting-cash-only>

<sup>121</sup> *Idem*.

<sup>122</sup> LIEBER, Ron, “The Damage of Card Rewards”, *N.Y. Times*. <https://www.nytimes.com/2010/01/09/your-money/credit-and-debit-cards/09money.html>



lower prices, Spec's absolves cash customers of the interchange fees associated with credit cards. Offering different prices for different payment methods allows Spec's to cater to customers' payment preferences while maintaining competitive. Additionally, some merchants implement a surcharge for credit cards where state law allows it.<sup>123</sup> Credit card users absorb the cost of transacting with credit in each scenario outlined above. Thus, even if credit card interchange fees do inflate prices, they do not impact cash users.

## 2. A Credit Card Interchange Fee Cap Will Result in Anti-Consumer Consequences

In her article, Natasha Sarin discussed Section 1075 of the Dodd-Frank Act, called the "Durbin Amendment."<sup>124</sup> Illinois Senator Richard Durbin introduced the bill as a beneficial policy that purported to lower merchant transaction costs and lower prices for consumers.<sup>125</sup> In 2010, the Durbin amendment was passed, capping debit card interchange fees at an unreasonably low rate.<sup>126</sup> As a result of Durbin, merchant interchange fees decreased by \$6.5 billion annually.<sup>127</sup> Empirical evidence shows that merchants failed to pass the savings onto the consumers.<sup>128</sup> After the Durbin Amendment went into force, The Federal Reserve Bank of Richmond's Survey reported that only 1.2 percent of retailers reduced prices, and in fact, 22 percent raised prices.<sup>129</sup> Indeed, we have seen

---

<sup>123</sup> PRITCHARD, JUSTIN, KARTIT, Khadija, "Credit Card Surcharges", *The Balance*, January 2022. <https://www.thebalance.com/credit-card-surcharges-315423>

<sup>124</sup> SARIN, *supra* note 98, at 1533.

<sup>125</sup> *Ibidem*, 1533-34 (15 U.S.C. § 1693o-2(a) (1)-(2)).

<sup>126</sup> *Ibidem*, 1535 (Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act, Pub. L. No. 111-203 § 1075, 124 Stat. 1376, 2068-74, 2010 codified at 15 U.S.C. § 1693o-2, 2012).

<sup>127</sup> *Ibidem*, 1539 (MUKHARLYAMOV, Vladimir, SARIN, Natasha, "Price Regulation in Two-Sided Markets: Empirical Evidence from Debit Cards", July 2019, unpublished working paper on file with the Columbia Law Review).

<sup>128</sup> *Ibidem*, 1540-42.

<sup>129</sup> BASHUR, Bryan, "The Durbin Amendment is a Disaster for Banks. Don't Expand it to Credit Cards", *The Hill*, August, 2021. <https://thehill.com/opinion/healthcare/567142-the-durbin-amendment-is-a-disaster-for-banks-dont-expand-it-to-credit> See LONGE, Edward, "For the Sake of Consumers, Kill the Durbin Amendment," *Real Clear Pol'y*, September 2021. [https://www.realclearpolicy.com/articles/2021/09/07/for\\_the\\_sake\\_of\\_consumers\\_kill\\_the\\_durbin\\_amendment\\_793229.html](https://www.realclearpolicy.com/articles/2021/09/07/for_the_sake_of_consumers_kill_the_durbin_amendment_793229.html) TASSEY, Jeff, "The Durbin Amendment 10 Years Later: A Decade of Loss for Consumers and Small Businesses", *Morning Consult*, November 2021. <https://morningconsult.com/opinions/the-durbin-amendment-10-years-later-a-decade-of-loss-for-consumers-and-small-businesses/> (WANG, Zhu *et al.*, "The Impact of the Durbin Amendment on Merchants: A Survey Study", *Fed. Rsrv. Bank of Rich.* [https://www.richmondfed.org/-/media/RichmondFedOrg/publications/research/economic\\_quarterly/2014/q3/pdf/wang.pdf](https://www.richmondfed.org/-/media/RichmondFedOrg/publications/research/economic_quarterly/2014/q3/pdf/wang.pdf)

that the Durbin amendment proved beneficial only to merchants who pocketed the difference in interchange fees as additional revenue.<sup>130</sup>

U.S. lawmakers should have foreseen the resulting anti-consumer and pro-merchant consequences of the Durbin Amendment. Ten years prior to the passage of The Durbin Amendment, the Australian government implemented a similar cap on credit card interchange fees.<sup>131</sup> The Australian government expected the cap to reduce the use of credit cards and lower consumer costs.<sup>132</sup> In reality, the main effects were decreased bank revenue, increased merchant profits, and anti-consumer consequences.<sup>133</sup>

The interchange fee cap brought by the Durbin amendment was so restrictive that banks lost profitability from offering free checking accounts.<sup>134</sup> Thus, banks found less incentive to provide consumer-friendly policies, especially to unprofitable lower-income customers.<sup>135</sup> In fact, banks were 35.2 percent less likely to offer a free checking service than they were before Durbin.<sup>136</sup> Experts hypothesize that 65.2 percent of checking accounts would have been offered with no monthly maintenance fees if Durbin were not in effect.<sup>137</sup> In reality, only 30 percent of checking accounts were offered with no monthly maintenance fees.<sup>138</sup> Banks canceled debit card rewards programs and extinguished other fringe debit card benefits.<sup>139</sup> Banks increased fees, such as overdrafts, minimum balance, and nonsufficient fund fees to recapture profitability

---

<sup>130</sup> BASHUR, Bryan, "The Durbin Amendment is a Disaster for Banks. Don't Expand it to Credit Cards", *The Hill*, August 2021. <https://thehill.com/opinion/healthcare/567142-the-durbin-amendment-is-a-disaster-for-banks-dont-expand-it-to-credit>

<sup>131</sup> SARIN, *supra* note 24, at 563-64 (Reverse Bank of Australia and Australian Competition and Consumer Commission, "Debit and Credit Card Schemes in Australia: A Study of Interchange Fees and Access", October 2000. <https://perma.cc/59YX-S5KD>)

<sup>132</sup> *Ibidem*, 564, (CHANG, Howard, *et al.*, "The Effect of Regulatory Intervention in Two-Sided Markets: An Assessment of Interchange-Fee Capping in Australia", 4 *Rev. Network Econ.*, no. 4, 328, 349, 2005.

<sup>133</sup> *Ibidem*, 565.

<sup>134</sup> MUKHARLYAMOV, Vladimir, SARIN, Natasha, "The Impact of the Durbin Amendment on Banks, Merchants, and Consumers", *U. of Penn. Inst. For Law & Econ.*, Research paper no. 19-06, 3-4, 2019.

<sup>135</sup> *Ibidem*, 4 (providing evidence that banks offset Durbin losses by raising account fees).

<sup>136</sup> MANUSZAK, Mark D., WOZNIAK, Krzysztof, "The Impact of Price Controls in Two-Sided Markets: Evidence from US Debit Card Interchange Fee Regulation", *Bd. of Governors of the Fed. Rsrv. Sys. Fin. & Econ.*, Discussion Series, Working Paper no. 2017-074, 2017.

<sup>137</sup> *Idem*.

<sup>138</sup> *Idem*.

<sup>139</sup> TASSEY, Jeff, "The Durbin Amendment 10 Years Later: A Decade of Loss for Consumers and Small Businesses", *Morning Consult*, November 2021). <https://morningconsult.com/opinions/the-durbin-amendment-10-years-later-a-decade-of-loss-for-consumers-and-small-businesses/>

on free checking accounts.<sup>140</sup> The average overdraft charge was \$21.57 in 1998 but ballooned to \$31.26 in 2012.<sup>141</sup> Most notably, banks adopted unethical banking practices such as debit resequencing, where a bank purposefully rearranges an account's daily debits and credits from highest to lowest, maximizing instances of overdrafts.<sup>142</sup> With debit resequencing, banks unethically capitalize on indigent customers who spend more money than they have available.<sup>143</sup>

To appreciate the effect of debit resequencing, consider Peggy, a single mother of one who lives below the poverty line. On the morning of August 1<sup>st</sup>, Peggy has \$750 in her checking account. Peggy wakes up 15 minutes late for work. With no time to make breakfast or pack lunch, she visits a drive-thru and purchases breakfast for \$10. During her lunch break, Peggy buys lunch for \$15 and buys her child's school supplies for another \$30. She suddenly realizes that it is the first of the month and her rent is due! She pulls out her phone and makes a payment of \$730 from her checking account. Throughout the day, Peggy spent \$785, an excess of \$35 over her available balance of \$750. Without debit resequencing, the bank charges Peggy one overdraft fee of \$35 because the rent payment was the latest transaction that put her in the negative. However, after the Durbin amendment, the bank implemented debit resequencing to make their free checking accounts profitable. The bank reorganizes Peggy's daily purchases from largest to smallest: \$730; \$30; \$15; \$10. In this reality, Peggy's \$750 balance is negative after the \$730 rent payment and \$30 school supplies. As a result, the bank charged Peggy three overdraft fees, totaling a whopping \$105 on top of the charges Peggy had made. Peggy shows us that a simple slip of the mind or miscalculation can entail painful consequences for the poor. Feeling taken advantage of, Peggy reevaluates her need for a bank account and decides to close her account.

These fees are the most damaging to lower-income individuals, the same people the Durbin amendment purported to benefit.<sup>144</sup> It is no longer profitable for banks to merely offer free checking without these fees.<sup>145</sup> Today, free checking accounts are less common and less desir-

---

<sup>140</sup> *Idem*.

<sup>141</sup> SERVON, Lisa, "Column: The Bank Fees You Don't Even Know About", *PBS*, June 2017. <https://www.pbs.org/newshour/economy/column-bank-fees-dont-even-know>.

<sup>142</sup> *Idem*.

<sup>143</sup> *Idem*.

<sup>144</sup> MUKHARLYAMOV, *supra* note 134, 32.

<sup>145</sup> *See Ibidem*, 3-4.

able than they once were.<sup>146</sup> Extensive bank penalties and fees cause lower-income individuals to distrust financial institutions.<sup>147</sup> As a result, lower-income individuals have become disproportionately underbanked.<sup>148</sup>

### 3. Credit Card Market Competition Will Cool

Aside from the cards that offer credit to the risky subprime market, the credit card market is still red-hot with competition.<sup>149</sup> The credit card competition among issuers today is borne by profitability.<sup>150</sup> In this market, issuing banks one-up each other with better sign-up bonuses, better earning rates, and better redemption options.

Take a look at what issuers are offering: the Citi Double Cash is a no-annual-fee card that provides a combined reward of 2 percent unlimited cashback on all charges.<sup>151</sup> The Apple Card is a no-annual-fee card that offers 3 percent on all purchases at Apple, 2 percent on Apple Pay purchases, and 1 percent cashback on all charges.<sup>152</sup> The Apple Card also offers cardholders great software that individualizes the cardholder's credit, interest, and fees and makes them easy to understand.<sup>153</sup> The no-annual-fee Wells Fargo Active Cash Card offers a \$200 sign-up bonus, 0 percent APR for 15 months from account opening, and unlimited 2 percent cash rewards.<sup>154</sup>

Shoehorning issuers to make a profit with capped interchange fees will throw a wrench into the credit card market. With low interchange fees, issuers will be unable to subsidize the current credit card bene-

---

<sup>146</sup> *Ibidem*, 4 (“[T]he share of free basic checking accounts (accounts with a \$0 monthly minimum for all customers, regardless of account balance) decreases from 60 percent to 20 percent as a result of Durbin”).

<sup>147</sup> Fed. Deposit Ins. Cor 2017 FDIC National Survey of Unbanked and Underbanked Households 4, October 2017. (30.2 percent of unbanked households surveyed indicate their distrust of banks as the reason why they are unbanked).

<sup>148</sup> *Idem*. (“[U]nbanked and underbanked rates were higher among lower-income households...”).

<sup>149</sup> See STAPLES, Ana, “The Credit Card Market is Officially Booming: Here’s What it Means for You”, *Bankrate*, November 2021. <https://www.bankrate.com/finance/credit-cards/credit-card-market-is-booming/>

<sup>150</sup> RESENDIZ, *supra* note 77.

<sup>151</sup> “Citi, Citi® Double Cash Card”. <https://www.citi.com/credit-cards/citi-double-cash-credit-card>

<sup>152</sup> “Apple Card”, *Apple*. <https://www.apple.com/apple-card/>

<sup>153</sup> *Idem*.

<sup>154</sup> Wells Fargo, *Wells Fargo Active CashSM Card*, <https://creditcards.wellsfargo.com/active-cash-credit-card/>

fits.<sup>155</sup> Reward programs will disappear, without rewards to entice cardholders to swipe, bank profits will drop dramatically, and competition will cool.<sup>156</sup> Wealthier cardholders who transact with the largest volume and the frequency will likely stick their unrewarding card in their sock drawer because they do not need credit for everyday purchases.<sup>157</sup> With profitable customers leaving and revenue dropping, issuers will probably turn to fees to regain profitability. Where have we seen this before?

Just as the Durbin amendment forced banks to implement fees to stay profitable, similar legislation that caps credit card interchange fees will likely cause issuers to do the same for their credit card products. Thus, once the wealthier customers leave, the lower-income customers who need the credit will be left holding the bag. It is likely that without much room for profitability from transactions, issuers who remain in the market will begin offering products more akin to those currently available in the subprime credit card market.<sup>158</sup>

In the subprime market, the only issuers that stand to profit are those that implement small credit limits, exorbitant annual fees, late fees, and high-interest rates to hedge their risk.<sup>159</sup> Indeed, these subprime issuers make most of their profits from fees than interest or interchange fees.<sup>160</sup> Anti-consumer policies plague the subprime credit card market, disproportionately affecting lower-income individuals who require the credit aspect of their credit cards.<sup>161</sup> With a restrictive cap on credit card interchange fees, it is likely that a great financial tool to build credit and earn rewards will become an expensive, undesirable, and predatory product.<sup>162</sup>

---

<sup>155</sup> James CADDY, et al., *Consumer Payment Behavior in Australia: Evidence From the 2019 Consumer Payments Survey*, Rsrv. Bank of Australia Research Discussion Paper, 2020. <https://www.rba.gov.au/publications/rdp/2020/pdf/rdp2020-06.pdf> (Australian credit card interchange fees led to the reduction of credit card rewards programs).

<sup>156</sup> See Grant HALVERSON, *In a World First Australia Will Seek to Eliminate Card Interchange*, Retailer Banker Int'l (Aug. 8, 2018), <https://www.retailbankerinternational.com/news/world-first-australia-will-seek-eliminate-card-interchange/> (Elimination of card interchange cause Australian consumers to suffer increased fees and charges while not receiving any benefits).

<sup>157</sup> See CADDY, *supra* note 155, at 19.

<sup>158</sup> Borrowers with a FICO score of 580-619 are considered 'subprime.'

<sup>159</sup> ELLIOTT, Diana, LOWITZ, Ricki, "What Is the Cost of Poor Credit?", *Urban Inst*, September 2018. [https://www.urban.org/sites/default/files/publication/99021/what\\_is\\_the\\_cost\\_of\\_poor\\_credit.pdf](https://www.urban.org/sites/default/files/publication/99021/what_is_the_cost_of_poor_credit.pdf) See also ANDERSON, Margo, "From Subprime Mortgages to Subprime Credit Cards", *Fed. Rsrv. Bank of Boston*, no. 21-22, 2008.

<sup>160</sup> LAMBARENA, Melissa, "How Do Credit Card Companies Make Money?", *Nerd Wallet*, May 2021. <https://www.nerdwallet.com/article/credit-cards/credit-card-companies-money>

<sup>161</sup> ELLIOTT, *supra* note 159.

<sup>162</sup> SARIN, *supra* note 24, at 565.

#### 4. Credit Will Become Inaccessible to Lower-Income Individuals

A May 2019 report by the Federal Reserve indicated that 22 percent of American adults are either unbanked or underbanked.<sup>163</sup> The report shows that the majority of the unbanked or underbanked population are lower income.<sup>164</sup> Underbanked individuals often pay for expenses with cash and rely on alternative financial services such as money orders, check-cashing services, and predatory businesses such as payday lenders and auto title loan agencies.<sup>165</sup>

The 2017 FDIC National Survey of Unbanked and Underbanked Households provides context on the topic.<sup>166</sup> Stemming from the survey, 52.7 percent of unbanked households cited “not enough money to keep in an account” as the reason for not having one;<sup>167</sup> 30.2 percent cited “Don’t trust banks” as the reason; 29.9 percent of unbanked households that previously held an account reported that “Bank account fees are too high”; 24.9 percent of unbanked households that previously held an account reported that “Bank account fees are unpredictable.”<sup>168</sup>

The survey shows overwhelming evidence that unbanked and underbanked households are wary of hefty bank fees and there are many: monthly maintenance fees, overdraft fees, minimum balances, and ATM fees.<sup>169</sup> However, the consequences of being unbanked carry a steep price over time, including high costs for credit. Without a bank, the unbanked and underbanked seek credit from exploitative payday lenders, auto title loan agencies, and pawnshops.<sup>170</sup> Payday lenders, for example, typically charge interest of \$15-\$20 for every \$100 borrowed, an effective 391 percent to 521 percent APR.<sup>171</sup> Further, these institutions do not report borrowers’ positive payment history to the credit

---

<sup>163</sup> “Report on the Economic Well-Being of U.S. Households in 2018”, *Bd. of Governors of the Fed. Rsrv. Sys.*, no. 25, May 2019. <https://www.federalreserve.gov/publications/files/2018-report-economic-well-being-us-households-201905.pdf>

<sup>164</sup> *Idem.* (“One percent of those with incomes over \$40,000 are unbanked, versus 14 percent of those with incomes under that threshold.”)

<sup>165</sup> *Idem.*

<sup>166</sup> Fed. Deposit Ins. Cor, *supra* note 146, at 4.

<sup>167</sup> *Idem.* (I interpret “not enough money to keep an account” as a proxy for the inability to meet the account’s minimum balance. Failing to meet the minimum balance incurs a ‘monthly service fee.’).

<sup>168</sup> *Idem.*

<sup>169</sup> *Idem.*

<sup>170</sup> *Idem.* at 17

<sup>171</sup> MACEY, Jonathan, “Fair Credit Markets: Using Household Balance Sheets to Promote Consumer Welfare”, *Tex. L. Rev.*, no. 100, 683, 711, 2022.

bureaus.<sup>172</sup> On the other hand, if the borrower defaults, the payday lender will sell the debt to third-party debt collectors known to report the default.<sup>173</sup>

From the FDIC survey, I extrapolate that implementing restrictions or limiting interchange fees for credit cards will further isolate lower-income individuals from credit.<sup>174</sup> As argued above, these changes will make credit card issuing unprofitable. Issuers will turn to fees, which will exacerbate the problem of credit-invisible and underbanked lower-income individuals.<sup>175</sup>

### *Case law on taxability of rewards*

Next, this paper will explore the taxability of earned rewards. Some cardholders receive a not-insignificant amount of rewards from issuers as compensation for their credit card spending. Below, I go into the background on manufactured spending and its taxability according to a recent Tax Court case. When looking at economic and social policy considerations, I suggest that the Tax Court correctly decided the case.

#### *A. Manufactured Spend, ‘Gaming’ of the Rewards Program*

Not all cardholders play by the rewards program rules. For instance, manufactured spending is a well-known ‘gaming’ of the program that issuers work to limit.<sup>176</sup> Manufactured spending is the process of maximizing credit card spend, receiving rewards on that spend, converting the spending back into cash, and profiting from the transactions.<sup>177</sup> For example, a cardholder may purchase Visa gift cards with a rewards card, receive rewards from the purchase, liquidate the Visa gift cards into money orders, and cash the money orders in to pay off the credit card.<sup>178</sup> The process is not precisely straightforward as the logistics are

---

<sup>172</sup> SANDBERG, Erica, “What Happens If I Stop Paying My Payday Loan?”, *Experian*, May 2019. <https://www.experian.com/blogs/ask-experian/what-happens-if-i-stop-paying-my-payday-loan/>

<sup>173</sup> *Idem*.

<sup>174</sup> See MUKHARLYAMOV, *supra* note 134, at 35 (following Durbin, the number of unbanked individuals significantly increased).

<sup>175</sup> *Idem*. (Issuers heighten fees to regain profitability after an interchange fee cap, leading lower income individuals to forego use of credit).

<sup>176</sup> DOOTINGH, Erik, “Amex Sign-Up Bonus Clawbacks and Hitting Minimum Spend Requirements”, *Reward Expert*, June 2020. <https://www.rewardexpert.com/blog/amex-sign-up-bonus-spend-requirements/>

<sup>177</sup> REYES, Nick, “Manufactured Spending Complete Guide”, *Frequent Miler*, December 2020. <https://frequentmiler.com/manufactured-spending-complete-guide/>

<sup>178</sup> *Idem*.

difficult to navigate.<sup>179</sup> For most cardholders, the reward is not worth the amount of work required.<sup>180</sup> However, a minority of fanatic credit cardholders engage in the activity if the rewards they receive from credit card spending exceed the fees they pay to convert the cash equivalents into cash.<sup>181</sup>

As far as the government is concerned, ‘gaming’ of the rewards program is not criminal, but credit card issuers frown upon the practice.<sup>182</sup> Notably, American Express is one issuer that disapproves of manufactured spending and forbids it altogether.<sup>183</sup> Unlike Visa or Mastercard that partner with issuing banks to supply credit cards to customers, American Express acts as both the issuing bank and the network.<sup>184</sup> As the network, American Express has the burden of acquiring new merchants and assuring existing merchants that accepting their cards makes financial sense for their business.<sup>185</sup> As the issuing bank, American Express must ensure its cardholder base is healthy and heartedly rewarded for their spending.<sup>186</sup> Thus, American Express’s business model hinges on a balancing act between serving its merchants and its cardholders.

Manufactured spending risks the health of both American Express’s customer and merchant bases. The practice risks devaluation of credit card points and diminution of card benefits for most cardholders who play by the rules.<sup>187</sup> The practice also risks merchant adoption of American Express’ transaction network. Suppose American Express cardholders buy unprofitable products, such as Visa gift cards with their re-

---

<sup>179</sup> See generally *Idem*.

<sup>180</sup> OTT, Gilbert, “Amex Shuts Down Points & Miles Fanatics Abusing Spending Rules”, *God Save The Points*, December 2020. <https://www.godsavethepoints.com/amex-shut-downs-paypal-key/>

<sup>181</sup> *Idem*.

<sup>182</sup> MECIA, Tony, “Is it OK to Pay Myself With my Own Business Credit Card to Earn Rewards”, *Creditcards.com*, October 2018. <https://www.creditcards.com/education/buy-boost-reward-points-manufactured-spending-1433/>

<sup>183</sup> “Program Terms & Conditions for Card Members” *American Express*. <https://www.americanexpress.com/content/dam/amex/us/rewards/membership-rewards/mr-terms-conditions-03.2022.pdf?tier=LF&mrk=&stoken>

<sup>184</sup> CHAKRAVORTI, Sujit, SHAH, Alpa, “Underlying Incentives in Credit Card Networks”, *Antitrust Bull*, no. 48, 53,56, 2003.

<sup>185</sup> See RESENDIZ, Joe, “Where and How Widely are Visa, Mastercard, Discover and American Express Credit Cards Accepted?”, *Value Penguin*, January 2022. <https://www.valuepenguin.com/where-visa-mastercard-american-express-discover-accepted>

<sup>186</sup> See STEINBERG, Ethan, “What’s the Difference Between a Credit Card Network and Issuer?”, *The Points Guy*, April 2020. <https://thepointsguy.com/news/whats-the-difference-between-a-credit-card-network-and-issuer/>

<sup>187</sup> OTT, *supra* note 180.



wards card. If these unprofitable transactions become too obvious or frequent, American Express will lose favor with these merchants.<sup>188</sup>

Seeing manufactured spend as a threat to profitability, American Express bans on manufactured spending in the terms and conditions of each of its credit cards.<sup>189</sup> American Express is known to ‘claw back’ reward points and even close the credit card accounts of those engaging in manufactured spending to enforce the rule.<sup>190</sup>

Prudent merchants have also limited the practicability of manufactured spending. On December 19<sup>th</sup>, 2020, Walmart promulgated a “Manufactured Spending Policy” memo that entrusts its employees to stop manufacturing spending transactions.<sup>191</sup> Although Walmart cites “significant customer service and operational impacts,”<sup>192</sup> the more likely cause for the disallowance of manufactured spending is its impact on Walmart’s bottom line.

Fortunately, we see that the market has taken steps to limit the practicability of manufactured spending. Granted, there are no statistics on whether American Express’ and Walmart’s actions effectively curb manufactured spending. Notwithstanding, I find the market’s adaptations inspire confidence in the deterrence efforts to make rewards programs fair to all cardholders. The U.S. Tax Court case *Anikeev v. Commissioner* examined the taxability of credit card rewards derived from manufactured spending. I will discuss this tax court opinion below.

### *B. IRS Guidance on Frequent Flyer Miles and Rebates*

In 2002, the IRS promulgated Announcement 2002-18, which provided an (albeit weak) stance that frequent flier miles attributable to business travel are not taxed.<sup>193</sup> Revenue Ruling 76-96 provides the IRS’s longstanding policy deeming rebates a discount on purchased products, not taxable income.<sup>194</sup>

---

<sup>188</sup> See ECKLER, Mike, “Why American Express Pushes for Higher Merchant Acceptance”, February 2020. <https://www.practicalecommerce.com/why-american-express-pushes-for-higher-merchant-acceptance> (American Express is already on the back foot because merchants already pay higher AmEx interchange fees).

<sup>189</sup> American Express, *supra* note 183.

<sup>190</sup> PEPPER, Stephen, “Amex Going Clawback-Happy for Grocery Store Spend”, *Frequent Miler*, July 2020. <https://frequentmiler.com/amex-going-clawback-happy-for-grocery-store-spend/>

<sup>191</sup> Greg The Frequent Miler, *Walmart Manufactured Spending Policy Memo: “That Activity Should Be Stopped”*, *Frequent Miler* (Dec. 14, 2020), <https://frequentmiler.com/walmart-manufactured-spending-policy-memo/>

<sup>192</sup> *Idem*.

<sup>193</sup> I.R.S. Announcement 2002-18, 2002-1 C.B. 621 (I.R.S. 2002).

<sup>194</sup> *Rev. Rul. 76-96*, 1976-1 C.B. 23.

### *C. Case Law-Anikeev v. Commissioner*

In *Anikeev v. Commissioner*, the Tax Court addressed whether reward dollars from credit card spending were taxable income.<sup>195</sup> During 2013 and 2014, the Anikeevs held two Blue Cash American Express Cards.<sup>196</sup> The Blue Cash card offered up to 1 percent rewards on eligible purchases for the first \$6,500 spent in a year and up to 5 percent rewards on eligible purchases beyond \$6,500.<sup>197</sup> American Express did not limit the amount of rewards dollars that could be accumulated within a given year.<sup>198</sup> The Anikeevs engaged in manufactured spending on the Blue Cash cards to collect substantial reward dollars.<sup>199</sup> More specifically, the Anikeevs charged over \$6.4 million in Visa gift cards, gift card reloads, and money orders to accumulate \$313 thousand in reward dollars.<sup>200</sup> The Anikeevs did not report the rewards dollars as income in their taxes, so the IRS issued a notice of deficiency for 2013 and 2014 tax years.<sup>201</sup>

The *Anikeev* Court held that the reward dollars associated with the purchase of Visa gift cards were rebates and not taxable.<sup>202</sup> On the flip side, the Court also found that “direct purchases of money orders and the cash infusions to the reloadable debit cards” were taxable because they were nothing more than ‘cash transfers’.<sup>203</sup>

#### *1. The Anikeev Court’s Impact on Credit Card Rewards*

The *Anikeev* decision seems arbitrary at first glance – what is the material difference between purchasing Visa gift cards and reloading those same cards? Yet that is where the Court drew the line, contorting its decision to kill two birds with one stone. The Court reinforced the notion that credit card rewards fit within the meaning of an untaxed ‘rebate’ under Revenue Ruling 76-96. The Court also limited the viability of manufactured spending, an undesirable practice that benefits one cardholder at the expense of everyone else. The decision aligns with

---

<sup>195</sup> *Anikeev v. Commissioner of Internal Revenue*, 121 T.C.M. (CCH) 1163 (T.C. 2021).

<sup>196</sup> *Idem* at \*2.

<sup>197</sup> *Idem*.

<sup>198</sup> *Idem*.

<sup>199</sup> *Idem* at \*3.

<sup>200</sup> *Idem*.

<sup>201</sup> *Idem* at \*3-\*4.

<sup>202</sup> *Idem* at \*7.

<sup>203</sup> *Idem*.

a favorable pro-credit card rewards stance by limiting the potential ‘gaming’ of rewards programs.

### *The Call for Non-Intervention Towards Credit Card Rewards Programs*

Credit is the oil to the economic engine. Credit allows borrowers to gain access to capital that creates jobs, grows the economy, and provides an avenue for borrowers to climb the socioeconomic ladder.<sup>204</sup> A credit card is simply one financial tool that bridges the gap between consumers and lenders. Credit card rewards programs have generated popularity and loyalty to the credit card market by providing a net positive value to all parties.<sup>205</sup> Cardholders benefit because they gain value every time they swipe.<sup>206</sup> Merchants gain brand association, transaction convenience, and increased traffic by accepting cards.<sup>207</sup> Issuers profit from the volume and frequency of transactions, offering rewards to increase consumption, loyalty, and the number of new cardholders.<sup>208</sup> Increased consumer spending brought on by rewards programs benefits all aspects of the economy.<sup>209</sup> I offer a plan to assist lower-income individuals in securing financial security while bolstering the integrity of the credit card market. A federal program to subsidize financial education in public schools would allow all Americans to have the same chance to secure financial stability.

#### *A. The Market Is Capable of Adapting to Inefficiencies*

Earlier in the paper, I examined academics’ arguments against credit card rewards: eliminate credit card rewards programs because it results in a lower-income to higher-income cross-subsidy. I addressed this point, arguing that the existence of a regressive cross-subsidy is not conclusively proven.<sup>210</sup> Even if a regressive cross-subsidy did exist, I argue that attempts to rectify the perceived cross-subsidy will negatively affect the financial market and prove detrimental to the consumer.<sup>211</sup>

---

<sup>204</sup> BAN, Loana, “The Impact of Credit on Economic Growth in the Global Crisis Context”, *Procedia Econ. and Fin.*, no. 6, 25, 27, 2013.

<sup>205</sup> See TURNER, *supra* note 39.

<sup>206</sup> *Idem* at 10.

<sup>207</sup> *Idem* at 11.

<sup>208</sup> STEINBERG, *supra* note 186.

<sup>209</sup> See TURNER, *supra* note 39.

<sup>210</sup> SEMERARO, *supra* note 112, at 442-43.

<sup>211</sup> See MUKHARLYAMOV, *supra* note 134.

Recent history has shown that even with good intentions, legislation to regulate a thriving industry will spell consequences that actively hurt the underserved lower-income population, not help them.<sup>212</sup> Suppose lawmakers apply legislation similar to the Durbin amendment to the credit card market consumers will lose valuable rewards, credit would be accessible to fewer Americans, and the poor would pay more to gain access to and use credit.<sup>213</sup> Instead, lawmakers should apply a policy of non-intervention to the credit card market and allow the market to resolve any inefficiencies.

The market has already shown that it solves payment inefficiencies: Some merchants operate cash-only and profit from ATM transactions;<sup>214</sup> others operate cash-less, forgoing the cost of managing cash and the risk of robberies;<sup>215</sup> large merchants like Walmart, that are known for offering low prices, leverage their size to negotiate low interchange fees.<sup>216</sup> The market continues to adapt to unfair rewards program ‘gaming’ practices such as manufactured spending, inspiring confidence in the market’s ability to regulate itself.<sup>217</sup>

### *B. The Need for Financial Education*

Considering my paper’s contribution on the topic, the argument for ‘fixing’ credit card interchange fees to fix a ‘cross-subsidy’ that may or may not exist is misguided and unproductive. Instead, I offer a discussion on a federally subsidized financial education program to help low-income consumers understand financial products and support their financial security. Understanding credit and how to build credit is essential because it impacts almost all parts of a person’s life.<sup>218</sup> A landlord considers an applicant’s credit scores to determine whether to rent to the individual.<sup>219</sup> An employer checks a potential hire’s credit scores

---

<sup>212</sup> *Idem* at 35 (loss of bank profitability led to increase in fees, resulting in significant increase of unbanked individuals).

<sup>213</sup> See generally *Idem*.

<sup>214</sup> REED, *supra* note 120.

<sup>215</sup> WANG, *supra* note 80; Perrin, *supra* note 117 (Americans are becoming less reliant on physical currency).

<sup>216</sup> MERCHANT, *supra* note 119, at 340.

<sup>217</sup> See American Express, *supra* note 183; see also Greg “The Frequent Miler”, *supra* note 191.

<sup>218</sup> DEMYANYK, Yuliya, “Your Credit Score Is a Ranking, not a Score”, *Fed. Rsrv. Bank of Cleveland Econ. Commentary* no. 2010-16, November 2010. <https://www.clevelandfed.org/en/newsroom-and-events/publications/economic-commentary/economic-commentary-archives/2010-economic-commentaries/ec-201016-your-credit-score-is-a-ranking-not-a-score.aspx>

<sup>219</sup> *Idem*.

before extending an offer for a position.<sup>220</sup> An individual's credit score determines whether the individual will spend 90 minutes on a bus or 20 minutes in a car.<sup>221</sup> Credit plays a crucial role in leveraging an individual's financial history to build their future "out of poverty and into financial security."<sup>222</sup>

Even though one's income is not a data point used to calculate the credit score, the lowest income earners in society do not have access to the same financial products that are available to wealthier individuals.<sup>223</sup> So then, why do lower-income individuals have fewer credit cards, lower credit scores, and a harder time getting access to financial tools? Yes, many factors are at play, and academics can discuss them without end. In this paper, however, I argue that the U.S. education system fails to address the lack of financial education that effectively sets lower-income individuals up to fail.

The United States ranks number one worldwide in Gross Domestic Product<sup>224</sup> but ranks 14<sup>th</sup> for financial literacy.<sup>225</sup> Poor financial literacy contributes to the problem of millions of Americans who are trapped in a cycle of debt.<sup>226</sup> An unsustainable cycle of debt creates stress and desperation that is not easy to escape.<sup>227</sup> In a 2019 survey, 59 percent of Americans said they lived paycheck to paycheck.<sup>228</sup> Further, 35 percent of U.S. adults did not have enough cash or credit to weather a \$400 emergency, a figure similar to pre-pandemic levels.<sup>229</sup>

---

<sup>220</sup> *Idem.*

<sup>221</sup> *Idem.*

<sup>222</sup> CORNFIELD, Jill, "Low-income Americans Get Double Squeeze From Poor Credit and High Fees", *CNBC*, September 2018. <https://www.cnbc.com/2018/09/19/poor-credit-keeps-low-income-people-paying-higher-fees-and-stiff-interest-rates.html> (quoting Margery Austin Turner, senior vice president for program planning and management at the Urban Institute).

<sup>223</sup> MILLS, Claire, *et al.*, "The State of Low-Income America: Credit Access & Debt Payment", *Fed. Rsrv. Bank of N.Y.*, no. 4, 2022. <https://www.newyorkfed.org/medialibrary/media/press/the-state-of-low-income-america-credit-access-debt-payment-march-2022> (only half of low-income households have access to a credit card).

<sup>224</sup> SILVER, Caleb, RASURE, Erika, "The Top 25 Economies in the World", *Investopedia*, February 2022. <https://www.investopedia.com/insights/worlds-top-economies/>

<sup>225</sup> SILVER, Caleb, JAMES, Margaret, "Financial Literacy for Children," *Investopedia*, March 2022. <https://www.investopedia.com/the-push-to-make-financial-literacy-into-law-4628372>

<sup>226</sup> *Idem.*

<sup>227</sup> *Idem.*

<sup>228</sup> SCHWAB, Charles, *2019 Modern Wealth Survey*, <https://www.aboutschwab.com/modernwealth2019>

<sup>229</sup> "Report on the Economic Well-Being of U.S. Households in 2020", *Bd. of Governors of the Fed. Rsrv. Sys.*, May 2021. <https://www.federalreserve.gov/publications/2021-economic-well-being-of-us-households-in-2020-dealing-with-unexpected-expenses.htm>

Unfortunately, only seven U.S. states require a high school personal finance course for graduation.<sup>230</sup> Thirty-eight states have no plans to implement a personal finance course.<sup>231</sup> Where do these children learn about money? Family is a popular answer, but data shows that parents do not give children the financial education they need. A BECU survey of 1,000 U.S. adults found that 72 percent of parents were not talking to their children about finances.<sup>232</sup> Even if a parent talks to their children about money, children born to wealthier parents are better set up for success than children born to poorer parents.<sup>233</sup> People with less money receive fewer opportunities to learn financial principles, practice putting knowledge into action, and build a solid foundation.<sup>234</sup> As a result, children of poorer parents receive unequal financial education.<sup>235</sup> With family not filling the need, we turn back to the education system.

Financial education can weaken systemic barriers to credit.<sup>236</sup> Expanding access of financial education in schools would make a difference to lower-income individuals' financial future and allow individuals of all economic stratifications to see the benefits and participate in the financial market.<sup>237</sup> I propose that the federal government award education subsidies to public schools that implement a financial literacy class as a core subject for graduation.

### *Conclusion*

The credit card is a beneficial credit product for the economy that has seen a significant increase in usage over the few last decades. Proposing regulations to cap credit card interchange fees or kill the

---

<sup>230</sup> SMITH, Kelly, "These States Now Require Students To Learn About Personal Finance", *Forbes*, April 2022. <https://www.forbes.com/advisor/personal-finance/states-mandating-personal-finance-in-school/> (five more states are preparing to implement financial education courses in high school).

<sup>231</sup> *Idem.*

<sup>232</sup> "BECU Survey Discovers Majority of Parents Aren't Talking with Kids About Money", *PR Newswire*, October 2019. <https://www.prnewswire.com/news-releases/becu-survey-discovers-majority-of-parents-arent-talking-with-kids-about-money-300930307.html>

<sup>233</sup> CAVANAUGH, Afton, "Rich Dad vs. Poor Dad: Why Leaving Financial Education to Parents Breeds Financial Inequality & Economic Instability", *Child. Legal Rts. J.*, *búm* no. 34, 59, 2013.

<sup>234</sup> *Ibidem.*, 61 (DAN, Kadlec, "Financial Education: A Job for Teachers or Parents? Bus", *Time*, October 2012. <http://business.time.com/2012/10/08/financial-education-a-job-for-teachers-or-parents/> (asserting that financial literacy "accounts for as much as 50 percent of the wealth gap" in America).

<sup>235</sup> *Idem.*

<sup>236</sup> *Idem.*

<sup>237</sup> *Idem.*

rewards program in the misguided pursuit of “eliminating the regressive cross-subsidy” would be unpopular and ineffective. If legislation restricted the free credit card market, we would see anti-consumer results like the results of the Durbin Amendment. Instead of eroding the profitable credit card market, I propose that effective financial education in public schools would better serve consumers. Since issuers profit from the frequency and volume of transactions, more financially prudent cardholders joining the credit cards rewards program would allow issuers to profit and for all cardholders, irrespective of economic stratification, to enjoy the benefits of consumer-friendly financial products.

### *Bibliography*

- “8 Types of Credit Cards to Apply For”, *Capital One*, December 2021. <https://www.capitalone.com/learn-grow/money-management/types-of-credit-cards/>
- ALBRIGHT, Dann, “How Do Wealthy Americans Use Credit Cards?”, *The Ascent*, January 2022. <https://www.fool.com/the-ascent/research/wealthy-credit-card-habits/>
- American Express, “Welcome to Membership Rewards!”. <https://www.americanexpress.com/content/dam/amex/us/rewards/membership-rewards/mr-terms-conditions-03.2022.pdf>
- “Apple Card”, *Apple*. <https://www.apple.com/apple-card/>
- BAN, Loana, “The Impact of Credit on Economic Growth in the Global Crisis Context”, *Procedia Econ. and Fin.*, no. 6, 25-27, 2013.
- BASHUR, Bryan, “The Durbin Amendment is a Disaster for Banks. Don’t Expand it to Credit Cards”, *The Hill*, August, 2021. <https://thehill.com/opinion/healthcare/567142-the-durbin-amendment-is-a-disaster-for-banks-dont-expand-it-to-credit>
- “BECU Survey Discovers Majority of Parents Aren’t Talking with Kids About Money”, *PR Newswire*, October 2019. <https://www.prnewswire.com/news-releases/becu-survey-discovers-majority-of-parents-arent-talking-with-kids-about-money-300930307.html>
- BRASLER, Kevin, “Why Your Credit Card is a Consumer-Protection Superweapon”, *Seattle Time*, February 2018. <https://www.seattletimes.com/life/lifestyle/why-your-credit-card-is-a-consumer-protection-superweapon/>

- BRASWELL, Greg, CHERNOW, Elizabeth, “Consumer Credit Law & Practice in the U.S.”, *U.S. Fed. Trade Commission*. [https://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/training-materials/law\\_practice.pdf](https://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/training-materials/law_practice.pdf)
- BUTARU, Florentin *et al.*, “Risk and Risk Management in the Credit Card Industry”, *J. Banking and Fin.*, vol. 72, no. 218, 2016.
- CALEM, Paul, MESTER, Loretta, “Consumer Behavior and the Stickiness of Credit-Card Interest Rates”, *Am. Econ. Rev.*, vol. 85, no. 5, 1327.
- CASH, Kevin, “Credit Card vs. Debit Card: Which Is Safer Online?”, *NerdWallet*, July 2021. <https://www.nerdwallet.com/article/credit-cards/credit-card-vs-debit-card-safer-online-purchases>
- CAVANAUGH, Afton, “Rich Dad vs. Poor Dad: Why Leaving Financial Education to Parents Breeds Financial Inequality & Economic Instability”, *Child. Legal Rts. J.*, *búm* no. 34, 59, 2013. “Chase Freedom Unlimited® Credit Card”, *J. Morgan Chase & Co.* <https://credit-cards.chase.com/cash-back-credit-cards/freedom/unlimited?iCE-LL=6C1Y>
- “Chase Sapphire Preferred® with Ultimate Rewards® Program Agreement”, *J. Morgan Chase & Co.* [https://static.chasecdn.com/content/dam/card/rulesregulations/en/RPA0444\\_0477.pdf](https://static.chasecdn.com/content/dam/card/rulesregulations/en/RPA0444_0477.pdf)
- CHAKRAVORTI, Sujit, SHAH, Alpa, “Underlying Incentives in Credit Card Networks”, *Antitrust Bull.*, no. 48, 53, 56, 2003.
- CHANG, Howard, *et al.*, “The Effect of Regulatory Intervention in Two-Sided Markets: An Assessment of Interchange-Fee Capping in Australia”, *4 Rev. Network Econ.*, no. 4, 328, 349, 2005.
- CHAUNCEY Crail, DIA, Adams, “Credit Card Processing: How It Works”, *Forbes*, November 2021.
- “Citi, Citi® Double Cash Card”. <https://www.citi.com/credit-cards/citi-double-cash-credit-card>
- CORNFIELD, Jill, “Low-income Americans Get Double Squeeze From Poor Credit and High Fees”, *CNBC*, September 2018. <https://www.cNBC.com/2018/09/19/poor-credit-keeps-low-income-people-paying-higher-fees-and-stiff-interest-rates.html>
- “Credit Card Activities Manual”, *Fed. Deposit Ins. Corp.*, 2007. [https://www.fdic.gov/regulations/examinations/credit\\_card/glossary.html](https://www.fdic.gov/regulations/examinations/credit_card/glossary.html)
- “Credit Cards: Use and Consumer Attitudes”, 1970-2000, *Federal Reserve Bulletin*, 623-634. <https://www.federalreserve.gov/pubs/bulletin/2000/0900lead.pdf>  
<https://www.forbes.com/advisor/credit-cards/credit-card-processing-how-it-works/>



- DALY, Lyle, "How Gen Z, Millennials, Gen X, and Baby Boomers Use Credit Cards", *The Ascent*, March 2021. <https://www.fool.com/the-ascent/research/how-gen-z-millennials-gen-x-baby-boomers-use-credit-cards/>
- DAN, Kadlec, "Financial Education: A Job for Teachers or Parents? Bus", *Time*, October 2012. <http://business.time.com/2012/10/08/financial-education-a-job-for-teachers-or-parents/>
- DEMYANYK, Yuliya, "Your Credit Score Is a Ranking, not a Score", *Fed. Rsrv. Bank of Cleveland Econ. Commentary* no. 2010-16, November 2010. <https://www.clevelandfed.org/en/newsroom-and-events/publications/economic-commentary/economic-commentary-archives/2010-economic-commentaries/ec-201016-your-credit-score-is-a-ranking-not-a-score.aspx>
- DENICOLA, Louis, "How Do Cash Back Credit Cards Work?", *Experian*, May 2021. <https://www.experian.com/blogs/ask-experian/how-do-cash-back-credit-cards-work/>
- Discover, *Discover it® Cash Back Application*. [https://discovercard.com/application/website/ratesrewards?srcCde=GJVP&\\_ga=2.154581564.547878646.1650766796-821874480.1650766796](https://discovercard.com/application/website/ratesrewards?srcCde=GJVP&_ga=2.154581564.547878646.1650766796-821874480.1650766796)
- DOOTINGH, Erik, "Amex Sign-Up Bonus Clawbacks and Hitting Minimum Spend Requirements", *Reward Expert*, June 2020. <https://www.rewardexpert.com/blog/amex-sign-up-bonus-spend-requirements/>
- ECKLER, Mike, "Why American Express Pushes for Higher Merchant Acceptance", February 2020. <https://www.practicalcommerce.com/why-american-express-pushes-for-higher-merchant-acceptance>
- Electronic Funds Transfer Act, 15 U.S.C. §§ 1693-1693j, 1978; 12 C.F.R. § 205.6.
- ELLIOTT, Diana, LOWITZ, Ricki, "What Is the Cost of Poor Credit?", *Urban Inst*, September 2018. [https://www.urban.org/sites/default/files/publication/99021/what\\_is\\_the\\_cost\\_of\\_poor\\_credit.pdf](https://www.urban.org/sites/default/files/publication/99021/what_is_the_cost_of_poor_credit.pdf) See also ANDERSON, Margo, "From Subprime Mortgages to Subprime Credit Cards", *Fed. Rsrv. Bank of Boston*, no. 21-22, 2008.
- Fair Credit Billing Act of 1974, 15 U.S.C. § 1666 *et seq.*, Pub. L. 93-495, Tit. III, 88 Stat. 1511, 1975.
- Fair Credit Billing Act, 15 U.S.C. § 1643, 1980.
- FARGO, Wells, "Cellular Telephone Protection". <https://www.wellsfargo.com/credit-cards/features/cell-phone-protection/>

- “Fed. Deposit Ins. Cor, Risk Management Examination Manual of Credit Card Activities”, 2007. [https://www.fdic.gov/regulations/examinations/credit\\_card/pdf\\_version/ch2.pdf](https://www.fdic.gov/regulations/examinations/credit_card/pdf_version/ch2.pdf)
- FIORIO, Luke *et al.*, “New Frontiers in Credit Card Segmentation: Tapping Unmet Consumer Needs”, *McKinsey*, May 2014. [https://www.mckinsey.com/~media/mckinsey/dotcom/client\\_service/financial%20services/latest%20thinking/payments/mop19\\_new%20frontiers%20in%20credit%20card%20segmentation.ashx](https://www.mckinsey.com/~media/mckinsey/dotcom/client_service/financial%20services/latest%20thinking/payments/mop19_new%20frontiers%20in%20credit%20card%20segmentation.ashx)
- FLYBITS, “Optimizing the Cardholder Lifecycle Part 1: Acquisition”, *Flybits*, October 2019. <https://www.flybits.com/resources/blog/optimizing-the-cardholder-lifecycle-part-1-acquisition/>
- FOSTER, Kevin *et al.*, “The 2020 Survey of Consumer Payment Choice: Summary Results”, *Fed. Reserve Bank of Atlanta: Research Data Reports*, no. 21-1, April 2021. <https://www.atlantafed.org/-/media/documents/banking/consumer-payments/survey-of-consumer-payment-choice/2020/2020-survey-of-consumer-payment-choice.pdf>
- FRANKEL, Robin, “When Were Credit Cards Invented: The History of Credit Cards”, *Forbes*, July 2021. <https://www.forbes.com/advisor/credit-cards/history-of-credit-cards/>
- GENTER, J., LUPINI, Caroline, “Chase Ultimate Rewards Vs. American Express Membership Rewards”, *Forbes*, April 2022. <https://www.forbes.com/advisor/travel-rewards/chase-ultimate-rewards-vs-american-express-membership-rewards/>
- GONZALEZ, Jamie, HOLMES, Tamara, “Credit Card Ownership Statistics”
- Greg The Frequent Miler, *Walmart Manufactured Spending Policy Memo: “That Activity Should Be Stopped”*, Frequent Miler (December 14, 2020), <https://frequentmiler.com/walmart-manufactured-spending-policy-memo/>
- “Guide to Benefits-Chase Slate®”, *J. Morgan Chase & Co.* <https://www.chase.com/personal/credit-cards/slate/more>
- HALVERSON, Grant, *In a World First Australia Will Seek to Eliminate Card Interchange*, *Retail Banker Int’l.* <https://www.retailbankerinternational.com/news/world-first-australia-will-seek-eliminate-card-interchange/>
- HARZOG, Beverly, “Survey: Majority of Americans Not Very Confident in Credit Card Choices”, *USNews*, October 2021. <https://money.usnews.com/credit-cards/articles/survey-majority-of-americans-not-very-confident-in-credit-card-choices>
- HAYASHI, Fumiko, “Cash or Debit Cards? Payment Acceptance Costs for Merchants”, *Econ. Rev. of the Fed. Rsrv. Bank of Kansas City*, vol. 106, no. 45, 2021.

- HOLZHAUER, Brett, “Here are 3 reasons why paying with a credit card is safer than a debit Card or cash”, CNBC, September 2021. <https://www.cnbc.com/select/why-paying-with-credit-card-safer-than-debit-cash/>
- IRBY, Latoya, “What is a Private-label Credit Card?”, *The Balance*, June 2021. <https://www.thebalance.com/what-is-a-private-label-credit-card-5188474>
- JAMES CADDY, et al., Consumer Payment Behavior in Australia: Evidence From the 2019 Consumer Payments Survey, Rsrv. *Bank of Australia* Research Discussion Paper 2020.
- KAGAN, Julia, “Guide to Store Credit Cards”, *Investopedia*, May 2021. <https://www.investopedia.com/terms/p/private-label-credit.asp>
- KAUSHAL, Rahul, MITTAL, Kamakant, “Focus on Value Added Services by Network Companies: A Paradigm Shift”, *Infosys*. <https://www.infosys.com/industries/cards-and-payments/resources/Documents/network-companies-paradigm-shift.pdf>
- KUMAR, Rayni *et al.*, “2018 Findings from the Diary of Consumer Payment Choice”, *Cash Prod. Off. Fed. Rsrv. Sys*, no. 9, 2018. <https://www.frbsf.org/cash/files/federal-reserve-cpo-2018-diary-of-consumer-payment-choice-110118.pdf>
- LAMBARENA, Melissa, “How Do Credit Card Companies Make Money?”, *Nerd Wallet*, May 2021. <https://www.nerdwallet.com/article/credit-cards/credit-card-companies-money>
- LARSON, Jennifer, “Money Can Be Filthy-Here’s How to Protect Yourself from Getting Sick”, *Insider*, December 2021. <https://www.insider.com/does-money-carry-germs>
- LAWRENCE, Ausubel, “The Failure of Competition in the Credit Card Market”, *Am. Econ. Rev.*, vol. 81, no. 50, 1991.
- LIEBER, Ron, “The Damage of Card Rewards”, *N.Y. Times*. <https://www.nytimes.com/2010/01/09/your-money/credit-and-debit-cards/09money.html>
- LONGE, Edward, “For the Sake of Consumers, Kill the Durbin Amendment”, *Real Clear Pol’y*, September 2021. [https://www.realclearpolicy.com/articles/2021/09/07/for\\_the\\_sake\\_of\\_consumers\\_kill\\_the\\_durbin\\_amendment\\_793229.html](https://www.realclearpolicy.com/articles/2021/09/07/for_the_sake_of_consumers_kill_the_durbin_amendment_793229.html)
- MACEY, Jonathan, “Fair Credit Markets: Using Household Balance Sheets to Promote Consumer Welfare”, *Tex. L. Rev.*, no. 100, 683, 711, 2022.
- MANGLA, Ismat, “Where Can I Use My Credit Card?”, *Experian*, January 2019. <https://www.experian.com/blogs/ask-experian/where-can-i-use-my-credit-card/>

- MANUSZAK, Mark D., WOZNIAK, Krzysztof, “The Impact of Price Controls in Two-Sided Markets: Evidence from US Debit Card Interchange Fee Regulation”, *Bd. of Governors of the Fed. Rsrv. Sys. Fin. & Econ.*, Discussion Series, Working Paper no. 2017-074, 2017.
- MECIA, Tony, “Is it OK to Pay Myself With my Own Business Credit Card to Earn Rewards”, *Creditcards.com*, October 2018. <https://www.creditcards.com/education/buy-boost-reward-points-manufacture-red-spending-1433/>
- “Membership Guide & Program Rules”, *Delta*. <https://www.delta.com/us/en/skymiles/program-resources/program-rules>
- MERCHANT, Samuel J., “Merchant Restraints: Credit-Card-Transaction Surcharging and Interchange-Fee Regulation in the Wake of Landmark Industry Changes”, *Okla. L. Rev.* no. 68, 327, 340.
- MILLS, Claire, *et al.*, “The State of Low-Income America: Credit Access & Debt Payment”, *Fed. Rsrv. Bank of N.Y.*, no. 4, 2022. <https://www.newyorkfed.org/medialibrary/media/press/the-state-of-low-income-america-credit-access-debt-payment-march-2022>
- MUKHARLYAMOV, Vladimir, SARIN, Natasha, “The Impact of the Durbin Amendment on Banks, Merchants, and Consumers”, *U. of Penn. Inst. For Law & Econ.*, Research paper no. 19-06, 3-4, 2019.
- National Small Business Association, “Credit Card Fee Hikes”, *Nat’l. Small Bus. Ass’n.*, March 2022. <https://nsba.biz/credit-card-fee-hikes/>
- Navy Federal Credit Union, *Freeze or Unfreeze Your Card*. <https://www.navyfederal.org/services/mobile-online-banking/card-management/freeze-unfreeze-card.html> See Discover, *Freeze Account-Frequently Asked Questions*. <https://www.discover.com/credit-cards/help-center/faqs/freeze-account.html>
- NOCERA, Joseph, “The Day the Credit Card Was Born”, *Wash. Post*, November 1994. <https://www.washingtonpost.com/archive/lifestyle/magazine/1994/11/04/the-day-the-credit-card-was-born/d42da27b-0437-4a67-b753-bf9b440ad6dc/>
- OTT, Gilbert, “Amex Shuts Down Points & Miles Fanatics Abusing Spending Rules”, *God Save The Points*, December 2020. <https://www.godsavethepoints.com/amex-shut-downs-paypal-key/>
- PALMER, Kimberly, “What Are Credit Card Interchange Fees?”, *Nerd Wallet*, Agosto 2020. <https://www.nerdwallet.com/article/credit-cards/what-are-credit-card-interchange-fees>

- PEPPER, Stephen, "Amex Going Clawback-Happy for Grocery Store Spend", *Frequent Miler*, July 2020. <https://frequentmiler.com/amex-going-clawback-happy-for-grocery-store-spend/>
- PERRIN, Andrew, "More Americans are making no weekly purchases with cash", *Pew Res. Ctr.*, December 2018. <https://www.pewresearch.org/fact-tank/2018/12/12/more-americans-are-making-no-weekly-purchases-with-cash/>
- POWER, J., "Credit Card Rewards War Reaches Inflection Point as Competition Grows", *J.D. Power Finds*, *PRNewswire*, August 2019. <https://www.prnewswire.com/news-releases/credit-card-rewards-war-reaches-inflection-point-as-competition-grows-jd-power-finds-300905452.html>
- PRITCHARD, Justin, KARTIT, Khadija, "Credit Card Surcharges", *The Balance*, January 2022. <https://www.thebalance.com/credit-card-surcharges-315423>
- PROCTOR, Clint, "Cash Back Vs. Points: Which Type of Rewards Card is Best?", *Credit Karma*, november2021. <https://www.creditkarma.com/credit-cards/i/travel-rewards-vs-cash-back-credit-cards>
- "Program Terms & Conditions for Card Members" *American Express*. <https://www.americanexpress.com/content/dam/amex/us/rewards/membership-rewards/mr-terms-conditions-03.2022.pdf?tier=L-F&mrk=&stoken>
- REED, Catherine, "10 Reasons Cash Still King in an Increasingly Digital World", "Accepting Cash Only", *SBA.gov*. <https://proxy.www.sba.gov/managing-business/running-business/managing-business-finances-accounting/accepting-cash-only>
- "Report on the Economic Well-Being of U.S. Households in 2018", *Bd. of Governors of the Fed. Rsrv. Sys*, no. 25, May 2019. <https://www.federalreserve.gov/publications/files/2018-report-economic-well-being-us-households-201905.pdf>
- "Report on the Economic Well-Being of U.S. Households in 2020", *Bd. of Governors of the Fed. Rsrv. Sys.*, May 2021. <https://www.federalreserve.gov/publications/2021-economic-well-being-of-us-households-in-2020-dealing-with-unexpected-expenses.htm>
- "Report to the Congress on the Profitability of Credit Card Operations of Depository Institutions", *Bd. of Governors of the Fed. Rsrv. Sys.*, no. 7, November 2020. (Cf. HSN Consultants, Inc. 2020, *Nilson Report*, no. 1169). <https://www.federalreserve.gov/publications/files/ccprofit2020.pdf>

- REYES, Nick, “Manufactured Spending Complete Guide”, *Frequent Miller*, December 2020. <https://frequentmiller.com/manufactured-spending-complete-guide/>
- RICE, Lisa, SWESNIK, Deidre, “Discriminatory Effects of Credit Scoring on Communities of Color”, *Suffolk U. L. Rev.*, vol. 46, 935, 951.
- “Risk Management Examination Manual For Credit Card Activities”, *Fed. Deposit Ins. Corp*, no. 40, 40-41 (2007), available at [https://www.fdic.gov/regulations/examinations/credit\\_card/pdf\\_version/ch7.pdf](https://www.fdic.gov/regulations/examinations/credit_card/pdf_version/ch7.pdf)
- “Risk Management Examination Manual for Credit Card Activities”, *Fed Deposit Ins. Cor*, no. 30, 2007. [https://www.fdic.gov/regulations/examinations/credit\\_card/pdf\\_version/ch5.pdf](https://www.fdic.gov/regulations/examinations/credit_card/pdf_version/ch5.pdf)
- RESENDIZ, Joe, “How Credit Card Companies Make and Earn Money”, *Value Penguin*, September 2021. <https://ww.valuepenguin.com/how-do-credit-card-companies-make-money>.
- RESENDIZ, Joe, “Where and How Widely are Visa, Mastercard, Discover and American Express Credit Cards Accepted?”, *Value Penguin*, January 2022. <https://www.valuepenguin.com/where-visa-mastercard-american-express-discover-accepted>
- ROSEN, Eric, “40 Years of Miles: The History of Frequent Flyer Programs”, *The Points Guy*, May 2021. <https://thepointsguy.com/guide/evolution-frequent-flyer-programs/>
- SANDBERG, Erica, “Are Credit Cards Safer Than Debit Cards?”, *Experian*, April 2019. <https://www.experian.com/blogs/ask-experian/are-credit-cards-safer-than-debit-cards/>
- SANDBERG, Erica, “What Happens If I Stop Paying My Payday Loan?”, *Experian*, May 2019. <https://www.experian.com/blogs/ask-experian/what-happens-if-i-stop-paying-my-payday-loan/>
- SARIN, Natasha, “Making Consumer Finance Work”, *Colum. L. Rev.*, no. 119, 1519-1571.
- SARIN, , “What’s in Your Wallet (and What Should the Law Do About it?)”, *U. Chi. L. Rev.*, no. 87, 2020, 559.
- SARIN, Natasha, “Debit and Credit Card Schemes in Australia: A Study of Interchange Fees and Access”, October 2000. <https://perma.cc/59YX-S5KD>
- SCHWAB, Charles, *2019 Modern Wealth Survey*, <https://www.aboutschwab.com/modernwealth2019>
- KOHLI, Diti, “Welcome back to Fenway Park. Leave your cash at home, Boston Globe”, April 2022. <https://www.bostonglobe.com/2022/04/14/business/welcome-back-fenway-park-leave-your-cash-home>

- QUINTON, Sophie, “Paying with Cash? Retailers must take your dollars in these states”, *Pew Tr.*, May 2021. <https://www.pewtrusts.org/en/research-and-analysis/blogs/stateline/2021/05/11/paying-with-cash-retailers-must-take-your-dollars-in-these-states>
- SEMERARO, Steven, “The Reverse-Robin-Hood-Cross-Subsidy Hypothesis: Do Credit Card Systems Tax the Poor and Reward the Rich?”, *Rutgers L.*, no. 40, no. 419, 442-43.
- SERVON, Lisa, “Column: The Bank Fees You Don’t Even Know About”, *PBS*, June 2017. <https://www.pbs.org/newshour/economy/column-bank-fees-dont-even-know>.
- SILVER, Caleb, JAMES, Margaret, “Financial Literacy for Children,” *Investopedia*, March 2022. <https://www.investopedia.com/the-push-to-make-financial-literacy-into-law-4628372>
- SILVER, Caleb, RASURE, Erika, “The Top 25 Economies in the World”, *Investopedia*, February 2022. <https://www.investopedia.com/insights/worlds-top-economies/>
- SMITH, Kelly, “These States Now Require Students To Learn About Personal Finance”, *Forbes*, April 2022. <https://www.forbes.com/advisor/personal-finance/states-mandating-personal-finance-in-school/> (five more states are preparing to implement financial education courses in high school).
- STAPLES, Ana, “The Credit Card Market is Officially Booming: Here’s What it Means for You”, *Bankrate*, November 2021. <https://www.bankrate.com/finance/credit-cards/credit-card-market-is-booming/>
- STEELE, Jason, “How to Compare Credit Card Interest Rates”, *Experian*, September 2019. <https://www.experian.com/blogs/ask-experian/how-to-compare-credit-card-interest-rates/>
- STEINBERG, Ethan, “What’s the Difference Between a Credit Card Network and Issuer?”, *The Points Guy*, April 2020. <https://thepointsguy.com/news/whats-the-difference-between-a-credit-card-network-and-issuer/>
- STEINBERG, Julie, “Amazon, Visa resolve Monthslong Credit-Card dispute”, *Wall St. J.*, February 2022. <https://www.wsj.com/articles/amazon-and-visa-reach-global-deal-on-credit-cards-11645092018>
- “Sujit Chakravorti, Theory of Credit Card Networks: A Survey of the Literature”, *Rev. Network Econ.*, vol. 50, no. 53, 2003.
- Leff, Gary, “How much Citibank and Visa actually overpaid to win the Costco business away from Amex”, *View from the Wing*, April 2015. <https://viewfromthewing.com/how-much-citibank-and-visa-actually-overpaid-to-win-the-costco-business-away-from-amex/>

- TASSEY, Jeff, “The Durbin Amendment 10 Years Later: A Decade of Loss for Consumers and Small Businesses”, *Morning Consult*, November 2021. <https://morningconsult.com/opinions/the-durbin-amendment-10-years-later-a-decade-of-loss-for-consumers-and-small-businesses/>
- TASSEY, Jeff, “The Durbin Amendment 10 Years Later: A Decade of Loss for Consumers and Small Businesses”, *Morning Consult*, November 2021). <https://morningconsult.com/opinions/the-durbin-amendment-10-years-later-a-decade-of-loss-for-consumers-and-small-businesses/>
- “The 2019 Federal Reserve Payments Study”, *Bd. of Governors of the Fed. Rsrv. Sys.*, January 2020. <https://www.federalreserve.gov/paymentsystems/2019-December-The-Federal-Reserve-Payments-Study.htm>
- “The Complete History of Credit Cards, From Antiquity to Today”, *The Points Guy*, 2021. <https://thepointsguy.com/guide/history-of-credit-cards/>
- “The Consumer Credit Card Market”, *Consumer Fin. Prot. Bureau*, no. 5, 2021. [https://files.consumerfinance.gov/f/documents/cfpb\\_consumer-credit-card-market-report\\_2021.pdf](https://files.consumerfinance.gov/f/documents/cfpb_consumer-credit-card-market-report_2021.pdf).
- “The Evolution of Credit Cards”, *FIS Global*, July 2019. <https://www.fisglobal.com/en/insights/merchant-solutions-worldpay/article/the-evolution-of-credit-cards>
- “The Reports of the Death of Airline Miles Rewards Cards Have Been Greatly Exaggerated”, *JD Power*, 2021. <https://www.jdpower.com/business/resources/death-airline-miles-rewards-cards-greatly-exaggerated>
- TPG Staff, “The Complete History of Credit Cards, From Antiquity to Today”, *The Points Guy*, September 2021. <https://thepointsguy.com/guide/history-of-credit-cards/>
- TRINA, Paul, “The Welcome Bonus is the Top Reason Why People Shop for New Credit Cards: here are 3 not to miss”, *CNBC*, 2022. <https://www.cnbc.com/select/reasons-why-people-sign-up-for-credit-card/>
- TURNER, Michael, “Credit Card Rewards: Context, History, and Value”, *Pol’y Econ. Rsrv. Council*, no. 7, August 2012. <https://www.perc.net/wp-content/uploads/2013/12/WP-2-Layout.pdf>
- WANG, Claire, “Cash Me If You Can: The Impacts of Cashless Businesses on Retailers, Consumers, and Cash Use”, *Cash Prod. Off. Fed. Rsrv. Sys.*, no. 3, 2019. <https://www.frbsf.org/wp-content/uploads/sites/7/Cash-Me-If-You-Can-August2019.pdf>



WANG, Zhu *et al.*, “The Impact of the Durbin Amendment on Merchants: A Survey Study”, *Fed. Rsrv. Bank of Rich.* [https://www.richmond-fed.org/-/media/RichmondFedOrg/publications/research/economic\\_quarterly/2014/q3/pdf/wang.pdf](https://www.richmond-fed.org/-/media/RichmondFedOrg/publications/research/economic_quarterly/2014/q3/pdf/wang.pdf)

WELLS Fargo, *Wells Fargo Active CashSM Card*, <https://creditcards.wells-fargo.com/active-cash-credit-card/>

**Seguridad alimentaria como derecho humano.  
Alcances y limitaciones**

***Food Security as a Human Right.  
Achieves and limitations***

ROBERTO CARLOS LEAL GARCÍA  
Academia de Formación y Desarrollo Policial Puebla,  
Iniciativa Mérida General “Ignacio Zaragoza”, México  
[lic.lealgarcia@hotmail.com](mailto:lic.lealgarcia@hotmail.com)  
<https://orcid.org/0000-0003-4457-1609>

Recibido: 09/05/2022

Aceptado: 14/11/2022

<https://doi.org/10.36105/iut.2022n36.05>

RESUMEN

“Toda persona tiene derecho a la alimentación nutritiva, suficiente y de calidad. El Estado lo garantizará.” Este texto consagrado en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos tiene particularidades que hacen utópico su cumplimiento ya que debe tomarse en cuenta que, en la actualidad, existen casi 47 millones de personas que no pueden alimentarse diariamente. Debe reconocerse que mientras no se tutele de manera correcta este derecho humano a través de las garantías jurídicas correctas, no solamente por medio de políticas públicas ineficaces, esta situación no será eliminada sino solamente serán promesas que agravan la situación del hambre en México.

**Palabras clave:** seguridad, alimentación, derecho, personas, garantías.

## ABSTRACT

*“Everyone person has the right to adequate nutritious and sufficient quality food. The State will guarantee it.” This text consecrated in the Political Constitution of the United Mexican States, has peculiarities that make its accomplishment utopian; Since it must be taken into account that there are currently almost 47 million people who do not have food on a daily, it must be recognized that as long as this Human Right is not properly protected through the correct legal guarantees, and not only ineffective public policies, this situation of hunger not be eliminated, but are only promises that aggravate the situation of hunger in Mexico.*

**Keywords:** *security, food, law, right, people, guarantees.*

### *Introducción*

Los Estados nación son los principales encargados de llevar a cabo la tutela adecuada de los derechos humanos de todas las personas, algunos de ellos, no se pueden proteger porque no solo son una responsabilidad del Estado, sino una responsabilidad compartida con sus gobernados. Al no existir este compromiso con las personas a quienes deben de proteger, se violentan y se hace muy complejo su cumplimiento. Este es el caso del derecho humano a la alimentación.

Esta labor tiene como objetivo que se comprenda el problema al que se enfrentan a diario millones de mexicanos en un supuesto en donde las instituciones del Estado tienen el deber de garantizar este derecho. Al respecto se mencionan los cuerpos jurídicos que regulan un área legal novedosa en nuestro país, que es el derecho de la seguridad alimentaria, por lo que se hace un estudio teórico basándose en las instituciones internacionales en la materia, las cuales notoriamente tienen más desarrollo en la construcción de sus marcos jurídicos para la tutela de este derecho humano, con la finalidad de que se introduzcan los tópicos necesarios para la creación de una ley marco que tutele de manera correcta la alimentación en México.

Se menciona en un primer término, el panorama general de la protección del derecho humano a la alimentación en México, algunas de sus causas más comunes y cómo de manera desafortunada no se cuenta con un parámetro mínimo para garantizar el derecho humano a la alimentación; se dan a conocer el número de personas que padecen

inseguridad alimentaria en dicho país, que es una cantidad elevada en comparación con la población total.

En el segundo apartado, se definen algunas características que son muy importantes para la comprensión de lo que es la seguridad alimentaria, su naturaleza y deber de protección, ya que no solo es el hecho de ser alimentado, sino que además se mencionan las cuatro dimensiones que complementan dicho concepto, con el objeto de que se comprenda mejor la naturaleza de este derecho humano; como es la naturaleza multifactorial de las violaciones de estos preceptos legales, y cómo algunos de los documentos que lo tutelan, no son de cumplimiento obligatorio sino solo son compromisos de carácter voluntario que asumen los Estados.

La normatividad internacional en materia de seguridad alimentaria, conforma el tercer apartado donde se podrá observar que no es limitado el bagaje jurídico con el que se cuenta, constando de diversos instrumentos internacionales de protección con el afán de no solamente el dar alimento, sino que además cumpla con las condiciones necesarias que lo tornen aptas para el consumo humano y que hacen que estos conceptos suenen de difícil realización, al menos en el futuro próximo, en estas latitudes del globo, ya que en Europa son importantes documentos que tienen carácter obligatorio.

En el último acápite se menciona la importancia respecto de los grupos más vulnerables que requieren de la protección integral de este derecho humano a la alimentación, también se hacen algunos comentarios sobre la forma adecuada de llevar a cabo la generación de una ley marco que permita la tutela efectiva de este derecho, basándose en el marco internacional adaptado al contexto mexicano.

Por lo que, con este trabajo de investigación se tiene como objetivo, poner en evidencia que existe un derecho humano que está debidamente previsto en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pero que no se cuenta con las garantías jurídicas suficientes para su tutela y, mucho menos, para su justiciabilidad ya sea por órganos judiciales o cuasi judiciales siendo, no obstante, una obligación del Estado mexicano. Otro propósito de este trabajo es hacer una semblanza de los tópicos que serían necesarios para la generación de una ley marco de seguridad alimentaria en México. El procedimiento utilizado para esta labor consiste en los métodos deductivo, inductivo, estadístico y analítico; en el mismo sentido utilizando como técnica de investigación, la documental.

## *La alimentación como derecho humano*

México es considerado como uno de los pioneros en involucrar derechos sociales en su Constitución política, pero hay que decir que muchos de los derechos sociales incorporados en el texto de la Carta Magna tienen una estructura que no permite reclamarlos y las normas jurídicas que los regulan son tan vagas, que abonan en el mismo sentido.<sup>1</sup> Los derechos constitucionales contienen un considerable peso simbólico que le da una carga de cumplimiento muy compleja. Asimismo, la inclusión explícita del derecho a la alimentación en la Constitución como derecho humano, es la forma aparentemente más efectiva de protección jurídica ya que es considerada la ley suprema del país. De esta forma se otorgaría a los individuos una titularidad jurídica sobre la cual pueden apoyarse para desafiar la limitada acción del Estado para proteger su derecho a la alimentación.<sup>2</sup> Pero la rigidez constitucional que caracteriza al sistema jurídico mexicano ha tenido su desventaja en todo el marco legal, ya que debe tener un punto de conexión con los artículos contenidos en la Carta Magna, si esto no ocurre se está ante el riesgo de que no se lleve la tutela efectiva del derecho constitucional, situación que ocurre con el derecho a la seguridad alimentaria, ya que no existe actualmente una legislación que se dedique en exclusiva a la tutela del artículo cuarto, párrafo segundo, del texto mexicano y por tanto se contradice lo dicho por Alexy,<sup>3</sup> cuando menciona “siempre que alguien tiene un derecho, existe una norma válida de derecho que le atribuye ese derecho”. Esto es debido a las limitantes de esta facultad y a la falta de adecuación de la normativa interna a los estándares internacionales.

A partir de la reforma constitucional de julio del año 2011 se dio un cambio de paradigma en la tutela de derechos humanos el cual vino a cambiar el estricto sistema de tutela judicial, esto es, que el catálogo de derechos de los mexicanos se amplió considerablemente no limitándose solamente a los contenidos constitucionales. Asimismo, el espectro jurídico de derechos humanos se encuentra previsto actualmente en los tratados internacionales y compromisos obligatorios signados por el

---

<sup>1</sup> LÓPEZ, Francisco, *El derecho a la alimentación en la legislación mexicana*. México, Centro de Estudios para el Desarrollo Rural Sustentable y la Soberanía Alimentaria, H. Cámara de Diputados, LXI Legislatura Congreso de la Unión, 2009.

<sup>2</sup> DUBRAVKA, Bojic, *Guía para legislar sobre el derecho a la alimentación*, Roma, Italia, Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación, 2010.

<sup>3</sup> ROBERT, Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2007.

Estado mexicano, aunque el derecho a la alimentación haya sido reconocido a través de la Constitución, será necesario comprobar que las leyes sectoriales no tengan consecuencias adversas en el ejercicio del derecho a la alimentación.<sup>4</sup> El concepto es dinámico, evoluciona con el tiempo y en función del contexto en que se aplica<sup>5</sup> sobre esta pandemia, no ha existido una acción comprometida y decidida para combatirla, reducirla significativamente y erradicarla. Por el contrario, hemos podido observar la enérgica decisión y la exitosa eficacia con la que la comunidad internacional, en especial los países desarrollados, han afrontado recientemente otras pandemias mucho menos mortales, pero, eso sí, contagiosas como la gripe aviar, la fiebre porcina o, más recientemente, la gripe A.<sup>6</sup>

México, no obstante de ser un país que ha reconocido en los últimos años los derechos humanos en su marco constitucional como principio rector en su actuar, no ha realizado una legislación reglamentaria que lleve a cabo la protección del derecho a una seguridad alimentaria y nutricional, la cual viene prevista en el numeral cuarto tercer párrafo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos al decir: “Toda persona tiene derecho a la alimentación nutritiva, suficiente y de calidad. El Estado lo garantizará”;<sup>7</sup> este concepto es vago, ya que no se menciona como se llevará a cabo el cumplimiento de este derecho, por otro lado, debe mencionarse que, aunque hay algunos cuerpos jurídicos que tratan algunos aspectos, no se regulan expresamente las cuatro dimensiones de la seguridad alimentaria, lo que abre la puerta a que se lleve a cabo violaciones a este derecho humano.

Existen normas que regulan cuestiones de producción de alimentos y temas análogos, incluso existe en la Ciudad de México una Ley de Seguridad Alimentaria. Todas estas normativas no mencionan la manera en que se deberán tutelar las cuatro dimensiones de dicha ley y por otro lado carecen de un mecanismo de exigencia judicial para el cumplimiento de este derecho; tampoco se mencionan las autoridades competentes para su tutela judicial ya que los casos que actualmente existen en nuestro país en la materia, se limitan a criterios del Poder Judicial

---

<sup>4</sup> LÓPEZ, Francisco, *ob. cit.*, 2009.

<sup>5</sup> *Derecho a la Alimentación, Seguridad Alimentaria y Nutricional: logros y desafíos de Uruguay*, Montevideo, Uruguay, Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación.

<sup>6</sup> CASTRO, Santos, “Introducción”, *Cuadernos de Estrategia, Seguridad Alimentaria y Seguridad Global*, núm. 161, febrero 2013, pp. 11-23.

<sup>7</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México, *Diario Oficial de la Federación*, 2011.

de la Federación en contra de empresas que se dedican a la producción de alimentos y semillas transgénicas, todo por mercantilismo sin importar las consecuencias en los consumidores de ingerir dicho sustento, incluso aquellos no vulnerables al fenómeno de la carencia de alimentos. Por lo anterior es por lo que se requiere una ley que sirva de referente para que, de manera adecuada, se tutelen las cuatro dimensiones de la seguridad alimentaria.

El no cumplimiento a las obligaciones que tiene el Estado mexicano de vigilar, proteger, garantizar y reparar los derechos humanos, tiene como consecuencia que se debería garantizar el derecho a la alimentación, situación que para 47 millones de personas no es violentado aisladamente sino de manera continua a través de la falta de alimento, siendo que algunas de esas personas, al padecer pobreza extrema e inseguridad alimentaria tampoco cuentan con un mecanismo jurídico idóneo para poder acudir a tribunales a exigir la tutela efectiva de esa potestad. Al igual que ocurre con todo derecho humano, el principal desafío inherente al derecho a la alimentación es determinar la forma más efectiva de aplicarlo, es decir, de qué manera puede darse efectividad concreta en el plano nacional y cómo proceder para obligar a las autoridades a rendir cuentas de su actuación o del incumplimiento de sus deberes.<sup>8</sup> El derecho a la alimentación, sin embargo, no debe interpretarse en un sentido reduccionista. Este derecho no se refiere a “ser alimentado”, sino al derecho de acceder a los alimentos a través de recursos propios, a la posibilidad de transformar esos recursos y a contar con libertades reales de elección en lo que a alimentación-nutrición se refiere.<sup>9</sup>

En un mundo globalizado, plenamente interdependiente, el hambre ha adquirido una nueva condición; sin dejar de ser un inhumano flagelo para quienes la sufren, ha pasado a ser una enorme amenaza para la humanidad. Por ello podemos afirmar que, sin alcanzar la seguridad alimentaria no hay ni podrá haber nunca, paz y seguridad mundial.<sup>10</sup> Por otro lado, de acuerdo con Sánchez y Vivero al decir:

El hambre es consecuencia de la falta de interés y voluntad política asociada a la escasa financiación para articular un sistema alimentario

---

<sup>8</sup> DUBRAVKA, Bojic, *ob. cit.*

<sup>9</sup> RIVERA, J., *et al.*, “El Derecho a la Alimentación en México”, *Derecho a la Salud en México*, México, Universidad Autónoma Metropolitana, 2015.

<sup>10</sup> CASTRO, Santos, “Introducción”, *Cuadernos de Estrategia, Seguridad Alimentaria y Seguridad Global*, núm. 161, febrero 2013, pp. 11-23.

mundial justo y equitativo que permita satisfacer las demandas alimentarias de toda la población mundial.<sup>11</sup>

Por ello, solo a través de una mayor claridad en el marco regulatorio se podrán diseñar políticas públicas más efectivas que contribuyan de manera efectiva a combatir el problema alimentario existente en México. No obstante, mientras no se tomen estas acciones, se continuarán realizando esfuerzos aislados que llevan al desperdicio de recursos, debido a la deficiente focalización de una agenda de acción, estrategias mal concebidas y duplicidad de programas, por lo que la magnitud del problema demanda la exploración de soluciones alternativas que, al menos, generen mejores resultados que los obtenidos con el modelo actual, por lo que en función de lo anterior, bien vale la pena intentar.<sup>12</sup> El ejercicio pleno de un derecho económico y social no será posible sin un seguimiento eficaz de las políticas y programas aplicados. Por lo tanto, también podría ser necesario utilizar otros medios que engloban una amplia gama de medidas sociales, económicas y políticas.<sup>13</sup>

A la fecha, existe un marco jurídico endeble respecto del derecho a la alimentación, pero solo se consideran como disposiciones complementarias ya que, el objetivo de regulación de dichas leyes es totalmente distinto. Sin embargo, poco se ha profundizado en el estudio de las leyes que sustentan la aplicación de las políticas alimentarias del país y, sobre todo, se desconoce si existe un marco regulatorio que involucre los diferentes poderes y órdenes de gobierno, en el cual se establezcan claramente las bases y los mecanismos de colaboración, así como de la participación de los ciudadanos y los actores públicos.<sup>14</sup> El derecho a la alimentación es un derecho estrechamente vinculado al cumplimiento de otros derechos humanos, que en conjunto deben ser considerados determinantes sociales de la salud y del Estado nutricional. Entre ellos se encuentran el derecho a la igualdad, a la no discriminación, al trabajo digno, a la educación, a la información y a las libertades de asociación, reunión y circulación. Estos y otros derechos son complementarios

---

<sup>11</sup> DURÁN, Gemma, SÁNCHEZ, Angeles, *Cambio Climático y Derecho a la alimentación*, España, Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo, 2012. [https://www.researchgate.net/publication/277195170\\_Cambio\\_Climatico\\_y\\_derecho\\_a\\_la\\_Alimentacion](https://www.researchgate.net/publication/277195170_Cambio_Climatico_y_derecho_a_la_Alimentacion)

<sup>12</sup> LÓPEZ, R., GALLARDO, E., "Las políticas alimentarias de México: un análisis de su marco regulatorio", *Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 17, núm. 1, pp. 11-39. <http://dx.doi.org/10.12804/esj17.01.2014.01>

<sup>13</sup> DUBRAVKA, Bojic, *ob. cit.*

<sup>14</sup> LÓPEZ, R., GALLARDO, E., *ob. cit.*



del derecho a la alimentación.<sup>15</sup> Lo que hay que enfatizar es que cuando hablamos de derechos nos estamos refiriendo a la protección de los intereses más vitales de toda persona, con independencia de sus gustos personales, de sus preferencias o de cualquier otra circunstancia que pueda caracterizar su existencia. Por eso se puede decir que los derechos deben ser universales, porque protegen bienes con los que debe contar toda persona, con independencia del lugar en el que haya nacido, de su nivel de ingresos o de sus características físicas.<sup>16</sup>

Algunas de las causas de la falta de regulación adecuada del derecho de la seguridad alimentaria en México son los que se describen en los siguientes párrafos:

- Toda estrategia de lucha contra el hambre debe estar fundamentada en el reconocimiento efectivo del derecho a la alimentación en el marco de una política de soberanía alimentaria.<sup>17</sup> la implementación de políticas sociales que no encuentran un sustento en ninguna ley marco, no cumplen su objetivo de atacar el problema del hambre, sino que solamente son paliativos temporales que no ayudan a la disminución del hambre.
- Al no existir un parámetro fijo, debido a su falta de regulación, en cada periodo presidencial existen cambios en las líneas estratégicas de combate al hambre que no se encuentran contenidas en ningún marco jurídico. El problema de la alimentación adquiere cada vez más importancia no solo en el ámbito nacional, sino que es un problema que afecta a la mayoría de los países del mundo. El establecimiento de reglas claras es indispensable para que se puedan diseñar e implementar políticas públicas orientadas a la solución de dicho problema.<sup>18</sup>
- La existencia de políticas de desarrollo social cambiantes a la llegada del nuevo titular del poder ejecutivo con intención administrativa de su proyecto personal donde no se realiza la planeación estratégica necesaria para atacar de frente el problema real de la alimentación. México cuenta con una experiencia en la aplicación de programas de política pública para

---

<sup>15</sup> RIVERA, J., *ob. cit.*

<sup>16</sup> LÓPEZ, Francisco, *ob. cit.*

<sup>17</sup> *Hacia una nueva Gobernanza de la Seguridad Alimentaria*, España, Campaña “Derecho a la alimentación. Urgente” e Instituto de Estudios del Hambre, 2010. [https://www.derechoalimentacion.org/sites/default/files/pdf-documentos/Hacia\\_una\\_nueva\\_gobernanza\\_de\\_la\\_seguridad\\_alimentaria.pdf](https://www.derechoalimentacion.org/sites/default/files/pdf-documentos/Hacia_una_nueva_gobernanza_de_la_seguridad_alimentaria.pdf)

<sup>18</sup> LÓPEZ, R., GALLARDO, E., *ob. cit.*

abatir los problemas de la alimentación. Actualmente dichas estrategias se han encaminado hacia acciones de abasto alimentario y subsidio al ingreso, si bien algunas de éstas han funcionado, no se le ha otorgado a la población un papel participativo con el cual se apropien del objetivo común de abatir el hambre a partir de una estrategia real de soberanía alimentaria, en donde el objetivo implique la participación social con base en los preceptos de la soberanía alimentaria.<sup>19</sup>

- La existencia de múltiples factores que causan el hambre como la alza en los costos de materias primas, encarecimiento en los procesos de transformación y producción, desastres naturales y cambio climático.
- La creciente demanda de alimentos por la población de todo el mundo ha hecho que la frontera agrícola se expanda, poniendo en riesgo ecosistemas frágiles como los bosques, páramos y humedales. Por estas razones es que la agricultura se encuentra bajo presión: por una parte, está la necesidad de producir y por otra las demandas de los actores sociales defensores de los ecosistemas y de los derechos de la naturaleza, que proponen reducir las emisiones de Gases de Efecto Invernadero (GEI) y la contaminación de los ecosistemas. Tomando en cuenta estos factores, el nuevo reto de la agricultura es producir alimentos para todos, sin contaminar el medio ambiente y sin continuar con la expansión de la frontera agrícola, es decir, producir cada vez más alimentos, en la misma cantidad de tierra disponible en la actualidad.<sup>20</sup>
- Las políticas agropecuarias y de desarrollo rural no deberían fundamentarse exclusivamente en parámetros de productividad sino incorporar un enfoque de soberanía alimentaria y de respeto del medio ambiente que permita a los pueblos ejercer su derecho a definir sus propias estrategias sostenibles de producción, distribución y consumo de alimentos y fomente el carácter multifuncional de la agricultura.<sup>21</sup>
- Problemas sociales como lo son desempleo, crecimiento demográfico, falta de acceso a los servicios de salud, subalimentación,

---

<sup>19</sup> SORIA, Graciela, PALACIO, Víctor, "El Escenario Actual de la Alimentación en México", *Textos & Contextos*, vol. 13, núm. 1, enero-junio 2014, pp. 128-142. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=321531779011>

<sup>20</sup> ROSERO, F., ALBUJA, K., REGALADO, F., *Hacia nuevas políticas alimentarias en América Latina, Europa*, Ecuador, Friedrich Ebert Stiftung, 2011.

<sup>21</sup> *Hacia una nueva Gobernanza de la Seguridad Alimentaria, ob. cit.*

sobre alimentación, consumo de alimentos no nutricionales; la globalización está generando transformaciones en el funcionamiento de los sistemas de alimentos. Dicha transformación supone un alejamiento de relaciones entre compradores fragmentados y pequeños productores, a esquemas donde predominan grandes supermercados y procesadores, así como intermediarios que establecen requerimientos para los productores y crean oportunidades como desafíos para los pequeños productores. En este orden de ideas, algunos de los desafíos derivan de la creciente importancia del cumplimiento de estándares de calidad en el marco del intercambio de alimentos entre países y de la progresiva complejidad de estos estándares en tanto implican controles sobre cómo se producen, cosechan y comercializan los productos; pero también de la necesidad de cumplir con requerimientos cada vez más exigentes en términos de cantidad, calidad, oportunidad, personalización y diferenciación del producto.<sup>22</sup>

- Fragilidad o debilidad del Estado a la hora de resolver sus propios problemas, pues esto determinará en gran medida la capacidad de sus habitantes para conseguir sustento alimentario.<sup>23</sup> El hambre y la malnutrición existen, a pesar de la conciencia mundial sobre sus trágicas consecuencias y al hacerlo restringen la capacidad esencial de la sobrevivencia humana y las opciones para que las personas lleven a cabo proyectos de vida que consideran valiosos. Esto ocurre en un contexto histórico sin precedentes, en el cual los avances tecnológicos, el potencial de rendimiento productivo y los niveles de intercambio comercial entre países son tales que nadie debiese de carecer de la alimentación que necesita.<sup>24</sup>

Todo lo anterior y otros factores que ocasionan que se lleve a cabo la no regulación adecuada de las cuatro dimensiones de la seguridad alimentaria pues son las que provocan la necesidad de que se tutele adecuadamente este derecho. Si bien, es cierto que hay normativas que

---

<sup>22</sup> Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo y Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación, *Seguridad Alimentaria y Nutricional: Camino hacia el Desarrollo Humano, Cuadernos sobre Desarrollo Humano*, El Salvador, PNUD, FAO, 2016. [https://www.undp.org/sites/g/files/zskgke326/files/migration/sv/UNDP\\_SV\\_Seguridad-Alimentaria.compressed.pdf](https://www.undp.org/sites/g/files/zskgke326/files/migration/sv/UNDP_SV_Seguridad-Alimentaria.compressed.pdf)

<sup>23</sup> PASCUAL, Andrea, *Las causas estructurales de la Inseguridad Alimentaria en África del este*, Madrid, España, Instituto Universitario de Desarrollo y Cooperación, IUDC-UCM, 2014.

<sup>24</sup> Programa de Naciones Unidas..., *ob. cit.*

regulan sistemas de producción y de manejo de recursos provenientes de la naturaleza, estas normativas son arcaicas por un lado, por otro lado no abarcan las dimensiones de la seguridad alimentaria y no se encuentra un mecanismo legal que tutele este derecho, ya que no existe un procedimiento idóneo para su exigencia en ninguna de sus dimensiones, limitándose a pocas resoluciones que se consideran relevantes; siendo las que han emitido los tribunales mexicanos en contra de la empresa Monsanto. Como no existe una legislación que garantice la inocuidad de los alimentos que se producen en México, esta empresa continúa operando impunemente. Sin duda con esta ley podría crearse algún tipo penal sobre modificación genética ilegal de alimentos como un ejemplo de poder sancionar a estas personas directamente con penas de prisión en caso de incumplimiento de este marco normativo.

El Estado mexicano ha previsto el cumplimiento de este derecho de manera explícita, debido a los compromisos del mismo y presiones de organismos internacionales; desgraciadamente solo se trata de justificar que sí existen normativas al respecto, lo que torna necesaria una legislación que regule de manera adecuada las cuatro dimensiones de la seguridad alimentaria por un lado, y que surja en nuestro país un estudio más pormenorizado del derecho de la seguridad alimentaria, pero no solo como un cuerpo jurídico vacío o sin sentido, sino que cumpla diversas funciones; en primer lugar, que sea una ley coercible, que se pueda sancionar en caso de su incumplimiento, que sea en sí misma un proyecto de política pública, para que se ejecute de manera adecuada y sea, al mismo tiempo un proyecto de intervención para el fin último de que se logre el último y más difícil de las dimensiones de la seguridad alimentaria que es la estabilidad de las demás dimensiones.

Datos de la Plataforma de Seguridad Alimentaria y Nutricional, así como de la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación, indica que al año 2018,<sup>25</sup> los mexicanos somos una población de 130.8 millones de habitantes de los cuales debe mencionarse que. aproximadamente 36 millones de personas que viven en nuestro país tienen inseguridad alimentaria; estos se clasifican de la siguiente manera; 36 millones de personas tienen pobreza, pero no indigencia, esto significa que si bien es cierto tienen alimento, este no es indicativo de que tengan garantizado el derecho a la seguridad alimentaria, ya que no ingieren

---

<sup>25</sup> Plataforma de Seguridad Alimentaria y Nutricional (SAN), *El Derecho a la Alimentación en México*, México, CELAC. <https://plataformacelac.org/es/pais/mex>

la cantidad de alimentos necesarios a diario; 11 millones quinientas mil personas que no prueban un bocado en el día tras día.<sup>26</sup> Esto nos da como resultado que el 41.5% de la población del país padece inseguridad alimentaria, situación que se torna compleja lo cual asciende a aproximadamente a 47 millones y medio de mexicanos a los que se nos vulnera de manera sistemática y constante el derecho humano a la seguridad alimentaria.

No toda la responsabilidad de la vulneración del derecho a la alimentación compete al Estado o a sus órganos de gobierno también se debe reconocer que las cuestiones multifactoriales que se mencionaron y que impactan en el incumplimiento de este derecho son totalmente impredecibles para este. En definitiva, la crisis de los precios de los alimentos que produjo un alarmante incremento de personas hambrientas, se puede considerar un primer aviso de las implicaciones que puede tener a largo plazo el mantenimiento de un sistema agroalimentario injusto, construido para el beneficio de unos pocos y el perjuicio de muchos, precisamente los más pobres y vulnerables.<sup>27</sup>

### *Definiciones propias de la seguridad alimentaria*

El derecho a la alimentación tiene un gran bagaje jurídico a nivel internacional y un marco conceptual específico, el cual podría facilitar la redacción de las leyes reglamentarias en materia de derecho a la alimentación, pero no existe voluntad política para llevar a cabo un estudio completo de los tratados internacionales y documentos de índole externo que permitirían una fácil contextualización del marco jurídico internacional al derecho positivo mexicano. Ahora bien, los avances normativos que han consolidado no solo el reconocimiento de derechos sino también su correcta interpretación contrasta fuertemente con su realización práctica. También los conocimientos científicos y los recursos económicos de los que disponemos en la actualidad contrastan con la realidad, ya que estos servirían, con creces, para afrontar los desafíos colectivos planteados.<sup>28</sup> Se sigue apostando por el Estado paternalista donde el gobierno de la federación a través de políticas notoriamente inviables cumpla con obligaciones internacionales que

---

<sup>26</sup> Indicadores de Seguridad Alimentaria, FAO, 2020. <https://www.fao.org/3/cc0639es/online/sofi-2022/food-security-nutrition-indicators.html>

<sup>27</sup> *Hacia una nueva Gobernanza de la Seguridad Alimentaria...*, ob. cit.

<sup>28</sup> GIFRA, Julia, BELTRÁN, Susana, "El Derecho Humano a la Alimentación y al Agua", *Cuadernos de Estrategia, Seguridad Alimentaria y Seguridad Global*, núm. 161, febrero 2013, pp. 27-65.

tiene más tinte de preparación de plataformas político-electorales que de asistencia social. Acabar con el hambre requiere cambios estructurales profundos basados en la igualdad, la equidad, la justicia social, la sostenibilidad y la solidaridad. Requiere la capacidad de movilización social para la construcción de formas de definición y participación en la gobernabilidad más democráticas.<sup>29</sup>

La seguridad alimentaria es un derecho de los denominados emergentes o progresivos, es decir, se cumple conforme las capacidades institucionales y de poder económico del Estado siendo necesario que, una vez que este derecho humano a la alimentación se transforme en lo futuro a un derecho de soberanía alimentaria (definido por la Organización vía Campesina como “el derecho de los pueblos a producir, intercambiar y consumir alimentos de acuerdo a prácticas definidas por valores, saberes, creencias y rituales pertenecientes a su cultura, accediendo a alimentos sanos y nutritivos sin ningún tipo de obstáculo ni presión política, económica o militar”)<sup>30</sup> no será alcanzable si no se atacan las principales causas de la inseguridad alimentaria que existen en nuestro país hoy en día. El término “Ley Marco” se refiere a un mecanismo legislativo empleado para abordar cuestiones multisectoriales; una legislación marco establece los principios y obligaciones generales y delega en las normas de ejecución y las autoridades competentes la función de definir las medidas específicas que se adoptarán para dar plena efectividad a dichas obligaciones, generalmente dentro de un determinado período de tiempo.

Por otro lado, la producción de alimentos neoliberal y globalizada ha convertido el mercado de alimentos en una especie de ruleta rusa donde cualquier ser humano, padezca o no inseguridad alimentaria, se convierta en blanco de daños a la salud; esto obedece a que grandes empresas transnacionales dedicadas a la modificación genética de alimentos con el afán de hacer crecer sus capitales económicos no verifican que sus experimentos genéticos no causen efecto colaterales en la salud del ser humano, demostrándose algunas veces de manera irrefutable que estos organismos genéticamente modificados pueden ocasionar deterioros graves a la salud como lo son el cáncer y aumento en los niveles de colesterol o triglicéridos en la sangre, los cuales aumentan factores de morbilidad y por consecuencia de mortalidad por el uso de

---

<sup>29</sup> *Hacia una nueva Gobernanza de la Seguridad Alimentaria...*, *ob.cit.*

<sup>30</sup> “1996: Declaración de Roma de La Vía Campesina que define por primera vez la Soberanía Alimentaria”, Organización vía Campesina. <https://viacampesina.org/es/1996-declaracion-de-roma-de-la-via-campesina-que-define-por-primera-vez-la-soberania-alimentaria/>

estos alimentos por empresas procesadoras de alimentos. Lo más adecuado sería que dichas disposiciones incluyeran recursos administrativos y judiciales, así como los mecanismos cuasi judiciales como las comisiones de derechos humanos o el defensor del pueblo.<sup>31</sup>

De acuerdo con la Cumbre Mundial de Alimentación se considera que existe seguridad alimentaria cuando todas las personas tienen en todo momento el acceso físico y económico a alimentos suficientes, inocuos y nutritivos que satisfacen sus necesidades y preferencias alimentarias para llevar una vida activa y sana.<sup>32</sup> Este concepto aborda de manera genérica las dimensiones que integran la seguridad alimentaria entiéndanse como estas las definiciones necesarias para que tenga sentido dicho concepto por lo anterior se proceden a definir las dimensiones de la seguridad alimentaria son:

1. Disponibilidad física de los alimentos: la existencia de cantidades suficientes de alimentos de calidad adecuada, suministrados a través de la producción del país o de importaciones comprendida la ayuda alimentaria.
2. Acceso económico y físico de los alimentos: acceso de las personas a los recursos adecuados para adquirir alimentos apropiados y una alimentación nutritiva. Estos derechos se definen como el conjunto de todos los grupos de productos sobre los cuales una persona puede tener dominio en virtud de acuerdos jurídicos, políticos, económicos y sociales de la comunidad en que vive comprendidos los derechos tradicionales, como el acceso a los recursos colectivos.
3. Utilización de los alimentos: utilización biológica de los alimentos a través de una alimentación adecuada, agua potable, sanidad y atención médica, para lograr un Estado de bienestar nutricional en el que se satisfagan todas las necesidades fisiológicas. Este concepto pone de relieve la importancia de los insumos no alimentarios en la seguridad alimentaria.
4. Estabilidad: para tener seguridad alimentaria, una población, un hogar o una persona deben tener acceso a alimentos adecuados en todo momento. No deben correr el riesgo de quedarse sin acceso a los alimentos a consecuencia de crisis repentinas ni de acontecimientos cíclicos como la inseguridad

---

<sup>31</sup> DUBRAVKA, Bojic, *ob. cit.*

<sup>32</sup> Cumbre Mundial de la Alimentación, Roma, Italia, Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación, 1996. <https://www.fao.org/3/x2051s/x2051s00.htm>

alimentaria estacional. De esta manera, el concepto de estabilidad se refiere tanto a la dimensión de la disponibilidad como a la del acceso de la seguridad alimentaria.<sup>33</sup>

5. Se reconoce como un quinto pilar: la institucionalidad. Este componente se refiere a la necesidad de contar con instituciones y arreglos orientados al logro de la seguridad alimentaria y nutricional y un marco legal que defina políticas, mecanismos e instrumentos que regulen la gestión de programas y proyectos de seguridad alimentaria y nutricional donde se hace más concreto e importante el papel de la sociedad civil, como participante activo y comprometido.<sup>34</sup>

Otro aspecto importante para considerar dentro de la seguridad alimentaria es la interculturalidad, debido a que no solo se limita a las dimensiones mencionadas sino también deberá tomarse en cuenta el contexto cultural que aporte los nutrientes necesarios para que la persona que ingiera dichos alimentos. El derecho a la alimentación no es un derecho a ser alimentado, es principalmente el derecho a alimentar en condiciones de dignidad. Se espera que las personas satisfagan sus propias necesidades con su propio esfuerzo y utilizando sus propios recursos.<sup>35</sup> La alimentación no se reduce a un acto físico y biológico, es también reflejo de una identidad cultural e histórica que se resguarda a través del tiempo y que se expresa en lo que la gente come o no come, bebe o no bebe, en lo que cultiva o prepara para comer, o en cómo realiza estas actividades. Comer y beber también son actos sociales: se producen en espacios de interacción, en el seno de una familia o en comunidades.<sup>36</sup>

Es necesario regular las cuatro dimensiones de la seguridad alimentaria pero no solamente con el afán de cumplir un compromiso internacional o por tratar de alinear las políticas del Estado mexicano a un intento de cumplir los objetivos de la agenda 2030, si no a que sea un cuerpo jurídico completo, esto es que en caso de su incumplimiento se faculte a los mexicanos a poder exigir por la vía judicial su cumpli-

---

<sup>33</sup> BOTELLA, E., JORDY, H., KINDELAN, G., *Seguridad Alimentaria en la Unión Europea, América Latina y el Caribe: los Casos de Cuba y España*, Hamburgo: Fundación EU-LAC, 2017. [https://eulac-foundation.org/system/files/seguridad\\_alimentaria\\_es.pdf](https://eulac-foundation.org/system/files/seguridad_alimentaria_es.pdf)

<sup>34</sup> *Derecho a la Alimentación, Seguridad Alimentaria y Nutricional: Logros y Desafíos de Uruguay*, ob. cit.

<sup>35</sup> *El derecho a la alimentación en el marco internacional de los derechos humanos y en las constituciones*, Roma, Italia, FAO.

<sup>36</sup> *Programa de Naciones Unidas...*, ob. cit.



miento. Se precisan medidas urgentes de regulación que vayan más allá de las declaraciones de buenas intenciones. Está suficientemente demostrado que las recomendaciones de la ONU en materia de seguridad alimentaria son a menudo ignoradas por parte de los Estados miembros, por lo que no cabe sino apostar por implantar limitaciones legales que corten las alas al librecambismo en aras de una mayor seguridad alimentaria.<sup>37</sup> La aplicación correcta del derecho a la alimentación no será posible si no existe una colaboración interdisciplinaria entre los diversos sectores, instituciones y actores —tanto públicos como privados— que puedan ejercer alguna influencia en la disponibilidad, accesibilidad y adecuación de los alimentos en el país.<sup>38</sup>

Las declaraciones son documentos que, técnicamente, no son reconocidos como fuentes formales del derecho internacional, aunque una parte importante de la doctrina de este considera que sus contenidos son obligatorios por tratarse de normas del *jus cogens*, reglas generales de las Naciones Unidas, imperativas y de carácter “supra nacional”, entre las que se incluyen los acuerdos destinados a proteger los derechos humanos. Algunos autores también sugieren que el derecho a la alimentación, o al menos el derecho a estar protegido contra el hambre, es inherente al derecho internacional consuetudinario.<sup>39</sup> La alimentación es un tema multidimensional y transversal, muy complejo, en el que se encuentran intereses políticos, económicos, sociales y culturales. Es por ello necesario lograr un pacto internacional, basado en la convergencia y la coherencia de políticas, lo más inclusivo posible, en el que se reconcilien estos intereses y prime el derecho a la alimentación de los pueblos, comunidades y naciones que sufren el flagelo del hambre y la malnutrición.<sup>40</sup>

Los denominados derechos programáticos son aquellos que un Estado está obligado a cumplir de acuerdo con sus posibilidades, esto limita a un tribunal ya sea del fuero común o federal pueda exigir la tutela efectiva del derecho a la alimentación y peor aún no se puede exigir el principio de “No Regresión”, el cual permite a los Estados avanzar progresivamente en la ampliación de la protección del derecho humano a la alimentación, en la medida que sus recursos disponibles se lo permitan. “El pacto se viola cuando un Estado no garantiza la satisfacción de, al menos, el nivel mínimo esencial necesario para estar prote-

---

<sup>37</sup> PASCUAL, Andrea, *ob. cit.*

<sup>38</sup> DUBRAVKA, Bojic, *ob. cit.*

<sup>39</sup> *Idem.*

<sup>40</sup> *Hacia una nueva Gobernanza de la Seguridad Alimentaria, ob. cit.*

gido contra el hambre. Al determinar qué medidas u omisiones constituyen una violación del derecho a la alimentación, es importante distinguir entre la falta de capacidad y la falta de voluntad de un Estado para cumplir sus obligaciones. En el caso de que un Estado parte aduzca que la limitación de sus recursos le impiden facilitar el acceso a la alimentación a aquellas personas que no son capaces de obtenerla por sí mismas, el Estado ha de demostrar que ha hecho todos los esfuerzos posibles por utilizar todos los recursos de que dispone con el fin de cumplir, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas”.<sup>41</sup> Aunque el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales no les impone la obligación de avanzar a un determinado ritmo y con un determinado plazo, los Estados no pueden retroceder, no pueden reducir el nivel de protección ya alcanzado, pues esto, por lo general, equivaldría a una violación del derecho a la alimentación.<sup>42</sup> Partimos de la convicción de que el derecho a la alimentación en México, hasta ahora, no ha dejado de ser un derecho objetivo, formal y abstracto, y que los principales retos para su realización efectiva dependen de las posibilidades de convertirlo en un derecho exigible judicialmente.<sup>43</sup>

Los derechos humanos tienen otro elemento necesario para su cumplimiento, la gobernanza, esto último se define como la colaboración entre los ciudadanos y el Estado para la plena realización de un derecho es decir, deberá ayudar el ciudadano al gobierno para que se cumplan esos derechos humanos y sea por medio de estrategias que garanticen de forma autónoma a la población el ejercicio de la prerrogativa que originariamente le compete al Estado, aunque solamente los Estados son partes en el pacto y son, por lo tanto, los responsables últimos del cumplimiento de éste; es decir, todos los miembros de la sociedad, a saber, los particulares, las familias, las comunidades locales, las organizaciones no gubernamentales, las organizaciones de la sociedad civil y el sector empresarial privado, son responsables de la realización del derecho a una alimentación adecuada.<sup>44</sup> Sin embargo, el sentido paternalista de la mayoría de Estados nación en vías de desarrollo, incluido México, se ha agravado en los últimos dos sexenios y ha provocado

---

<sup>41</sup> Observación número 12, Washington, Comité de Derechos Económicos y Sociales de la Organización de las Naciones Unidas, 1999.

<sup>42</sup> Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación, *El derecho a la alimentación en el marco internacional de los derechos humanos y en las constituciones*, Roma, Italia, FAO, 2013. <https://www.fao.org/3/i3448s/i3448s.pdf>

<sup>43</sup> RIVERA, J., *et al.*, “El Derecho a la Alimentación en México”, *Derecho a la Salud en México*, Universidad Autónoma Metropolitana.

<sup>44</sup> Observación número 12, *ob. cit.*

que se considere que el Estado está obligado a proporcionar alimentos al estilo de las normativas en materia familiar. De manera conjunta, las responsabilidades de los organismos internacionales y las obligaciones del Estado se encaminan a que los ciudadanos conozcan este derecho y lo ejerzan en el día a día. Por ello, como consumidores responsables de alimentos, es imprescindible reconocer en primer lugar, la importancia trascendental que tiene la alimentación adecuada y saludable, en la protección de la salud y la nutrición individual y familiar.<sup>45</sup> A diferencia de los derechos individuales, los derechos sociales no protegen a las personas en particular sino a un determinado grupo de ellas que pertenecen a grupos sociales caracterizados por estar colocados en una situación socioeconómica inferior en relación con otros grupos de personas, razón por la cual requieren de la intervención externa para equilibrar su nivel de vida.

### *Derecho humano a la alimentación en el contexto internacional*

Desde el ámbito legal, existe una nueva área de la ciencia jurídica, que en el sistema judicial mexicano es desconocida por la mayoría de personas que ejercen el derecho, confundiéndolo frecuentemente con la obligación de naturaleza análoga, prevista en los códigos civiles o familiares de las entidades de la República mexicana, siendo que esta nascente rama del derecho tutela todo un derecho humano vital para todos los seres humanos, por lo tanto el derecho a la alimentación o el derecho a la seguridad alimentaria, es una disciplina jurídica relativamente joven, aunque las normas alimentarias sean tan antiguas como la humanidad misma. Esta rama del derecho estudia las normas jurídicas y principios con el fin de garantizar la seguridad alimentaria y la calidad de los alimentos.<sup>46</sup> La regulación de la seguridad alimentaria no depende exclusivamente de normas jurídicas, sino también de principios que conforman el ordenamiento jurídico de la seguridad alimentaria.<sup>47</sup>

El concepto de seguridad alimentaria adolece de definir al enemigo a vencer que es el hambre, por que en muchas ocasiones se confunde la pobreza económica o el nivel sociocultural con padecer hambre, y en

---

<sup>45</sup> *Derecho a la Alimentación, Seguridad Alimentaria y Nutricional: Logros y Desafíos de Uruguay*, ob. cit.

<sup>46</sup> VIVÓ, Silvia, *Derecho alimentario. Análisis de la seguridad alimentaria, especial referencia en el ámbito penal*, Centro de Estudios Financieros, abril 2018.

<sup>47</sup> OLLERO, A., *El Derecho en teoría*, Navarra, Thomson-Aranzadi, 2007.

la práctica sí son factores que intervienen, pero no son determinantes para considerar que una persona padece inseguridad alimentaria; en este sentido existen personas que aunque no tienen capital económico, consumen una dieta balanceada y acorde a los estándares internacionales, pero por otro lado hay una persona de contexto socioeconómico alto, que, al excederse en el consumo de alimentos procesados, padece desnutrición o subnutrición aunada a la obesidad. No obstante, el derecho a una alimentación adecuada abarca mucho más, ya que conlleva la necesidad de constituir un entorno económico, político y social que permita a las personas alcanzar la seguridad alimentaria por sus propios medios.<sup>48</sup>

El Estado mexicano vulnera de manera continua y sistemática el derecho humano a la alimentación, ya que no solamente significa dar de comer a la población, sino hacerlo en condiciones que no atenten contra su dignidad, además de que con la gobernanza se espera que una vez satisfechas sus necesidades, continúen con el bienestar de contar con alimentos a través de sus propios esfuerzos y utilizando sus propios recursos, teniendo los elementos necesarios para proveerse dichos alimentos. La posibilidad de que el Estado mexicano pueda respetar, proteger y satisfacer el derecho a la alimentación depende, en consecuencia, de que sea capaz de crear condiciones a mediano y largo plazo para alcanzar una adecuada disponibilidad, accesibilidad, calidad y aceptabilidad de los alimentos para todos los mexicanos<sup>49</sup> y la posibilidad de recibir protección y una reparación por la violación del derecho a la alimentación dependerá de la voluntad de los jueces de hacer cumplir este derecho humano y también de la capacidad de las personas, amparadas en una norma constitucional y/o legislativa, de exigir alguna reparación a los organismos en los diversos niveles de gobierno. Uno de los factores que puede contribuir a una postura más abierta de los jueces es el grado de detalle en la descripción de un determinado derecho humano.<sup>50</sup> En el país existen pocas experiencias de intentos de justiciabilidad directa del derecho a la alimentación. Los principales casos de búsqueda de justicia por la vía legal en esta materia no se refieren, hasta ahora, a la lucha directa contra el hambre o la desnutrición, sino a los esfuerzos por detener la voracidad de las empresas extractivas de recursos no renovables y los intentos de las com-

---

<sup>48</sup> DUBRAVKA, Bojic, *ob. cit.*

<sup>49</sup> RIVERA, J., *ob. cit.*

<sup>50</sup> DUBRAVKA, Bojic, *ob. cit.*

pañías transnacionales de alimentos transgénicos por inundar los mercados nacionales con sus productos agroquímicos.<sup>51</sup>

El problema de falta de acceso de la sociedad mexicana a este tipo de derechos deriva de la imposibilidad material para que el Estado cumpla con esa obligación, pero también a la falta de mecanismos legales para que el pueblo mexicano los exija y, de esa manera, el Estado pueda verse obligado a establecer las condiciones socioeconómicas para que esos derechos puedan ser una realidad.<sup>52</sup> La crisis alimentaria no es algo nuevo, es el agravamiento de una crisis estructural de largo plazo. Muestra la fragilidad del presente sistema alimentario que fue bueno para producir grandes cantidades de alimento, pero falló en hacerlo de una manera ambiental y socialmente sostenible. Debido a que la crisis afecta desproporcionadamente a los más vulnerables, es un tema urgente de derechos humanos que requiere una intervención con determinación.<sup>53</sup>

El derecho interno mexicano no ha avanzado para garantizar el derecho a la alimentación, a pesar de los compromisos internacionales del Estado para hacerlo. Las disposiciones jurídicas internas sobre la materia no se han homologado a las disposiciones internacionales. La incorporación de las disposiciones legislativas sobre el derecho a la alimentación en el derecho mexicano ha sido tardía y restringida.<sup>54</sup> Asegurar el derecho a la alimentación es extremadamente desafiante, pues supone que la persona tiene la garantía de alimentarse correctamente, y esto no es posible si no tiene ciertas condiciones de vida y educación y si no se desarrolla en un entorno con mínimos de protección.<sup>55</sup> En un contexto histórico en el que la humanidad ha fracasado repetidamente en la lucha contra el hambre.<sup>56</sup>

La alimentación fue establecida por primera vez en la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 25 e incorporada en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su artículo 11. Pero la preocupación por establecer un enfoque de derechos en las políticas de combate al hambre solo comenzó a estar presente iniciada la década de los noventa, en el marco de los denomi-

---

<sup>51</sup> RIVERA, J., *ob. cit.*

<sup>52</sup> LÓPEZ, Francisco, *ob. cit.*

<sup>53</sup> *Hacia una nueva Gobernanza de la Seguridad Alimentaria, ob. cit.*

<sup>54</sup> LÓPEZ, Francisco, *ob. cit.*

<sup>55</sup> *Seguridad Alimentaria y Nutricional: Camino hacia el Desarrollo Humano, Cuadernos sobre Desarrollo Humano, ob. cit.*

<sup>56</sup> DURÁN, Gemma, SÁNCHEZ, Angeles, *ob. cit.*

nados derechos de tercera generación, la observación número 12 de la ONU, trata de ampliar el concepto de la alimentación tratando de dar mayor énfasis a la verdadera alimentación. La construcción de una política de desarrollo sustentada en la realización de los derechos humanos tiene fundamento en la creación misma de las Naciones Unidas.<sup>57</sup> Se mencionan a modo de resumen algunos instrumentos jurídicos vinculantes y no vinculantes en materia internacional que regulan aspectos trascendentes que en seguridad alimentaria y que pudieran ser tomadas como instituciones de protección de una legislación en materia de seguridad alimentaria.

En el marco jurídico internacional, tenemos el acuerdo sobre aplicación de medidas sanitarias y fitosanitarias es emitida por la Organización Mundial de Comercio en el año 2000, tiene como fin proteger la vida de las personas, y de los animales o para preservar vegetales y la protección de los mismos al momento de su venta; la cadena alimentaria es uno de los hitos más modernos dentro de la seguridad alimentaria para esto se emitió el Código Internacional Recomendado de Prácticas sobre Principios Generales de Higiene de los Alimentos en el año 1969 el cual establece condiciones de higiene necesarias para la producción de alimentos inocuos y aptos para el consumo humano. La legislación propuesta por la Unión Europea y adaptada a nivel mundial como son las Directrices para la Evaluación de la Inocuidad de los Alimentos emitidas en 2013, ha sido decretada con el fin de verificar la inocuidad de los alimentos transgénicos para efecto de conocer sus efectos a largo plazo en la salud humana y también sirve para establecer cuáles son los posibles peligros que estos pueden contener.

A nivel de la Unión Europea también existen normativas que cuentan con instituciones que trascienden las cuatro dimensiones de la seguridad alimentaria de las cuales están debidamente reglamentadas, en el contexto de Latinoamérica es importante mencionar que lo que tiene más relevancia en sus cuerpos jurídicos es el combate frontal al hambre de la población y no la evolución jurídica que existe en el continente europeo. El 30 de diciembre de 2012 el parlamento latinoamericano aprobó una ley marco de cumplimiento voluntario del derecho a la alimentación, la nutrición y erradicación del hambre de la comunidad de Estados latinoamericanos y caribeños el cual tiene

---

<sup>57</sup> GORDILLO, GUSTAVO, MÉNDEZ, Obed, *Seguridad y Soberanía Alimentaria*, Roma, Italia, Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación. <https://www.fao.org/3/ax736s/ax736s.pdf>

como fin el desafío de erradicar el hambre, la pobreza y la mal nutrición al año 2025.

Respecto a la situación en Latinoamérica se cuenta con la Ley marco derecho a la alimentación, seguridad y soberanía alimentaria, la cual, en un intento de lograr cubrir las cuatro dimensiones de seguridad alimentaria, pero al mismo tiempo dejando grandes vacíos legales, define para el contexto latinoamericano el concepto de derecho a la alimentación; también debe de mencionarse que de manera desafortunada sigue dejando la carga a los Estados que firman este instrumento internacional para garantizar la alimentación sin que se mencione un mecanismo coactivo para el cumplimiento de los mismos. Véase el Cuadro 1 para conocer el marco jurídico de seguridad alimentaria en el mundo.

CUADRO 1  
Marco Jurídico Internacional de la Seguridad Alimentaria

NOMBRE DE LA LEY O NORMA	NIVEL EN EL QUE OPERA	REGIÓN EN LA QUE OPERA	ASPECTOS QUE REGULA
DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS	INTERNACIONAL	MUNDIALMENTE	<p><b>De este ordenamiento se debe rescatar el artículo primero en su apartado 1 que menciona literalmente.</b></p> <p><b>Artículo 25.</b></p> <p>1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.</p>

OBSERVACIÓN GENERAL NÚMERO 12 DE LA ONU	INTERNACIONAL	MUNDIALMENTE	Documento jurídico no vinculante pero importante que nos menciona: el derecho a la alimentación adecuada se ejerce cuando todo hombre, mujer o niño, ya sea sólo o en común con otros, tiene acceso físico y económico, en todo momento, a la alimentación adecuada o a medios para obtenerla. El derecho a la alimentación adecuada no debe interpretarse, por consiguiente, en forma estrecha o restrictiva asimilándolo a un conjunto de calorías, proteínas y otros elementos nutritivos concretos. <b>El derecho a la alimentación adecuada tendrá que alcanzarse progresivamente.</b>
PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES	INTERNACIONAL	MUNDIALMENTE	<p><b>De esta normativa debemos retomas el artículo 11 en sus apartados 1 y 2.</b></p> <p>1. Los Estados parte en el presente pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para esta y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda, así como una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados parte adoptarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento.</p> <p>2. Los Estados parte en el presente pacto, reconociendo el derecho de toda persona a estar protegida contra el hambre, adoptarán individualmente y mediante la cooperación internacional, las medidas, incluidos los programas concretos, que se necesitan para: (a) mejorar los métodos de producción, conservación y distribución de alimentos mediante la plena utilización de los conocimientos técnicos y científicos, la divulgación de principios sobre nutrición y el perfeccionamiento o la reforma de los regímenes agrarios de modo que se logren la explotación y la utilización más eficaces de las riquezas naturales; y (b) asegurar una distribución equitativa de los alimentos mundiales en relación con las necesidades, teniendo en cuenta los problemas que se plantean tanto a los países que importan productos alimenticios como a los que los exportan.</p>



CÓDIGO DE ÉTICA PARA EL COMERCIO INTERNACIONAL DE ALIMENTOS	INTERNACIONAL	MUNDIALMENTE	El objetivo del presente código es establecer los principios de conducta ética en el comercio internacional de alimentos, que permitan proteger la salud de los consumidores y garanticen la aplicación de prácticas leales en el comercio internacional.
CODEX ALIMENTARIUS	INTERNACIONAL	MUNDIALMENTE	Es un conjunto de diversas normas en la materia, y se considera como la base que menciona los lineamientos básicos del derecho a la alimentación de ella derivan alrededor de 360 lineamientos reglamentarios su importancia. Cabe aclarar que no es una ley, pero se le considera como el parámetro ideal para la creación de estas y se consideran como dogmas en la materia de seguridad alimentaria.
ACUERDO SOBRE APLICACIÓN DE MEDIDAS SANITARIAS Y FITOSANITARIAS	INTERNACIONAL	MUNDIALMENTE	Es emitida por la Organización Mundial del Comercio y su principal objetivo es proteger la salud al decir que: los miembros se asegurarán de que cualquier medida sanitaria o fitosanitaria sólo se aplique en cuanto sea necesaria para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales, que esté basada en principios científicos y que no se mantenga sin testimonios científicos suficientes, de ahí la importancia de esta normativa.
CÓDIGO INTERNACIONAL RECOMENDADO DE PRÁCTICAS SOBRE PRINCIPIOS GENERALES DE HIGIENE DE LOS ALIMENTOS	INTERNACIONAL	MUNDIALMENTE	En el presente documento se sigue la cadena alimentaria desde la producción primaria hasta el consumidor final, estableciendo las condiciones de higiene necesarias para la producción de alimentos inocuos y aptos para el consumo. El documento contiene una estructura básica que podrá utilizarse para otros códigos más específicos aplicables a sectores particulares. Esos códigos y directrices específicos se deben leer junto con este documento y con los del <i>Sistema de Análisis de Peligros y de Puntos Críticos de Control y Directrices para su Aplicación</i> .

<p>DIRECTRICES PARA LA PRODUCCIÓN, TRATAMIENTO, ETIQUETADO Y COMERCIALIZACIÓN DE LOS ALIMENTOS PRODUCIDOS ORGÁNICAMENTE</p>	<p>INTERNACIONAL</p>	<p>MUNDIALMENTE</p>	<p>La finalidad de estas directrices es:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Proteger a los consumidores contra el engaño y el fraude en el mercado, y contra declaraciones de propiedades no demostradas; proteger a los productores de artículos orgánicos contra descripciones falsas de otros productos agrícolas que los presentan como orgánicos.</li> <li>• Asegurar que todas las fases de la producción, preparación, almacenamiento, transporte y comercialización estén sujetas a inspección y cumplan con estas directrices.</li> <li>• Armonizar las disposiciones para la producción, certificación, identificación y etiquetado de productos de producción orgánica.</li> <li>• Proporcionar unas directrices internacionales para sistemas de control de alimentos orgánicos, con objeto de facilitar el reconocimiento de sistemas nacionales como equivalentes a los efectos de las importaciones.</li> <li>• Mantener y mejorar los sistemas de agricultura orgánica en cada país para que contribuyan a la preservación en el ámbito local y mundial.</li> </ul>
<p>DIRECTRICES PARA LA EVALUACIÓN DE INOCUIDAD DE LOS ALIMENTOS</p>	<p>INTERNACIONAL</p>	<p>MUNDIALMENTE</p>	<p>Se basan en el principio de que la inocuidad de los alimentos derivados de nuevas variedades de plantas, incluidas las de ADN recombinante, se evalúa en relación con un homólogo convencional que tenga un historial de utilización inocua, teniendo en cuenta tanto los efectos intencionales como involuntarios. El objetivo no consiste en tratar de identificar cada uno de los peligros asociados a un alimento determinado, sino en establecer cuáles son los peligros nuevos o alterados con respecto al alimento homólogo convencional.</p>
<p>LEY MARCO, DERECHO A LA ALIMENTACIÓN, SEGURIDAD Y SOBERANÍA ALIMENTARIA</p>	<p>INTERNACIONAL</p>	<p>AMÉRICA LATINA</p>	<p>El objeto de la presente Ley es establecer un marco jurídico de referencia, que permita a cada Estado establecer políticas y estrategias para garantizar de manera permanente y con carácter de prioridad nacional “El Derecho a la Alimentación”, la seguridad alimentaria y nutricional de la población, para el disfrute de una vida sana y activa. Los países que hayan adoptado el concepto de soberanía adecuaran el objeto de la presente Ley.</p>

LEY PUBLICA 480	NACIONAL	ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (EUA)	Ley Pública que regula la exportación de productos alimenticios. El título II permite donaciones para aliviar el hambre y proveer ayuda en caso de desastres; El título III permite donaciones de gobierno a gobierno de productos agrícolas, las mismas que pueden ser monetizadas y utilizadas en programas de desarrollo y actividades afines.
CONSTITUCION POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS	NACIONAL	ESTADOS UNIDOS MEXICANOS	Artículo 1°.- 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.  Artículo 4°.- ... Toda persona tiene derecho a la alimentación nutritiva, suficiente y de calidad. El Estado lo garantizará.

Fuente: elaboración propia con base en las normativas mencionadas.

Este derecho también se encuentra reconocido en otros tantos instrumentos internacionales que se consideran como vinculantes para los Estados parte las cuales tratan de cumplir la protección al derecho a la alimentación a grupos vulnerables como lo son las mujeres y los niños ya que también se garantiza el derecho a la alimentación para estos sectores en las convenciones “Belem do Para”; “Convención Internacional para los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes”; por otro lado ahora debe de estudiarse y de mencionarse un instrumento internacional que no es vinculante pero que se considera en los últimos tiempos el código alimentario a nivel mundial el cual tiene el nombre de *Codex Alimentarius*; del cual se define a sí mismo como un conjunto de directrices que se han preparado con el fin de ofrecer un enfoque concertado respecto a los requisitos que socializan la producción, el

etiquetado y la producción de propiedades de los alimentos producidos orgánicamente.<sup>58</sup>

Es totalmente paradójico que no exista suficiencia de alimentos cuando empresas y comerciantes de diversos productos, desperdician aquellos aptos para el consumo humano, por una apariencia poca atractiva para el comercio, el ejemplo más acorde con dicha situación la encontramos en los Estados Unidos de América lo cual a través de la ley 480 del año de 1954 de ese mismo país menciona en su título segundo donaciones tendientes a aliviar el hambre y proveer ayuda en caso de desastres naturales a cambio de un estímulo fiscal en favor de las personas o empresas que donen dichos alimentos. De estos apartados se ha observado que por un lado los instrumentos jurídicos solamente tienen como fin que se garanticen en sentido amplio el derecho a la alimentación sin embargo es necesario que este derecho sea garantizado en cumplimiento a las cuatro dimensiones de seguridad alimentaria situación que intenta regular el Codex alimentario.

### *Tutela adecuada del derecho a la alimentación en México*

Una Ley Marco para el derecho a la alimentación puede ofrecer una definición precisa del alcance y contenido de este derecho humano y establecer las obligaciones de las autoridades del Estado y el sector privado, así como los mecanismos institucionales necesarios y proporcionar las bases jurídicas para la legislación subsidiaria y otras medidas necesarias que deberán adoptar las autoridades competentes.<sup>59</sup>

La aprobación de la reforma constitucional que reconoce el derecho a la alimentación en el país. El viernes 29 de abril de 2011, la Cámara de Diputados aprobó, por 404 votos a favor, cero en contra y 4 abstenciones, la reforma por la cual se incorpora en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos el derecho a la alimentación nutritiva, suficiente y de calidad,<sup>60</sup> en donde el artículo cuarto párrafo segundo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de su literalidad se menciona lo siguiente:

---

<sup>58</sup> *Codex Alimentarius*, Roma, Italia, Comisión del Codex Alimentarius, 2005.

<sup>59</sup> DUBRAVKA, Bojic, *ob. cit.*

<sup>60</sup> GORDILLO, Gustavo, MÉNDEZ, Obed, *ob. cit.*

#### Artículo 4

...

Toda persona tiene derecho a la alimentación nutritiva, suficiente y de calidad. El Estado lo garantizará.<sup>61</sup>

Este artículo constitucional menciona de manera genérica el derecho a la alimentación, sin embargo no está tutelado por una ley reglamentaria; es cierto que existen programas sociales para la tutela de este derecho que no están en la categoría de normas constitucionales ni si quiera de normas legales; lo cual trae como consecuencia que no se tutele de forma adecuada este derecho humano cuyo parámetro es difuso; en el lenguaje jurídico una protección difusa es aquella que se lleva a cabo de acuerdo al criterio de cada autoridad, lo cual en sí mismo, trae una protección deficiente de ese derecho, no obstante siendo este un deber que les conmina la Observación número 12 de la ONU al decir que:

los Estados deben considerar la posibilidad de aprobar una ley marco como instrumento básico de aplicación de la estrategia nacional para el derecho a la alimentación. En la ley marco deben figurar disposiciones sobre el fin pretendido; las metas u objetivos que deben lograrse y el marco temporal que se fijará para hacerlo; los medios mediante los cuales podría conseguirse el fin buscado en términos generales, en especial la colaboración deseada con la sociedad civil y el sector privado y con organizaciones internacionales; la responsabilidad institucional del proceso; y los mecanismos nacionales para vigilarlo, así como los posibles procedimientos de recurso. Los Estados parte al preparar las referencias y la legislación marco, deben buscar la participación activa de organizaciones de la sociedad civil.<sup>62</sup>

Los legisladores, hasta este momento, no se han encargado de generar la ley reglamentaria necesaria para su debido cumplimiento siendo un factor desafortunado, pero también pareciera consuetudinaria del sistema jurídico mexicano. Ya que en este texto constitucional no se tratan las cuatro dimensiones que conforman este derecho humano a la alimentación, por lo tanto, aunque existen normas para la producción de alimentos, su distribución y normas que tienen como objetivo que esta alimentación sea nutritiva, al no existir legislación secundaria del

---

<sup>61</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México, *Diario Oficial de la Federación*, 2011.

<sup>62</sup> Observación número 12, *ob. cit.*

artículo cuarto Constitucional prácticamente se convierten en letra muerta. La obligación de facilitar el derecho a la alimentación implica que los Estados deben adoptar medidas para realizar y facilitar su disfrute; es decir, los países deben ser proactivos y deben adoptar medidas positivas para facilitar y hacer efectivo el derecho a la alimentación. Como es lógico, el derecho a la alimentación y la lucha contra el hambre requiere de políticas públicas concretas, de inversiones específicas del Estado que garanticen el acceso a los alimentos necesarios para la población. También el sector privado juega un papel en este ámbito que, como cualquier otro, ha entrado en la lógica del mercado y del negocio, desde una perspectiva positiva, también suple en muchos casos o llega, mejor dicho, allí donde a veces la Administración no alcanza. Aun así, como se ha señalado, es obligación del Estado garantizar que terceras partes no impidan el acceso ni dificulten el ejercicio de este derecho.<sup>63</sup>

Los grupos más vulnerables que padecen inseguridad alimentaria son mujeres, niños y personas de la tercera edad; no significa que los hombres no la padezcan pero se llega a los extremos desafortunados de que las parejas de estos masculinos, por ser los proveedores del hogar se privan del alimento para poder ejecutar su trabajo de manera correcta, la pobreza, la exclusión social y la discriminación son factores que agravan que una persona caiga en posible inseguridad alimentaria y por lo tanto, que haya pérdida de salud y acceso a la educación y demás derechos interdependientes que van anexos a este derecho; la falta de políticas gubernamentales que fomenten la agricultura familiar campesina, el comercio justo y la protección social, ha aumentado la vulnerabilidad de los grupos más pobres ante la crisis alimentaria.<sup>64</sup>

Hace unos años comenzó a hablarse de la “feminización de la pobreza” para hacer referencia al fenómeno que indicaba que el 70% de la población más afectada por la pobreza la representaban las mujeres y posteriormente se acuñaba el término “feminización de la agricultura” para hacer referencia al rápido incremento de familias rurales encabezadas por mujeres.<sup>65</sup> La mujer de las zonas rurales juega un papel esencial para la subsistencia de sus comunidades, aunque este papel no siempre está reconocido. Se encargan de las tareas domésticas, como la recogida de agua y leña, realizan tareas agrícolas y ganaderas y además

---

<sup>63</sup> GIFRA, Julia, BELTRÁN, Susana, *ob. cit.*

<sup>64</sup> ROSERO, F., ALBUJA, K., REGALADO, F., *ob. cit.*

<sup>65</sup> *Hacia una nueva Gobernanza de la Seguridad Alimentaria, ob. cit.*

venden los excedentes de sus cosechas en los mercados locales. También se encargan del cuidado y educación de su familia. Las mujeres también desarrollan un papel clave en la ganadería, la pesca y la silvicultura, aunque su trabajo tiene un menor reconocimiento y las actividades en estos sectores suelen ser menos rentables que el caso de los hombres.<sup>66</sup>

El patrimonio cultural, la calidad de los alimentos y las habilidades culinarias son otros aspectos clave que determinan los patrones y la seguridad alimentarios. Las comidas preparadas con alimentos saludables están consistentemente asociadas a una buena salud y a un bajo riesgo de enfermedad. Por otro lado, a medida que la alimentación va volcándose a una mayor proporción de productos industrializados, más probable es que ésta sea de mala calidad.<sup>67</sup> La asistencia alimentaria debe prestarse, en la medida de lo posible, de modo que no afecte negativamente a los productores locales y a los mercados locales y debe organizarse de manera que facilite el retorno a la autosuficiencia alimentaria de los beneficiarios. La asistencia debe basarse en las necesidades de los beneficiarios previstos. Los productos que figuren en el comercio internacional de alimentos o en los programas de asistencia deben ser sanos y ser aceptables culturalmente para la población receptora.<sup>68</sup>

Estas situaciones son las que hacen más delicado un instrumento jurídico de tutela efectiva del derecho humano de la seguridad alimentaria y como podrá solucionarlos a través del apego a la normativa internacional, para que sea una legislación que cumpla con la inclusión de las cuatro dimensiones de la seguridad alimentaria y que se lleve a cabo la tutela judicial efectiva del derecho a la alimentación en México, y una vez que se logre la seguridad alimentaria podrá evolucionarse al siguiente concepto de la soberanía alimentaria.

Por otro lado, el actual Gobierno federal no realiza un ataque frontal a la inseguridad alimentaria, tal y como lo demuestra el decreto que crea el organismo seguridad alimentaria mexicana, por sus siglas SE-GALMEX de fecha 18 de enero del año 2019, donde del articulado de esta ley se observa que esta normativa no menciona de qué manera se combatirá la inseguridad alimentaria en México y solo se aboca en atacar uno de los múltiples factores de este fenómeno que es el sector

---

<sup>66</sup> HIDALGO, M., "El papel de la mujer en la seguridad alimentaria", Cuadernos de estrategia, núm. 161, 2013, pp. 91-107.

<sup>67</sup> *Derecho a la Alimentación, Seguridad Alimentaria y Nutricional: Logros y Desafíos de Uruguay*, ob. cit.

<sup>68</sup> Observación número 12, ob. cit.

campesino, al decir que gran parte del campo mexicano enfrenta desde hace muchos años, un evidente abandono que se traduce en insuficiencia productiva y pobreza con graves consecuencias para la sociedad. Es por lo que el Gobierno federal tiene el compromiso de impulsar al campo de una manera más equitativa, productiva y sustentable, aprovechando el potencial de sus sistemas más avanzados y rescatando a los sectores que históricamente han sido excluidos permanentemente;<sup>69</sup> pero no abarca los demás factores que intervienen en este fenómeno de inseguridad alimentaria en el país, tampoco garantiza que el sector campesino cambie su situación actual.

Debido a lo estudiado en nuestros apartados anteriores, debe de formularse el proyecto de Ley Reglamentaria del párrafo segundo del artículo 4° de la Constitución Política los Estados Unidos Mexicanos, atendiendo directrices de los marcos normativo-internacionales y que no solamente se convierta en una ley que no pueda ser aplicable en la realidad y, por lo tanto, el proyecto deberá cumplir con lo siguiente:

Deberá ser una ley de aplicación general en toda la República y en todas sus entidades a través de la competencia concurrente, pudiendo generar solamente políticas para beneficiar aún más lo previsto en la ley que al efecto se genere pero nunca para disminuir sus alcances. Esta normativa podrá adaptarse al reconocimiento de pactos o tratados internacionales; las medidas que tome el Estado mexicano en materia de seguridad alimentaria podrán ser consultadas o auditadas por organismos internacionales y organizaciones no gubernamentales para efectos de que se verifique el real cumplimiento del derecho de los mexicanos a tener seguridad alimentaria y con eso se respetaría el principio de no regresión.

Crear un compendio jurídico nacional de seguridad alimentaria, donde se definirá conforme al contexto y diversidad de México acorde a la tradición jurídica mexicana como la garantía de que los individuos, las familias y la comunidad en su conjunto, accedan en todo momento a suficientes alimentos inocuos y nutritivos, principalmente producidos en el país en condiciones de competitividad, sostenibilidad y equidad, para que su consumo y utilización biológica les procure óptima nutrición, una vida sana y socialmente productiva, con respeto de la diversidad cultural y preferencias de los consumidores.

---

<sup>69</sup> Decreto de creación del Organismo Público Seguridad Alimentaria Mexicana, Diario Oficial de la Federación, 2019. [https://www.dof.gob.mx/nota\\_detalle.php?codigo=5573581&fecha=26/09/2019#gsc.tab=0](https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5573581&fecha=26/09/2019#gsc.tab=0)



Se deberá especificar un apartado que deberá regir en el comercio internacional de alimentos, anteponiendo a la ética como un principio a efecto de proteger la salud de todos los mexicanos ya sea en su adquisición o en su enajenación o venta tanto al interior como al exterior de la República. En caso de que personas físicas o morales realicen donaciones de alimentos en beneficio de la población mexicana y que sean aptas para el consumo humano, se favorecerán con estímulos de índole fiscal, para fomentar esta práctica.

El derecho a la seguridad alimentaria, al ser un derecho humano se encontrará protegido por el Estado mexicano, cuya tutela estará, de manera interdisciplinaria, a cargo de las secretarías de Estado y de manera concurrente con los tres poderes de la unión y sus respectivas órdenes de gobierno. En atención a la igualdad sustantiva de género y protección de grupos vulnerables por ser necesario para el desarrollo nacional, este derecho deberá ser otorgado de manera preferencial a las mujeres y a los niños privilegiando la equidad de género y el interés superior del menor, ya que son los grupos vulnerables que pudieran tener problemas para obtener el acceso físico y económico en todo momento a la seguridad alimentaria; además este derecho tendría esa misma vinculación acorde al principio de interdependencia con los derechos a la salud, la vivienda y derechos de carácter social pero siempre deberá tener primacía el derecho a la seguridad alimentaria sobre los demás derechos sociales; siempre y cuando no trasgredan al libre desarrollo de la personalidad.

En este compendio jurídico, será necesario emitir las normas oficiales mexicanas, para proteger ámbitos anexos al logro de la seguridad alimentaria, como garantizar la protección de la inocuidad en la producción de alimentos, cuando se generen alimentos modificados genéticamente o de los denominados transgénicos; antes de que sean consumidos por el ser humano deberán ir totalmente garantizados por estudios previos que demuestren que no provocan afectación alguna a la salud humana; para evitar enfermedades de tipo cancerígeno.

Sin embargo, estas pretensiones de fortalecer una posible forma de regulación del derecho de la seguridad alimentaria en México siguen siendo solo palabras que se quedan en un texto jurídico y que no tienen forma efectiva de coacción en caso de su notorio incumplimiento, para lo cual se deberán generar garantías judiciales para su debida protección y tutela ya que en cumplimiento a la observación general 12 de la ONU.

Toda persona o grupo que sea víctima de una violación del derecho a una alimentación adecuada debe tener acceso a recursos judiciales adecuados o a otros recursos apropiados en los planos nacional e internacional. Todas las víctimas de estas violaciones tienen derecho a una reparación adecuada que puede adoptar la forma de restitución, indemnización, compensación o garantías de no repetición. Los defensores nacionales del pueblo y las comisiones de derechos humanos deben ocuparse de las violaciones del derecho a la alimentación.<sup>70</sup>

Cuando los beneficiarios de estas leyes sean personas que pertenezcan a grupos vulnerables, podrán acudir de manera verbal o escrita ante cualquier autoridad y ante cualquier orden de gobierno a solicitar se les brinde alimentos; si es por escrito no deberá obedecer formalidad alguna pero si mencionar de manera expresa o tácita que se requieren alimentos, si es de manera verbal la autoridad del orden de gobierno que tome conocimiento de esa petición deberá forzosamente realizar un acta mínima de la petición del ciudadano y remitirla a la autoridad competente y no podrá eludir esa responsabilidad ya que es una obligación que le conmina el artículo 1° y en caso de incumplimiento de este deber legal el funcionario enfrentara el procedimiento administrativo correspondiente.

Se invita a los jueces y otros miembros de la profesión letrada a prestar una mayor atención a las violaciones del derecho a la alimentación en el ejercicio de sus funciones. Los Estados parte deben respetar y proteger la labor de los defensores de los derechos humanos y otros miembros de la sociedad civil que prestan asistencia a grupos vulnerables para que realicen su derecho a una alimentación adecuada.<sup>71</sup> Por lo anterior, la protección efectiva de este derecho humano, deberá tramitarse por las instancias jurisdiccionales y no jurisdiccionales de protección a los derechos humanos, siendo que asumen las competencias correspondientes los organismos protectores de los derechos humanos y los tribunales del Poder Judicial de la Federación, siendo que la postulación de esta garantía judicial solo será del orden federal.

El juicio de amparo como lo menciona Vergara, al ser el medio constitucional que tiene como objeto la protección de las garantías individuales y el régimen competencial de los Estados-federación, será procedente por la vía indirecta y la autoridad federal estará obligada a realizar la suplencia de la queja y a corregir los conceptos de violación

---

<sup>70</sup> Observación número 12, *ob. cit.*

<sup>71</sup> *Idem.*

a efectos de garantizar la impartición de justicia del derecho a la alimentación, ya que como es mencionado por el mismo autor este juicio de amparo es el derecho potestativo que tiene todo gobernado para acudir a los tribunales jurisdiccionales solicitando su jurisdicción, para que por vía del proceso, se resuelva la controversia constitucional existente entre el mismo gobernado y la autoridad, por actos propios de ésta y, en consecuencia, obtener la tutela del Estado.<sup>72</sup>

Los fines de los planteamientos anteriores, tendrán como algunos beneficios lo siguientes puntos:

- Proteger a los consumidores contra el engaño y el fraude en el mercado, y contra declaraciones de propiedades no demostradas.
- Proteger a los productores de artículos orgánicos contra descripciones falsas de otros productos agrícolas que los presentan como orgánicos.
- Asegurar que todas las fases de la producción, preparación, almacenamiento, transporte y comercialización estén sujetas a inspección y cumplan con lo previsto en la ley.
- Armonizar las disposiciones para la producción, certificación, identificación y etiquetado de productos de producción orgánica.
- Proporcionar directrices para sistemas de control de alimentos orgánicos.
- Definir acorde al contexto mexicano el derecho a la alimentación.
- Realizar una correcta distribución de facultades entre las secretarías de Estado.
- Fortalecer al organismo seguridad alimentaria mexicana.
- Generar una Ley Marco apegada a los instrumentos jurídicos de carácter internacional.
- Crear garantías judiciales para la correcta tutela de este derecho humano.

El Estado mexicano está comprometido no solamente a impulsar políticas públicas, sino a realizar una reforma trascendental que implique la responsabilidad esencial que tiene con cada uno de sus gobernados en materia alimentaria, en el entendido de que es un derecho de

---

<sup>72</sup> VERGARA, JOSÉ, *Nueva Práctica Forense en Materia de Amparo*, México, Ángel Editor, 2008.

carácter universal, que tiene toda persona independientemente de su condición económica, lugar de origen y características étnicas.<sup>73</sup> Todas estas circunstancias deberán ser tomadas al momento de la creación de una ley marco del numeral cuarto, párrafo tercero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos con el fin de que los tres órdenes de gobierno a través de competencia concurrente den cumplimiento eficaz al derecho de la seguridad alimentaria, y no solamente generar cuerpos jurídicos que no remedien la problemática, se reconoce que la creación de normativa no es la varita mágica que soluciona el problema de la alimentación en México, pero es la manera en que el Estado deberá de combatirla de manera eficaz sin utilizar pretextos de índole presupuestario para que continúe la violación sistemática a este derecho humano.

### *Consideraciones finales*

Esta labor puso en evidencia solo algunos de los aspectos que se consideran como los más importantes para atacar el problema que padecen 47 millones de personas a diario en el país. Se está consciente que el hecho de que se generen cuerpos jurídicos en el país tendientes a solucionar el problema, no son la solución providencial que remediaría el problema de la seguridad alimentaria en México, pero lo que sí es seguro es que serían por lo menos dictados los parámetros mínimos de protección de este derecho humano y construirán el camino a su tutela efectiva.

La gobernanza es para el cumplimiento de este precepto constitucional, y no solo será el Estado quien, por atender a sus pretensiones de índole político, trate de paliar este mal, ya que la experiencia ha demostrado que el Estado por sí solo, es un mal administrador, por lo que requiere la participación de los sectores privado y de la sociedad civil; para que con su apoyo, conocimientos y experiencia logren que se tutele de manera eficaz este derecho humano y no haya regresión en la protección del mismo.

Por otro lado, el dictado de una Ley Marco para la tutela de este derecho humano deberá ser apegada al marco jurídico que se ha desarrollado a nivel internacional, y proporcionarle la característica de norma jurídica obligatoria, para que no se convierta en letra muerta siendo

---

<sup>73</sup> ESCOBAR, Luis, "El Derecho a la Alimentación en México", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, tomo LXV, núm. 264, 20115, pp. 287-301.

que defina el derecho a la alimentación de forma acorde al contexto de la sociedad mexicana, asignando la obligación que tienen todas las autoridades de los tres poderes y órganos de gobierno para que este derecho humano no solo exista en el texto o en la cuestión de manejo político, sino que se otorguen las garantías necesarias para la exigencia de su debido cumplimiento, a los organismo de protección de derechos humanos les corresponde la tarea titánica de difundir la trascendencia de ese derecho y la importancia de la gobernanza entre el Estado y la ciudadanía para su cumplimiento.

En el apartado de justiciabilidad, no será suficiente con que se cuente con la Ley Marco mencionada en este texto, sino que los organismos públicos de protección de los derechos humanos, tendrán que iniciar a emitir recomendaciones para exhortar a las autoridades de los tres órdenes de gobierno, para que se aplique el principio de no regresión y de esta manera, se avance de forma paulatina pero efectiva, en el cumplimiento de este derecho humano a la seguridad alimentaria, así mismo el Poder Judicial de la Federación tiene un reto muy importante en frente, que no solo es decir que existe el derecho humano a la alimentación, sino que además deberá tutelarlos de manera efectiva, a través del juicio de protección por excelencia propio del sistema jurídico mexicano, que es el juicio de amparo por medio de la vía indirecta, evitando usar causales de improcedencia y de sobreseimiento para evitar la admisión de esta clase de juicios, realizando la suspensión de plano del acto reclamado, para que la persona agraviada reciba en el menor tiempo posible alimentos que puedan garantizar su sobrevivencia, se tienen que emitir resoluciones en plenitud de jurisdicción y que además tengan como objeto reparar las violaciones cometidas al derecho a la alimentación, que permitan que las resoluciones que sean dictadas por los tribunales del Poder Judicial de la Federación, no solo sean documentos vacíos, sino verdaderos mandatos de protección a quienes requieren lo más importante para la vida que es algo tan natural como la ingesta de alimentos, y de esta manera a través de estas resoluciones obligar al Estado mexicano a que cumpla cabalmente con el cumplimiento de las cuatro dimensiones que integran el concepto de seguridad alimentaria, y de esta manera ir avanzando de verdad de manera progresiva y firme en el cumplimiento de este derecho humano y dejen de ser simples declaraciones de buenas intenciones.

## Bibliografía

- 1996: *Declaración de Roma de La Vía Campesina que define por primera vez la Soberanía Alimentaria*, Organización vía Campesina. <https://viacampesina.org/es/1996-declaracion-de-roma-de-la-via-campesina-que-define-por-primera-vez-la-soberania-alimentaria/>
- BOTELLA, E., JORDY, H., KINDELAN, G., *Seguridad Alimentaria en la Unión Europea, América Latina y el Caribe: los Casos de Cuba y España*, Hamburgo: Fundación EU-LAC, 2017. [https://eulacfoundation.org/system/files/seguridad\\_alimentaria\\_es.pdf](https://eulacfoundation.org/system/files/seguridad_alimentaria_es.pdf)
- CASTRO, Santos, “Introducción”, *Cuadernos de Estrategia, Seguridad Alimentaria y Seguridad Global*, núm. 161, febrero 2013, pp. 11-23.
- Codex Alimentarius*, Roma, Italia, Comisión del Codex Alimentarius, 2005.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México, *Diario Oficial de la Federación*, 2011.
- Cumbre Mundial de la Alimentación, Roma, Italia, Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación, 1996. <https://www.fao.org/3/x2051s/x2051s00.htm>
- Decreto de creación del Organismo Público Seguridad Alimentaria Mexicana, *Diario Oficial de la Federación*, 2019. [https://www.dof.gob.mx/nota\\_detalle.php?codigo=5573581&fecha=26/09/2019#gsc.tab=0](https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5573581&fecha=26/09/2019#gsc.tab=0)
- Derecho a la Alimentación, Seguridad Alimentaria y Nutricional: logros y desafíos de Uruguay*, Montevideo, Uruguay, Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación.
- DUBRAVKA, Bojic, *Guía para legislar sobre el derecho a la alimentación*, Roma, Italia, Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación, 2010.
- DURÁN, Gemma, SÁNCHEZ, Ángeles, *Cambio Climático y Derecho a la alimentación*, España, Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo, 2012. [https://www.researchgate.net/publication/277195170\\_Cambio\\_Climatico\\_y\\_derecho\\_a\\_la\\_Alimentacion](https://www.researchgate.net/publication/277195170_Cambio_Climatico_y_derecho_a_la_Alimentacion)
- El derecho a la alimentación en el marco internacional de los derechos humanos y en las constituciones*, Roma, Italia, FAO.
- ESCOBAR, Luis, “El Derecho a la Alimentación en México”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, tomo LXV, núm. 264, 20115, pp. 287-301. <https://doi.org/10.22201/fder.24488933e.2015.264.60314>
- GIFRA, Julia, BELTRÁN, Susana, “El Derecho Humano a la Alimentación y al Agua”, *Cuadernos de Estrategia, Seguridad Alimentaria y Seguridad Global*, núm. 161, 2013, pp. 27-65. [https://www.iece.es/en/publicaciones-new/cuadernos-de-estrategia/2013/Cuaderno\\_161.html](https://www.iece.es/en/publicaciones-new/cuadernos-de-estrategia/2013/Cuaderno_161.html)

- GORDILLO, GUSTAVO, MÉNDEZ, Obed, *Seguridad y Soberanía Alimentaria*, Roma, Italia, Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación. <https://www.fao.org/3/ax736s/ax736s.pdf>
- Hacia una nueva Gobernanza de la Seguridad Alimentaria*, España, Campaña “Derecho a la alimentación. Urgente” e Instituto de Estudios del Hambre, 2010. [https://www.derechoalimentacion.org/sites/default/files/pdf-documentos/Hacia\\_una\\_nueva\\_gobernanza\\_de\\_la\\_seguridad\\_alimentaria.pdf](https://www.derechoalimentacion.org/sites/default/files/pdf-documentos/Hacia_una_nueva_gobernanza_de_la_seguridad_alimentaria.pdf)
- HIDALGO, M., “El papel de la mujer en la seguridad alimentaria”, Cuadernos de estrategia, núm. 161, 2013, pp. 91-107.
- Indicadores de Seguridad Alimentaria, FAO, 2020. <https://www.fao.org/3/cc0639es/online/sofi-2022/food-security-nutrition-indicators.html>
- LÓPEZ, FRANCISCO, *El derecho a la alimentación en la legislación mexicana*. México, Centro de Estudios para el Desarrollo Rural Sustentable y la Soberanía Alimentaria, H. Cámara de Diputados, LXI Legislatura Congreso de la Unión, 2009.
- LÓPEZ, R., GALLARDO, E., “Las políticas alimentarias de México: un análisis de su marco regulatorio”, *Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 17, núm. 1, pp. 11-39. <http://dx.doi.org/10.12804/esj17.01.2014.01>
- Observación número 12, Washington, Comité de Derechos Económicos y Sociales de la Organización de las Naciones Unidas, 1999.
- OLLERO, A., *El Derecho en teoría*, Navarra, Thomson-Aranzadi, 2007.
- Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación, *El derecho a la alimentación en el marco internacional de los derechos humanos y en las constituciones*, Roma, Italia, FAO, 2013. <https://www.fao.org/3/i3448s/i3448s.pdf>
- PASCUAL, ANDREA, *Las causas estructurales de la Inseguridad Alimentaria en África del este*, Madrid, España, Instituto Universitario de Desarrollo y Cooperación, IUDC-UCM, 2014.
- Plataforma de Seguridad Alimentaria y Nutricional (SAN), *El Derecho a la Alimentación en México*, México, CELAC. <https://plataforma-celac.org/es/pais/mex>
- Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo y Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación, *Seguridad Alimentaria y Nutricional: Camino hacia el Desarrollo Humano, Cuadernos sobre Desarrollo Humano*, El Salvador, PNUD, FAO, 2016. [https://www.undp.org/sites/g/files/zskgke326/files/migration/sv/UNDP\\_SV\\_Seguridad-Alimentaria.compressed.pdf](https://www.undp.org/sites/g/files/zskgke326/files/migration/sv/UNDP_SV_Seguridad-Alimentaria.compressed.pdf)

- RIVERA, J., *et al.*, “El Derecho a la Alimentación en México”, *Derecho a la Salud en México*, México, Universidad Autónoma Metropolitana, 2015.
- RIVERA, J., *et al.*, “El Derecho a la Alimentación en México”, *Derecho a la Salud en México*, Universidad Autónoma Metropolitana.
- ROBERT, Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2007.
- ROSETO, F., ALBUJA, K., REGALADO, F., *Hacia nuevas políticas alimentarias en América Latina, Europa*, Ecuador, Friedrich Ebert Stiftung, 2011.
- ROSETO, F., ALBUJA, K., REGALADO, F., *ob. cit.*  
*Seguridad Alimentaria y Nutricional: Camino hacia el Desarrollo Humano, Cuadernos sobre Desarrollo Humano, ob. cit.*
- SORIA, Graciela, PALACIO, Víctor, “El Escenario Actual de la Alimentación en México”, *Textos & Contextos*, vol. 13, núm. 1, enero-junio 2014, pp.128-142. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=321531779011>
- VERGARA, José, *Nueva Práctica Forense en Materia de Amparo*, México, Ángel Editor, 2008.
- VIVÓ, Silvia, *Derecho alimentario. Análisis de la seguridad alimentaria, especial referencia en el ámbito penal*, Centro de Estudios Financieros, abril 2018.



**El *wicked problem* de la migración:  
narrativas y diseños de la política migratoria  
en Estados Unidos, 1990-2020**

***The wicked problem of migration:  
narratives and designs of immigration policy  
in the United States 1990-2020***

SUGHEI VILLA SÁNCHEZ

Universidad Anáhuac México, Facultad de Derecho, México

[sughei.villas@anahuac.mx](mailto:sughei.villas@anahuac.mx)

<https://orcid.org/0000-0003-3233-4024>

Recibido: 23/06/2022

Aceptado: 04/11/2022

<https://doi.org/10.36105/iut.2022n36.06>

## RESUMEN

Desde el análisis de políticas públicas, este trabajo explora el papel que juegan las narrativas sociales en la definición de un problema público altamente complejo (*wicked problem*), el de la migración en Estados Unidos. La forma en cómo se ha definido el problema de la migración en las últimas tres décadas en ese país, ha condicionado los procesos de formulación de la política migratoria, la cual ha adquirido tintes de sellamiento y *securitización* de la frontera México-Estados Unidos. Las narrativas que se han construido sobre los migrantes hispanos, criminalizándolos y haciendo de ellos la representación de sujetos peligrosos, han condicionado las respuestas gubernamentales de políticas de migración; a la vez que también se han construido narrativas deliberadamente, con la intención de legitimar socialmente un diseño dado de una política migratoria.

**Palabras clave:** migración, narrativas, problemas perversos, política migratoria.

## ABSTRACT

*Based on a public policy analysis, this paper explores social narratives role in the construction of United States migration highly complex public problem (wicked problem). The way migration problem has been defined last three decades in that country has conditioned migration policy formulation processes, which has acquired sealing and securitizing characteristics of the Mexico-United States border. Narratives built about Hispanic migrants, criminalizing them and the embodiment of dangerous subjects, have conditioned government migration policies. At the same time, narratives have also been deliberately constructed for socially legitimizing a specific policy design.*

**Keywords:** migration, narratives, wicked problem, migration policy.

## Introducción

En la actualidad, los estados democráticos articulan sus respuestas a problemas públicos a través de políticas públicas, siendo estas, las acciones que dominan el escenario de las intervenciones gubernamentales para solucionar los problemas que demanda una sociedad. Por ello, resulta imperativo conocerlas y explorar los formatos que guardan dichas políticas en la atención de problemas públicos y, particularmente, en la atención de aquellos que presentan una difícil solubilidad, esto es, los que son complejos o perversos, denominados en la literatura como *wicked problems*.

Dentro de la lista de problemas públicos perversos, aparece la migración internacional que, de manera persistente, se coloca en las agendas prioritarias de los gobiernos nacionales y en las agendas de las relaciones bilaterales entre países. Este es un problema añejo y multifacético que involucra una serie de factores y de actores, dando lugar un complejo esquema de redes de personas, bienes, dinero, información, valores y cosmovisiones, haciendo de este, uno de los asuntos más complejos que desafían a los gobiernos.

La estimación más reciente de la Organización Internacional para las Migraciones sostiene que, en 2020 existían en el mundo aproximadamente 281 millones de migrantes internacionales.<sup>1</sup> Estos habrán tenido

---

<sup>1</sup> Organización Internacional para las Migraciones (OIM), *World Migration Report 2022*, 2021, pp. 540. <https://publications.iom.int/books/world-migration-report-2022>

diferentes motivos para partir de sus países de origen y representarán oportunidades para los países de acogida. Sin embargo, a la vez que representarán oportunidades, someterán también a los países de acogida, a presiones múltiples. Analizar, tratar y problematizar las migraciones, resulta así, un imperativo para diversas disciplinas como las relaciones internacionales, el derecho, los estudios culturales, la sociología, las ciencias de la comunicación, la sociología, la economía, las políticas públicas, la demografía, entre otras.

Este trabajo ofrece una mirada de la migración, utilizando elementos y categorías analíticas desde el análisis de políticas públicas para comprender los procesos de formulación de políticas migratorias a partir de la definición de un problema público. El objetivo central que se propone es contribuir a la comprensión de los procesos de formulación de la política migratoria en Estados Unidos, analizando el papel dual que desempeñan las narrativas en la construcción de problemas públicos. Para ello, se concibe en este texto que la relación que existe entre las narrativas sociales y los diseños de políticas públicas se da en dos direcciones: las políticas públicas son consideradas una expresión de las narrativas sociales, un reflejo de ellas; mientras que también se construye una narrativa ex profeso para legitimar socialmente el diseño de una política pública que se quiere poner en ejecución.

Las narrativas que se han construido sobre el problema público de la migración, esto es, las razones que la originan y sobre los efectos que los migrantes tienen en los países de acogida, conformarán una cosmovisión sobre ella y condicionarán los diseños de la política migratoria. De ahí que, durante la segunda mitad del siglo pasado, esta política en Estados Unidos haya presentado diferentes diseños, relacionados con objetivos de desarrollo económico, de reunificación familiar o de seguridad nacional. En función de las narrativas sociales dominantes, la política migratoria se ha apoyado —y algunas veces, construido, con una intención previa—<sup>2</sup> en narrativas en donde los migrantes han representado fuerza de trabajo que son el motor de la economía o donde son vistos como la otredad peligrosa.

El texto inicia abordando una discusión general sobre el lugar que ocupan los problemas públicos en el análisis de políticas públicas, centrándose en particular en el concepto de *wicked problem*, donde la

---

<sup>2</sup> Como ejemplo, la política migratoria que puso en el centro el programa de trabajadores temporales de 1942-1964, conocido como Programa Bracero, que inauguró una nueva forma de concebir al migrante mexicano, como un sujeto digno de derechos y como aquella fuerza de trabajo que dinamizaba el campo en Norteamérica.

migración internacional es concebida con esta naturaleza de problema público. Este primer apartado ofrece al lector las coordenadas analíticas que ordenan este ensayo, presentando los argumentos de por qué la migración es considerada un problema complejo y describiendo el esquema de gobernanza migratoria que descansa en tres grandes nodos en una red de interacciones.

Mientras que un segundo apartado, discute las lógicas administrativas a través de las cuales se intenta dar solución a este tipo de problemas *wicked*. El argumento central que se presenta en esta sección es que estos problemas complejos suelen ser abordados desde una racionalidad administrativa propia de la nueva gestión pública, que actúa bajo una lógica ultra especializada y sobre simplificada, por lo que abordar los problemas desde esta perspectiva, presenta serias limitaciones para su solución.

Finalmente, un tercer apartado, discute el nodo doméstico de la gobernanza de la migración, que descansa en el carácter endógeno del fenómeno, destacando la relación que se establece entre las narrativas y los diseños de políticas públicas en materia de migración en Estados Unidos. En él se explora la narrativa que ha construido la imagen del inmigrante hispano en Estados Unidos, esto es, las representaciones y estereotipos culturales que han impactado sobre la otredad del migrante latino. Es en este apartado donde se analiza cómo la construcción del arquetipo del inmigrante latino como una amenaza para la sociedad norteamericana, ha tenido una correlación con la formulación de una política migratoria de *securitización* y de sellamiento de fronteras, criminalizando el problema de la migración internacional.

### Problemas públicos y *wicked problems*

El punto de partida del análisis de políticas públicas tiene por base la definición de los problemas públicos. Una opinión compartida en la literatura,<sup>3</sup> es que uno de los objetivos centrales de una política pública

---

<sup>3</sup> Subirats, Knoepfel Larrue y Varone señalan que el análisis de políticas públicas “debe de reconstruir el proceso de una política pública viéndola como un conjunto de decisiones tomadas y de acciones emprendidas por una serie de actores (...), orientadas hacia la solución de un problema público claramente delimitado.”; sosteniendo que “Toda política pública apunta a la resolución de un problema público reconocido como tal en la agenda gubernamental”. Cf. SUBIRATS, Joan *et al.*, *Análisis y gestión de políticas públicas*, Madrid, Ariel, 2008, pp. 11, 33-35. En un sentido diferente, otros autores si bien reconocen la importancia de la orientación hacia los problemas, observarán que no siempre implicarán resolverlos. Para Roth, un aspecto destacado en los estudios sobre políticas públicas tiene que ver con el interés por comprender las políticas como un producto de la actividad política donde si bien la orientación hacia los

es la orientación hacia aquellos problemas públicos que han sido reconocido en las agendas sistémica y gubernamental.

La definición de un problema público es un proceso político y social, en donde intervienen, entre otros, factores como: actores, recursos, mecanismos propulsores y de filtro, que han dado lugar a un abordaje teórico amplio dentro de los estudios de políticas públicas. Así, se ha desarrollado una vasta producción bibliográfica sobre los procesos de definición de los problemas públicos y sobre la forma en cómo estos problemas acceden a la agenda gubernamental.<sup>4</sup>

Dentro de los actores, es posible identificar actores individuales o colectivos, públicos o privados, quienes toman conciencia sobre la existencia de una situación problema que merece la pena ser atendida. En los momentos iniciales en los que surge una percepción generalizada

---

problemas es un rasgo distintivo de ellas, no siempre esta motivación garantizará que los problemas sean atendidos. El trabajo de este presenta una revisión por varias propuestas teóricas, donde sostiene que “Las autoridades pueden aceptar el hecho de tratar el problema, es decir, reconocer y legitimar su existencia inscribiéndolo en la agenda pública- o, por el contrario, rechazarlo. (...) Si las autoridades reconocen la existencia del problema no quiere decir que lo puedan o que lo piensen solucionar”. También sostiene que una preocupación central de las políticas públicas es conocer por qué en algún momento y a través de qué mecanismos un problema se vuelve merecedor de atención de los gobiernos y los obliga a intervenir. Véase, ROTH, André-Noël, *Políticas Públicas. Formulación, implementación y evaluación*, Bogotá, Ediciones Aurora, 2014, pp. 69, 57. Mientras que para un recorrido panorámico sobre las perspectivas teóricas más destacadas que existen sobre los problemas públicos, véase PARSONS, Wayne, *Políticas Públicas. Una introducción a la teoría y la práctica del análisis de políticas públicas*, Argentina, FLACSO México/ Miño y Dávila, 2007, pp. 117-184.

<sup>4</sup> El trabajo pionero de Bárbara Nelson “La formación de una agenda: el caso del maltrato a los niños”, publicado originalmente en 1978, llamó poderosamente la atención sobre el papel que juega el proceso de definición (“etiquetación”) del problema para determinar el tipo de atención de la que se harán merecedores los problemas públicos. Analizando el caso del maltrato infantil en Estados Unidos, explica cómo se produjeron los procesos de formación de agenda entre los actores legislativos (legislaturas) el contexto de un ambiente político de preocupación por temas de justicia social facilitó su acceso a la agenda gubernamental, transformando el problema de maltrato a los niños de una preocupación centrada en los círculos de la caridad privada hasta trascender a una preocupación como un asunto público del bienestar social, en donde el gobierno tuvo que responsabilizarse de su atención. Cf. NELSON, Barbara, “La formación de una agenda”, *Problemas públicos y agenda de gobierno*, México, Miguel Ángel Porrúa, 2007, pp. 105-135.

Otro texto que ofrece coordenadas analíticas para comprender los procesos de construcción de los problemas públicos es el de Elder y Cobb en “Formación de la agenda. El caso de la política de los ancianos” cuya publicación original data de 1984. En este texto los autores exploran el proceso de formación de la agenda de atención gubernamental de los ancianos, donde sostienen que los problemas públicos son construcciones sociales que reflejan concepciones sobre la realidad, cuyo proceso de definición afectará las decisiones futuras sobre ellos. En este trabajo, muestran los efectos que tiene el proceso estructuración social de un problema público para llamar la atención del gobierno como asunto de interés público y para condicionar también la posible solución de este. Véase ELDER, Charles, COBB, Roger, “Formación de la agenda. El caso de la política de los ancianos”, AGUILAR, Luis, *Problemas públicos y agenda de gobierno*, México, Miguel Ángel Porrúa, 2007, pp. 77, 78.

sobre una situación problemática (la contaminación del aire en las ciudades, la criminalidad, la seguridad vial, etcétera), no existe un consenso sobre las causas que lo originan y, por tanto, tampoco se ha logrado una definición común sobre el mismo, que sea aceptada por todos los grupos sociales interesados en el problema. Por ello, cada actor pondrá en marcha recursos de poder para posicionar su definición sobre el problema, buscando “etiquetarlo” según sus propios intereses.<sup>5</sup> Y en la búsqueda por imponer su definición sobre el problema, echarán mano de recursos múltiples como presión mediática, prestigio, dinero para tratar de influir en la forma en cómo se definirá el problema en tanto las causas que lo originan y las soluciones posibles para el mismo.

El proceso mediante el cual se define un problema público no resulta una cuestión menor, pues la forma en cómo son concebidos y etiquetados los problemas, condicionarán también las soluciones que se tomarán sobre ellos. De tal manera que resulte relevante comprender que no existe neutralidad en la forma en cómo se definen los problemas públicos y su solución, pues toda decisión de política pública dará lugar a un agregado de ganadores y de perdedores.

Ahora bien, si de manera general la definición de los problemas públicos presenta estas características complejas, es importante señalar que en el mundo de problemas públicos que son abordados por las administraciones públicas, existen una categoría particular de problemas que representan los mayores desafíos para los gobiernos.

En la literatura especializada sobre problemas públicos, se ha acuñado el término *wicked problems* (traducidos al castellano como problemas malditos o perversos) para caracterizar un tipo de problemas que presentan rasgos particulares en cuanto su grado de complejidad por: su multidimensionalidad, la incertidumbre sobre sus causas y sus efectos, el número de actores y de organizaciones que están involucrados, la velocidad con la que pueden mutar, el grado de disenso entre los actores interesados, la circularidad causal que la resistencia para ser solucionados.<sup>6</sup> Estos problemas perversos se presentan en la

---

<sup>5</sup> El proceso de “etiquetación” o *labeling* consiste en la manera en cómo se define un problema público que involucra tres dimensiones: a) la naturaleza del problema, que se relaciona con las respuestas afectivas que este despierte, pudiendo así resultar controversiales o consensuales, b) su caracterización, que podrá ser científica/técnica cuando sea relativo a cosas o social, cuando sea relativo a personas y c) el nivel que rodee a decisión, que será interna o internacional. Para una comprensión más profunda sobre el concepto de “etiquetación” del problema, consúltese la discusión que realiza Nelson sobre el “*labeling*” en la construcción de la agenda sobre el maltrato a los niños. NELSON, Barbara, *op. cit.*, pp. 113-125.

<sup>6</sup> Horst Ritter y Melvin Webber fueron los primeros en referirse al concepto de *wicked problems* para caracterizar a un tipo de problemas que presentaban una estructura compleja y confusa.

forma de un sistema de problemas, exhibiendo situaciones que desafían las capacidades administrativas.

Para Head y Alford,<sup>7</sup> los problemas perversos presentan tres dimensiones clave, en tanto complejidad, diversidad e incertidumbre, apareciendo a la manera de un sistema de problemas, donde no presentan un comportamiento lineal en cuanto causas y efectos, sino una interrelación circular entre ellos y con otros problemas del sistema social, donde un problema se presenta como una causa o síntoma de otro. Esta interrelación entre problemas, que presentan como rasgos característicos los problemas perversos, dificultarán que exista una formulación única sobre ellos y una solución definitiva sobre ellos.<sup>8</sup> Dentro de los problemas públicos perversos destacan, la migración, el cambio climático, el crimen internacional, la pobreza y el terrorismo.

Caracterizar a la migración en su condición de problema perverso, exige de un esfuerzo también por posicionar el problema público en función de sus coordenadas regionales, donde se presentarán estructuras, actores e interacciones particulares según el contexto que se observe.<sup>9</sup>

---

Véase RITTER, HORST, WEBBER, Melvin, "Dilemmas in General Theory of Planning", *Policy Sciences*, vol. 4, núm. 2, 1973, p., 160. Sobre los dilemas que representan los problemas perversos para los gobiernos, consúltese CLARKE, Michael, STEWART, John, *Handling the Wicked Issues: A Challenge for Government*, Birmingham, University of Birmingham, Institute of Local Government Studies, 1997. Mientras que la obra colectiva de Ferlie *et al.* ofrece una mirada empírica de los problemas perversos poniendo el foco de atención en el impacto del cambio organizacional a través del análisis del Servicio Nacional de Salud en Reino Unido. Cf. FERLIE, Ewan *et al.*, "Public Policy Networks and wicked problems: nascent solution?", *Public Administration*, vol. 89, núm. 2, 2011, pp. 307-324. Otra obra aplicada al análisis de un problema complejo es la de Mónica Naime, quien explora el problema de la desaparición forzada en México; en este trabajo empírico discute la forma en cómo las administraciones públicas abordan los problemas complejos. Si se desea conocer con mayor detalle la obra, consúltese NAIME, Mónica, "Defining wicked problems for public policy: The case of Mexico's disappearances", *Revista Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, Madrid, INAP, núm. 23, mayo-octubre, 2020, pp. 64-80. Si bien resulta cada vez más creciente la producción bibliográfica en inglés sobre los problemas públicos, los trabajos sobre los problemas perversos en castellano son escasos aún. En este sentido, destaca el trabajo colectivo de BRUGUÉ, Quim *et al.*, "¿Inteligencia administrativa para abordar problemas malditos? El caso de las comisiones interdepartamentales", *Gestión y Política Pública*, vol. xxiv, núm. 1, México, 2015, pp. 85-130.

<sup>7</sup> Head y Alford exploran las características de los problemas públicos a través de estas dimensiones, con el propósito de abordar las implicaciones que tiene los problemas perversos en las organizaciones públicas. Cf. HEAD, Brian, ALFORD, Jonh, *Wicked problems: Implications for Public Policy and Management*, *Administration & Society*, vol. 47, núm. 6, 2015, p. 716-718.

<sup>8</sup> NAIME, Mónica, *op. cit.*, pp. 71-72. Véase también AGUILAR, Luis, "Estudio introductorio", en *Problemas públicos y agenda de gobierno*, México, Miguel Ángel Porrúa, 2007, pp. 55-56.

<sup>9</sup> Según los contextos regionales, la migración del África Subsahariana hacia Europa Continental, de los países de Euro-Asia hacia Europa, de Centroamérica hacia Estados Unidos, observará una dinámica particular.

En tanto *wicked problem*, la migración presenta dimensiones múltiples, ya sea por el número de actores que involucra (*stakeholders*), las fallas estructurales de las regiones expulsoras de migrantes, las tensiones que enfrentan las regiones receptoras para incorporar a nuevos individuos a sus sociedades o por las narrativas que se construyen a su alrededor. Así, presenta causas multidimensionales, la participación de múltiples actores legales e ilegales con objetivos diversos y con recursos de poder variados, diásporas complejas, marcos normativos, andamiajes institucionales e instrumentos de política pública múltiples.

Las condiciones que hacen de la migración un *wicked* obligan a brindarle respuesta desde estructuras y procesos complejos. Por ello, gestionar las interacciones entre los actores involucrados, los diálogos y los procesos deliberativos entre ellos, las narrativas que se construyen alrededor de la concepción de los problemas y los programas y políticas públicas que surgen como respuestas a los mismos, requiere necesariamente de un esquema de gobernanza. Los formatos de redes, propios de la gobernanza, son los que presentan una mejor oportunidad para abordar el problema y su solución.

Hoy la migración internacional se gestiona a través de redes de interacciones en un esquema de gobernanza global. El primero en llamar la atención sobre la existencia de una gobernanza global de la migración ha sido Betts,<sup>10</sup> quien sostiene que esta gobernanza que cobra varias formas como normas, reglas, principios normativos, toma de decisiones, programas y políticas, que rigen la conducta entre los Estados y otros actores transnacionales.<sup>11</sup> Lo que hace global a la gobernanza no es el nivel, sino el hecho de que estos procesos constriñen la conducta de los Estados y actores transnacionales en una esfera global.

El sistema de Naciones Unidas realiza un papel central en la gobernanza de la migración internacional cumpliendo cuatro funciones:<sup>12</sup> i) Una acción normativa y de supervisión, realizada por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR)

---

<sup>10</sup> BETTS, Alexander, *Global Migration Governance*, Londres, Oxford University Press, 2011, p. 4.

<sup>11</sup> BETTS advierte que la gobernanza global de la migración debe de considerar tanto los elementos formales como los informales que surgen en las interacciones entre los Estados y con otros actores no estatales. De hecho, señala que, si bien existe una institucional formal que regula la cooperación entre los Estados, este marco multilateral resulta limitado en cuanto funciones, capacidad normativa y de supervisión, por lo que es necesario considerar a los formatos *ad hoc* que surgen de manera informal entre los Estados para regular áreas específicas de interés. *Ibidem*, p. 2.

<sup>12</sup> Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos (OACDH) *Migración, derechos humanos y gobernanza*, Nueva York, ONU/OIT, Manual para parlamentarios No. 24, 2015, pp. 168-165.



y la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) quienes se convierten en las autoridades institucionales encargadas de supervisar que los Estados ejecuten sus obligaciones con base en el Derecho Internacional. ii) Una función de asistencia técnica, en donde varias instituciones y organizaciones proveen apoyo para la creación de capacidades institucionales a través de figuras de asesoría. iii) Una plataforma para el diálogo y la cooperación con los Foros para el diálogo para compartir buenas prácticas e ideas, donde destacan el Foro Mundial sobre Migración y Desarrollo con los procesos de consulta de Organizaciones de la Sociedad Civil y representantes Gubernamentales, el Diálogo de Alto Nivel sobre Migración Internacional y Desarrollo, la Conferencia sobre Migración y Desarrollo, así como el Grupo Global sobre Migración, que involucra esfuerzos interinstitucionales de la ONU, la Organización Internacional del Trabajo (OIT), Banco Mundial y la OIM. iv) Creación de acervos de conocimiento sobre la migración y la disponibilidad de indicadores, esto permite incrementar la capacidad de conocimiento sobre el problema, la interacciones entre conocimientos y el intercambio de expertos, contribuye en general a mejorar el conocimiento que se tiene sobre el problema, a la vez que permite un avance analítico sobre las concepciones de la migración; involucra el esfuerzo de diversos organismos y entidades como el Grupo de Trabajo del Grupo Global sobre Migración y la generación de repositorios de información y de indicadores.

En general, el esquema institucional y de mecanismos de interacción juegan un papel de facilitación política, porque permite identificar áreas de interés mutuo para establecer una visión de colaboración y de coordinación. Las organizaciones internacionales establecen temas estratégicos para conformar una agenda común global y acuerdan compromisos para darle cumplimiento a la misma, dando lugar a un marco de respuesta integral para temas de interés común.

Ahora bien, la gobernanza de la migración cobra varias formas (normas, reglas, principios, mecanismos, decisiones, programas, políticas, narrativas) y tiene un formato dominante de interacción a manera de una red. En esta estructura reticular se presentan diferentes nodos, donde es posible considerar tres de ellos: un nodo como marco normativo e institucional internacional, un nodo como marco de acción (instrumentos y plataformas que facilitan el diálogo político multilateral y la construcción de estrategias y compromisos) entre países y un nodo doméstico que gestiona la migración desde la endogeneidad del

fenómeno.<sup>13</sup> La figura 1 describe los nodos que subsisten en el esquema en red de la gobernanza del *wicked problem* de la migración internacional.

El primero de los nodos, de carácter global, se refiere a la arquitectura institucional que existe a nivel internacional que enmarcan la conducta entre los Estados para facilitar la interacción política y el diálogo entre los países. Así, encontramos que en el orden migratorio internacional destacan las agencias y organizaciones como parte del Sistema de Naciones Unidas como de la OIM, la ACNUR, la OIT y el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD).

FIGURA 1. Nodos en la gobernanza de la migración



Fuente: elaboración propia.

<sup>13</sup> El nodo del ámbito doméstico se refiere a la interrelación que existe entre la construcción de las narrativas y los diseños de la política migratoria, que permiten gestionar la migración desde los espacios nacionales por lo que es posible sostener que la gobernanza global de la migración se construye también desde lo local.

Esta estructura institucional, que proporciona una serie de normas y de principios que enmarcan la conducta entre los Estados y de ellos con otros actores transnacionales, se complementa con una serie de instrumentos y de plataformas que proveen de un marco de acción para facilitar el diálogo multilateral y la posibilidad de delinear estrategias globales y establecer compromisos comunes. Estos instrumentos y plataformas de interacción constituyen un segundo nodo en la red de gobernanza. En este segundo nodo, destacan el Grupo Global sobre Migración, el Foro Mundial sobre Migraciones y Desarrollo y las Conferencias Regionales, que congregan a una serie de actores interinstitucionales y reúnen a expertos responsables de la formulación de políticas públicas, para fortalecer la coordinación entre los organismos internacionales, las dependencias gubernamentales de diversas naciones y las organizaciones de la sociedad civil, en el ánimo de establecer agendas comunes.

Esta arquitectura institucional y las plataformas de interacción contribuyen a establecer una gobernanza de la migración que intenta proveer de una agenda común sobre los temas que más preocupan sobre la migración internacional, fortalecer la cooperación entre los países, brindar asistencia técnica a aquellas regiones con menores capacidades para gestionar los efectos de la migración e identificar las áreas de interés mutuo.

A estos dos nodos de la red de la gobernanza migratoria, debemos de agregar el nodo doméstico en donde coexisten la construcción de narrativas nacionales que se hacen sobre los migrantes y la formulación de programas y políticas públicas que buscan incidir en las causas que originan la migración y/o mitigar sus efectos.

Este texto explora el nodo doméstico de la red, analizando la relación que existe entre la construcción de narrativas sobre la migración y las decisiones políticas que tiene su expresión en los diseños de política migratoria y en los instrumentos que se privilegian atender este problema complejo.

Ahora bien, ante la presencia de problemas perversos, conviene iniciar reflexionando sobre cómo estos problemas desafían a las capacidades administrativas de las burocracias hoy día. En un contexto de complejidad creciente, una buena parte de las administraciones públicas de los países se ven sometidas a una presión adicional. Las burocracias que están dominadas por una racionalidad tecnocrática, caracterizada por la existencia de marcadas jerarquías, la segmentación de actividades, la división de funciones y la ultra especialización institucional, se

ven sometidas a nuevos desafíos, que requieren de un diálogo interinstitucional y de un nuevo tipo de inteligencia administrativa para responder a los problemas complejos que se les presentan.

*Modelos de atención de problemas públicos. Entre la simplicidad administrativa de la nueva gestión pública y la complejidad de los problemas*

En particular, la aparición de los *wicked problems*, ha presionado a las administraciones públicas hasta el punto en donde se hace evidente el contraste entre la simplicidad administrativa y la complejidad de los problemas.<sup>14</sup> Así, se presentan dos lógicas contradictorias, por un lado, la naturaleza de los problemas públicos que se vuelven más complejos al ser multidimensionales e intrincados en un sistema de problemas —donde un problema es causa o efecto de otro— y, por otro, una racionalidad burocrática para atenderlos que se centra en la especialización y sectorización de los mismos, sobre simplificándolos y abordándolos sólo en una parte de sus causas o manifestaciones.

La forma simplificada, descentralizada y ultra especializada que ha orientado la atención de los problemas públicos, se posicionó entre los países en las décadas de 1980 y 1990, con las reformas administrativas que trajo consigo la nueva gestión pública (*New Public Management*). La nueva gestión pública representó una gran transformación para el ejercicio del gobierno a raíz de la crisis fiscal del Estado, por los dramáticos cambios que originó en el modelo administrativo del Estado del Bienestar, caracterizado por burocracias altamente verticalizadas, rígidas en sus reglas de operación y monopolizadas por la provisión gubernamental de los servicios públicos.

Las primeras experiencias del *New Public Management*, que surgieron en países como Gran Bretaña, Nueva Zelanda y Estados Unidos, estuvieron marcadas por un estilo de liderazgo gerencial que tenía por base la aplicación de principios e instrumentos de la administración privada al ámbito público. Así, la nueva gestión pública impulsó la desregulación estatal, una disminución de las jerarquías, una reingeniería administrativa, racionalidad en el gasto, la descentralización en la toma de decisiones, la privatización y, en general, el uso de mecanismos de mercados en la provisión de servicios públicos, todo ello, con el propósito de efficientizar los gobiernos.

---

<sup>14</sup> BRUGUÉ, Quim *et al.*, *op. cit.*, p. 87.

La nueva gestión pública se impuso en el panorama burocrático mundial como un nuevo modelo de administración y de estilo gubernamental, bajo el lema de “Un gobierno que trabaja mejor y cuesta menos.”<sup>15</sup> Las primeras experiencias surgieron en la década de los ochenta y recibieron un impulso en la década noventa, con la aparición en 1993 de la estrategia *National Performance Review* que postulaba la reinención del gobierno federal en los Estados Unidos, durante la administración de Bill Clinton y con Al Gore en la vicepresidencia.

En el marco de la nueva gestión pública ocurrirían significativas reformas del Estado en múltiples países.<sup>16</sup> A raíz de su aparición, los países transformaron sus estructuras burocráticas, los estilos interacción interinstitucional y la toma de decisiones en general. Así, las reformas al sector administrativo mejoraron el desempeño de los gobiernos al introducir estándares de calidad, racionalizar el gasto e imponer modelos de provisión privada y de subcontratación que aumentaron la eficiencia en el uso de los recursos. A la par de estos aspectos destacados que trajo consigo la nueva gestión pública, aparecieron también algunos aspectos que, con el paso del tiempo, terminarían minando las capacidades administrativas. Los procesos de simplificación administrativa y de ultra especialización que promovió el *New Public Management*, contribuirían a generar una racionalidad sectorizada para abordar los problemas.<sup>17</sup> Racionalidad que encontró límites cuando se enfrentó a resolver problemas públicos altamente complejos.

Si bien la nueva gestión pública ha representado elementos positivos que incentivaron el desempeño de las burocracias, también trajo aparejados problemas, derivados de una mayor especialización vertical y horizontal. Christensen y Laegreid sostienen que en la dimensión vertical se perdieron instrumentos de poder central que facilitarían la coordinación entre instituciones y niveles subordinados, mientras que en la dimensión de especialización horizontal, los programas y proyectos carecían de componente intersectoriales, y se caracterizaban por

---

<sup>15</sup> GORE, Al, *Creating a Government that Works Better and Costs Less. Report of the National Performance Review*, Washington, U.S. Government Printing Office, 1994, pp. 123.

<sup>16</sup> Los procesos de reforma entre los países si bien han tenido similitudes, distan de ser homogéneos. Un texto clásico que describe de forma general las similitudes y diferencias ocurridas en las administraciones públicas en varios países, tanto en las decisiones implementadas y en los resultados obtenidos, se encuentra en POLLIT, Christopher, BOUCKAERT, Geert, *Public Management Reform. A Comparative Analysis*, Oxford, Oxford University Press, 2000, pp. 314.

<sup>17</sup> POLLIT, Christopher, “Is the Emperor in his Underwear? An Analysis of the Impacts of Public Management Reform”, *Public Management and International Journal of Research and Theory*, vol. 2, núm. 2, 2000, pp. 181-199.

una fuerte especialización por sectores.<sup>18</sup> Estos formatos de respuestas parceladas y sectorizadas bajo las cuales se abordan los problemas malditos, ha puesto en jaque a las administraciones, ya que esta forma de aproximación no permite dar una solución multidimensional como requiere un problema que presenta múltiples aristas.

A la par que los problemas han aumentado en complejidad, las críticas al paradigma burocrático de la nueva gestión pública han crecido también por la racionalidad segmentadora con la que se atienden los problemas.

El reto que presentan estos problemas complejos a los gobiernos ha llevado a que la gestión de los mismos se realice a partir de redes de políticas públicas (*policy networks*). Las redes de políticas públicas aparecen hoy día, como los instrumentos más utilizados por las administraciones públicas para incorporar, en formatos cooperativos, a actores múltiples que provienen desde la burocracia, los ámbitos legislativos, la iniciativa privada, las organizaciones de la sociedad civil y los centros académicos, que proporcionan herramientas y recursos estratégicos para contribuir a la solución de estos problemas.

Ahora bien, la incorporación de agentes privados en los espacios que originalmente estaban reservados para actores gubernamentales es uno de los aspectos más destacados de la nueva gestión pública. A través de esquemas de *contracting out* y *outsourcing*, se abrió la participación de actores privados en la provisión de servicios públicos, así como en la conducción de agencias autónomas sobre temas especiales<sup>19</sup> (agencias que regulaban la competencia en sectores como la energía, el medio ambiente, telecomunicaciones agua, entre otros). Así, en la medida en que se abrió la posibilidad de incorporar a nuevos actores en la conducción de los asuntos público, poco a poco los países asistieron a nuevos modelos de dirección de las sociedades a partir de formatos de interacción que hoy denominados gobernanza.

La gobernanza, entendida como un modo y proceso de gobernar a una sociedad que integra a la acción gubernamental a agentes sociales

---

<sup>18</sup> CHRISTENSEN, Laegried, The Whole-of-Government Approach to Public Sector Reform, *Public Administration Review*, núm. 67, vol. 6, 2007, pp. 1059-1066. CHRISTENSEN, Tom, Post-NPM and changing public governance, *Meiji Journal of Political Science and Economics*, vol. 1, 2012, p. 2.

<sup>19</sup> Como las *Next Steps* en Gran Bretaña o los laboratorios de reinención que surgieron en Estados Unidos. Para una revisión sobre los modelos de agencia, véase CEJUDO, Guillermo, "La nueva gestión pública. Una introducción al concepto y a la práctica, *Nueva gestión pública*, México, Siglo XXI/BBADDF, 2013, p. 29.

y económicos para alcanzar ciertas metas sociales y económicas.<sup>20</sup> En el desarrollo teórico del concepto, destacan elementos de interacción social como acciones que son realizadas de manera compartida entre actores gubernamentales, económicos y sociales para la conducción de las sociedades. Así la gobernanza es entendida como co-procesos, co-gestión, co-regulación y con producción entre agentes múltiples de una sociedad.<sup>21</sup> Así, las formas de co-gobernanza encontrarán una expresión en la implementación de formas horizontales de interacción entre actores sociales y privados con el gobierno para lograr propósitos comunes.

En estas formas horizontales de operación, los actores se coordinan y cooperan sumando esfuerzos para alcanzar objetivos generales y dar solución a problemas. A estas formas reticulares que surgen para identificar problemas públicos, ofrecer soluciones, implementarlas y evaluarlas, se les ha denominado redes de gobernanza, que encuentran una expresión tangible en estructuras de redes de políticas públicas (*policy networks*) que se organizan para la solución de problemas a partir de lógicas de integralidad, superando la separación sectorial tradicional.

Las redes de políticas públicas operan así en un escenario de gobernanza, en donde intervienen múltiples actores sociales, privados y gubernamentales, quienes aportan recursos variados para comprender mejor la naturaleza de los problemas públicos, así como un instrumental para darles respuesta.

La literatura sobre políticas públicas ha llamado la atención sobre el papel relevante que juegan estos patrones organizacionales multiactor de *policy networks* para la solución de problemas perversos.<sup>22</sup> Estos formatos de redes de políticas que aparecen en un escenario de gobernanza dominados por la irrupción de actores múltiples desde el orden gubernamental, social y los agentes de la iniciativa privada, pondrán en marcha insumos de información y de conocimiento sobre las dimensiones que presentan los problemas públicos, así como una serie de instrumentos y de recursos variados para solucionarlos, con lo que presentan mejores oportunidades de abordar el tipo de problemas públicos que nos ocupan, estos son, los problemas perversos o malditos. Las redes de políticas públicas se convierten así en los mejores instrumentos para

---

<sup>20</sup> Cf. KOOIMAN, Jan, "Gobernar en Gobernanza", *La Gobernanza hoy: 10 textos de referencia*, Madrid, INAP, 2005, pp. 60-62. AGUILAR, Luis F., *Gobernanza y gestión...*, cit., pp. 84-85.

<sup>21</sup> KOOIMAN, Jan, *op. cit.*, pp. 60-64, 66-69.

<sup>22</sup> Cf. FERLIE, Ewan *et al.*, *op. cit.*, 308.

gestionar estos problemas complejos,<sup>23</sup> aunque es necesario aclarar que los problemas perversos con gran frecuencia se convierten en el ejemplo del fracaso más sonado de las políticas públicas.

Como anteriormente se ha comentado, los problemas perversos presentan una morfología particular por la intensa interrelación que existe entre sus componentes, las interacciones que se producen en un sistema de problemas (donde son causa, a la vez que efecto de otros problemas), la velocidad con la que cambian, lo impredecibles que resultan y la multiplicidad de actores que están involucrados en ellos. Así, los *wicked problems* clásicos como la pobreza, el terrorismo, el cambio climático, las pandemias y la migración internacional, someten a los Estados a una gran presión con la exigencia de brindarles solución.

Este trabajo concibe a la migración internacional como un problema perverso de difícil solubilidad que, de manera persistente, se coloca en las agendas prioritarias de los gobiernos nacionales, así como en las agendas binacionales, regionales y en la agenda global mundial. La inminente complejidad que presenta la migración exige ser abordada desde las múltiples dimensiones que presenta.

Como hemos comentado líneas arriba en el primer apartado, en tanto *wicked problem*, de la migración se gestiona a través de un esquema de gobernanza en red en donde existen una serie de nodos como los marcos normativos e institucionales los instrumentos facilitadores del diálogo entre Estados y los nodos de las narrativas e instrumentos de política pública que coexisten en los contextos nacionales.

De manera particular, este texto explora la influencia que ejercen las narrativas en la construcción o justificación de un problema público y los efectos que tienen en cuanto decisiones de política pública sobre las causas y efectos de la migración. Así, a continuación, se explora la influencia que ejerce la construcción de narrativas en el diseño de políticas públicas migratorias, en la región México-Estados Unidos.

### *Narrativas, definición del problema y diseños de políticas migratorias en Estados Unidos*

El diseño que observe una política pública será producto de varios elementos que intervienen en su definición. El curso de acción que tomen las políticas que intentan gestionar la migración, ya sea que se trate explícitamente de una política migratoria o bien, de decisiones de políticas públicas que implícitamente atiendan asuntos relacionados

---

<sup>23</sup> *Idem.*



con la migración,<sup>24</sup> dependerá de factores como: los actores involucrados, las narrativas y su capacidad para incidir en la formación de la agenda, los instrumentos seleccionados —coercitivos, incentivos positivos, normativos o *nudge*— y las instituciones implementadoras.

Este trabajo centra su atención en la relación que existe entre las narrativas sociales y el diseño de políticas públicas. Esta relación es posible entenderla desde dos ópticas: mientras que las políticas públicas surgen a partir de las narrativas sociales que existen en un momento dado, convirtiéndose así en un reflejo fiel de ellas, puede ocurrir también, que las narrativas se construyan intencionalmente para legitimar una política pública que ya se ha puesto en marcha

Utilizando el análisis de políticas públicas, este trabajo ofrece al lector una reflexión sobre la construcción de narrativas sociales en torno a los migrantes hispanos en Estados Unidos y los efectos que estas narrativas tienen sobre el diseño de la política migratoria en dicho país.

### *La migración hispana en Estados Unidos y la construcción de narrativas*

La importancia de los migrantes hispanos en Estados Unidos se puede medir en función de su contribución económica, política y social a ese país. En Estados Unidos, existen 62 millones de hispanos, que representan el 18.7% de la población y se estima que, en 2025, este grupo represente el 25% de la población total del país.<sup>25</sup> Del total de población hispana, 28 millones son mexicanos y de ellos, 12 millones son indocumentados. Y en lo que se refiere a su contribución económica, los trabajadores latinos aportan el 12% del PIB, generando 23 billones de dólares al año.<sup>26</sup>

Las actividades productivas o sectores económicos que concentran la mayor parte de la fuerza laboral de origen latino son la agricultura, el sector de servicios de limpieza, la construcción y los servicios de alimentos. Así, el 25% de los trabajadores latinos participan en la agricultura, el 17% en limpieza y el 14% en la construcción, en donde este

---

<sup>24</sup> A la par de políticas que se construyen para atender expresamente la migración, existen también un cúmulo de políticas como las políticas de salud, educativas, laborales o económicas, que tienen impactos sobre ciertos grupos de migrantes o que inciden sobre algunas de las causas o efectos que se han definido en torno a la naturaleza de la migración.

<sup>25</sup> United States Census Bureau, *Decennial Census of Population and Housing*, 2020. <https://www.census.gov/programs-surveys/decennial-census.html>

<sup>26</sup> Pew Research Center (PEW), *Hispanic Population and Origin in Select U.S. Metropolitan Areas*, 2014. <https://www.pewresearch.org/hispanic/interactives/hispanic-population-in-select-u-s-metropolitan-areas/>

último sector ha registrado un descenso de latinos en los últimos años.<sup>27</sup> Mientras que es importante hacer notar que cada vez más se diversifica la participación de la fuerza laboral, en sectores como la educación y el entretenimiento.

Ahora bien, a pesar de lo relevante y diversa que resulta la participación laboral de los migrantes hispanos en Estados Unidos, la construcción arquetípica dominante del migrante latino es la del trabajador indocumentado encasillado en el sector de servicios de baja cualificación y que labora en condiciones de explotación bajo esquemas informales y de economía sumergida.

Esta construcción arquetípica del migrante hispano va acompañada de términos peyorativos que son acuñados para dirigirse a la población migrante como “Binnners”. Este término, traducido al castellano como “frijolero”, constituye una expresión degradante sobre el inmigrante latino que esconde detrás, el temor al diferente, esto que se ha denominado, la otredad.

El concepto de otredad sirve como expresión de la forma como se construyen los riesgos en la sociedad actual.<sup>28</sup> La otredad se refiere al conjunto de individuos, que, por sus características culturales, raciales, religiosas, económicas o políticas, son considerados como diferentes, los otros, distintos del grupo social dominante en una comunidad. El otro, este grupo que conforma la otredad es considerado como una amenaza en la medida en la que su diversidad, aquello que lo hace distinto, puede romper las instituciones y la continuidad cultural de una sociedad.<sup>29</sup>

La representación de la otredad a partir de la construcción social de las diferencias o antípodas, que incrementan la percepción del riesgo sobre el extranjero, tiene consecuencias significativas a la hora tomar decisiones y de formular políticas públicas en materia de migración.

La noción de otredad que encarna el inmigrante hispano se fundamenta en una percepción homogénea sobre el mismo. De ahí que

---

<sup>27</sup> *Idem.*

<sup>28</sup> VELÁZQUEZ, Mario, “La construcción de la imagen de México en Estados Unidos desde una perspectiva de riesgo”, *Frontera Norte*, vol. 20, núm. 39, 2008, enero-junio, p. 43.

<sup>29</sup> El trabajo de Cohen ofrece una mirada sobre el concepto de Comunidad como un espacio cargado de una complejidad de simbolismos y de significados que marcan la pertinencia o exclusión de la misma. COHEN, Antony P., *Symbolic Construction of Community*, Londres, Routledge, 1985. En este mismo sentido, la obra de Norma Klahn ofrece una construcción de la imagen dual entre mexicanos y estadounidenses a partir del concepto de las comunidades étnicas, que marcan una frontera cargada de simbolismos entre quienes pertenecen y los que están fuera. KLAHN, Norma, “La frontera imaginada, inventada o de la geopolítica de la literatura a la nada”, *Mitos en las relaciones México-Estados Unidos*, México, FCE, 1994, pp. 460-480.

resulte común que a los inmigrantes latinos se les llame mexicanos —que es la comunidad de latinos más grande que existe—, sin distingo de las múltiples nacionalidades que componen las corrientes migratorias hacia el país vecino del norte. Existe pues, una cosmovisión única sobre el sur donde, después de la frontera, todos son mexicanos. Para efectos de políticas públicas, este constructo sobre el sur como un todo homogéneo, nubla en el imaginario colectivo, las diferentes razones (por tradición, económicas o por motivos de seguridad) que llevan a las personas a migrar desde sus países de origen. Esta concepción social uniforme sobre el inmigrante produce una formulación desequilibrada en la construcción causal sobre el problema.

De la formulación arquetípica que se realiza sobre el inmigrante hispano, se desprende también un tipo de comportamientos que son asociados a este grupo social, creando así un estereotipo sobre él. Este estereotipo encuentra correspondencia en la percepción estadounidense sobre ellos y reproduce un discurso simbólico sobre la inmigración latina.

La representación de la otredad a través de discursos se concretiza en un diseño de políticas públicas de migración con un marcado corte militar de sellamiento de fronteras que criminaliza al migrante. Esto se aprecia con claridad cuando se observa la evolución que ha tenido durante las tres últimas décadas la política migratoria en Estados Unidos. Donde esta política se ha convertido en un instrumento de control de aquello que se ha definido como riesgos o amenazas a su sociedad.

A lo largo de las administraciones estadounidenses, los gobiernos han impulsado una construcción simbólica sobre ciertos grupos de inmigrantes, construyendo una narrativa en función de intereses políticos, económicos y comerciales, que encuentran correspondencia en un diseño particular de la política migratoria. Como ejemplo, es posible considerar la narrativa que existió sobre el privilegio europeo y la política de migración ordenada con base en cuota por países, la política excepcional de asilo y refugio a cubanos o el endurecimiento de las medidas migratorias hacia Latinoamérica producto de las medidas migratorias de la década de los noventa.

La construcción simbólica del migrante latino como una amenaza, tiene su origen desde mediados de los ochenta, cuando la tríada de estados fronterizos de California, Texas y Arizona, presionaron al gobierno federal para obtener mayores recursos para brindar servicios públicos. Los habitantes de esos estados exigían mejores servicios y exhibían la baja calidad de los mismos; ante este reclamo, los gobernadores

construyeron un argumento que culpabilizaba a los inmigrantes por la saturación de los servicios, desviando así la responsabilidad sobre el problema.<sup>30</sup> En este contexto, la percepción de amenaza respecto de los migrantes cobró adeptos y contribuyó a consolidar una imagen de que la migración latina representaba un riesgo porque no existían controles sobre ella.<sup>31</sup>

En estos mismos años, sostiene Velázquez, otra percepción de amenaza que surgió en la frontera fue la presencia de bandas de narcotraficantes. El tráfico de drogas se sumó como otra preocupación más del control de la frontera. En medio de este escenario, los narcotraficantes conformaron la nueva descripción del riesgo y el cine explotó el personaje del narcotraficante mexicano y colombiano, reforzando un estereotipo del latino violento y caótico.<sup>32</sup>

La narrativa dominante sobre una frontera porosa e incontrolada creó un clima propicio para la aprobación en 1986 de la ley *Immigration Reform and Control Act* (IRCA) que, a la par que otorgó una amnistía para inmigrantes indocumentados, endureció las medidas para aquellos empleadores que los contrataran e incrementó las capacidades y el presupuesto de la Patrulla Fronteriza (*Border Patrol*). La narrativa de caos y violencia de una frontera incontrolada sirvió de base legítima para que la Patrulla Fronteriza asumiera nuevas funciones. Hasta antes de la Ley de Reforma y Control de la Inmigración, el trabajo de la Patrulla Fronteriza se concentraba casi exclusivamente en la inmigración y después de la ley, se sumaron las actividades de la lucha contra las drogas.<sup>33</sup>

La IRCA marcó el inicio de la militarización de la frontera sur y motivó que el gobierno aplicara una vigilancia fronteriza más férrea, a la vez que construía muros y establecía controles electrónicos en los principales puntos fronterizos de entrada.

La retórica que se desarrolló sobre el inmigrante latino perfiló una política pública migratoria altamente restrictiva, que se reforzaría sistemáticamente en los años posteriores con las iniciativas de sellamiento

---

<sup>30</sup> VELÁZQUEZ, Mario, *op. cit.*, p. 57.

<sup>31</sup> *Idem.*

<sup>32</sup> *Ibidem.*, 58.

<sup>33</sup> Timothy Dunn en *The Militarization of the U.S., Mexico Border, 1978-1992*, argumenta que en ese periodo se produjo la militarización de la frontera de manera importante, donde el acelerado incremento se explica especialmente por los esfuerzos de la lucha contra las Drogas, cuando en 1986 el gobierno de Reagan declara al tráfico de drogas como una amenaza a la Seguridad Nacional. DUNN, Timothy, *The Militarization of the U.S., Mexico Border, 1978-1992*, Center for Mexican American Studies, University of Texas at Austin, 1996, p. 25.

de la frontera, el incremento de la vigilancia fronteriza y el recrudescimiento de medidas que limitaban el acceso de los inmigrantes a servicios públicos.

Un fuerte impulso que alimentaría la percepción negativa sobre los inmigrantes indocumentados —considerados como aquellos que generaban efectos adversos sobre la economía, impactaban fuertemente los servicios públicos y arrebatában oportunidades laborales a los ciudadanos americanos—, provendría de la Propuesta 187. Esta Propuesta, surgida en California en 1994 durante la elección a gobernador en ese estado, buscaba restringir el acceso de los inmigrantes a servicios públicos con un doble propósito: reducir el déficit fiscal, a la vez que desincentivar el ingreso de migrantes, y se convertiría prácticamente en una campaña antiinmigrante<sup>34</sup> y antindocumentados mexicanos.<sup>35</sup>

La narrativa sobre el migrante latino como una amenaza, encontraría correspondencia en el recrudescimiento de una política migratoria centrada en una mayor vigilancia de la frontera y en la construcción de barreras físicas, con la implementación de operaciones de “sellamiento de la frontera” en las ciudades de estados fronterizos como la estrategia *Hold-the-Line* (Bloqueo) —antes *Blockade*— en El Paso, Texas en 1993; *Gatekeeper* (Operación Guardián) en San Diego, California en 1994, la operación *Safeguard* (Escudo) en Arizona central en 1995 y Operación Río Grande, al sur de Texas en 1997.<sup>36</sup>

En este contexto, en 1996 se reformó la Ley de Inmigración con la *Illegal Immigration Reform and Immigrant Responsibility Act* (IIRAIRA). Esta Ley endurecería las medidas sobre la inmigración indocumentada al penalizar la falsificación de papeles, restringir el acceso a servicios y permitir la deportación expedita cuando se cometiera un delito, aunque

---

<sup>34</sup> Los trabajos que han analizado la narrativa antiinmigrante en la que se enmarcan estas acciones restrictivas, destacan el manejo que han realizado los medios de comunicación y la cinematografía en la construcción de una opinión pública que alimenta la percepción del inmigrante como una amenaza. Para un análisis del papel que han jugado el lenguaje metafórico en la construcción de una imagen del inmigrante, véase Santa Ana, quien ha analizado la retórica antiinmigrante en la que se ha enmarcado la justificación de las acciones de corte militar en la frontera con México y sostiene que la cobertura que Los Angeles Times le dio a la Proposición 187 en sus artículos, fue utilizando mayoritariamente metáforas alusivas a un contexto de guerra. SANTA ANA, Otto, “Brown Tide Rising: metaphors of latinos in contemporary American public discourse”, *Austin, University of Texas Press*, 2002, p. xvi. Mientras que el trabajo de Velázquez resulta de interés porque destaca el papel que ha jugado el cine en la conformación de una narrativa sobre el inmigrante latino, VELÁZQUEZ, Mario, *op. cit.*, pp. 37-67.

<sup>35</sup> ALBA, Francisco, “La política migratoria mexicana después de IRCA”, *Estudios demográficos y urbanos*, México, vol. 14, núm. 1, enero-abril, 1999, p. 23.

<sup>36</sup> *Idem*. Una posición similar se observa en HERRERA-LASSO, Luis (coord.), *México, país de migración*, México, Siglo XXI, 2009, p. 311.

este fuera menor. Con el propósito de mejorar el control fronterizo, dotó de mayor presupuesto a la patrulla fronteriza e impuso sanciones penales para castigar el contrabando de personas. Con la Ley de Reforma de la Inmigración Ilegal y de Responsabilidad del Inmigrante, la política de migración adquirió fuertes características de restricción y exclusión, institucionalizando una visión del inmigrante como una amenaza para la nación americana. Bajo esta visión dominante del migrante como una amenaza, la *Border Patrol* adquirió un rol decisivo en la vigilancia y control de los estados fronterizos, implementado operativos que, lejos de revertir la documentación indocumentada, reorientó los puntos de cruce hacia zonas que implicaron un mayor riesgo para los migrantes.<sup>37</sup>

Así, la inmigración se enmarcó en una retórica donde la frontera se consideraba como un territorio bajo el ataque de inmigrantes invasores, lo que justificaba la militarización de ella. Esta retórica gubernamental se acompañó de instrumentos de política pública de sellamiento de los límites fronterizos, dotando a la política migratoria de un marcado acento antiinmigrante.

Un nuevo giro en el diseño de la política migratoria ocurrió a raíz de los atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001. Los atentados pusieron en entredicho la eficiencia en el manejo de la seguridad nacional en Estados Unidos y generaron un clima propicio para una narrativa gubernamental sobre el hecho de que los adversarios del Estado se encontraban fuera de sus fronteras. Así, la política exterior puso en el centro de la agenda el tema de la seguridad nacional y esto tuvo consecuencias directas en la formulación de la política migratoria, donde la primera se impuso sobre ella con acciones sistemáticas de reforzamiento de los controles fronterizos.

Bajo este escenario, el diseño de la política migratoria se construyó como un apéndice de la política de seguridad nacional y la seguridad fronteriza adquirió prioridad. Así surgieron conjuntamente con México, las iniciativas Comando de América del Norte, que desplegó tropas

---

<sup>37</sup> La lógica subyacente en el diseño de la política migratoria de sellamiento de la frontera era que, si se controlaban los principales puntos de cruce, las condiciones naturales extremas de los desiertos y montañas desalentarían naturalmente a los inmigrantes a cruzarlos. Sin embargo, los operativos de sellamiento de la frontera no disuadieron los cruces, antes bien, orillaron a los migrantes a buscar nuevas rutas por el desierto, produciendo una gran cantidad de muertes y generaron incentivos para el mercado negro de tráfico de personas a través del coyotaje. Cf. ANGELES, Hugo, "Las migraciones internacionales en la frontera sur de México", *Migraciones internacionales*, México, Colegio de México, 2010, Colección Los grandes problemas de México, tomo III, pp. 469-470.

en puntos fronterizos y la iniciativa de Fronteras Seguras.<sup>38</sup> A la par de estas acciones conjuntas, Estados Unidos implementó medidas unilaterales de políticas que han sido denominadas, de *securitización* de la frontera para obstaculizar el paso de migrantes.<sup>39</sup>

El predominio de la seguridad nacional en la agenda gubernamental de la política exterior alentó también la construcción de una narrativa en sectores políticos conservadores de extrema derecha que sugerían que el aumento del flujo de migrantes indocumentados, estaba asociado con el incremento de los índices de inseguridad. El centro de esta retórica puso a la figura del migrante como un criminal potencial. Como ejemplo de ello, la Ley SB 1070 en Arizona que criminalizó a los migrantes.

Los años que siguieron a los atentados terroristas, estarían marcados por una política migratoria supeditada al interés de seguridad nacional. En este escenario, el fenómeno migratorio fue concebido negativamente, como una amenaza a la seguridad estadounidense, con lo que una política migratoria más liberal en cuanto inmigración y asilo, no tenía cabida.<sup>40</sup> La política migratoria se enmarcaría en una política exterior que priorizaría iniciativas de cooperación binacional con México y Centroamérica, instrumentado con estos países estrategias de seguridad hemisférica que se centraron en el despliegue de personal y equipo de vigilancia en el resguardo individual de sus propias fronteras. Con los atentados terroristas del 11 de septiembre, la “securitización” del fenómeno migratorio y del asilo encontraron elementos legitimadores.<sup>41</sup>

La radicalización del discurso sobre una frontera segura que impida el paso de migrantes indocumentados asociados a una figura de criminales, surgiría con la irrupción en la escena política de Donald Trump, en su campaña a la presidencia de Estados Unidos.

El discurso de campaña de Donald Trump se centraría en el fenómeno migratorio, donde concebiría a la figura del migrante como la del criminal, por lo que una propuesta concreta de campaña consistía en la creación de un muro en la frontera, que sería pagado por el gobierno

---

<sup>38</sup> HERRERA-LASSO, Luis (coord.), *op. cit.*, p. 326.

<sup>39</sup> ALBA, Francisco, LEITE, Paula, “Políticas migratorias después del 11 de septiembre: los casos del TLCAN y la UE”, *Migración y Desarrollo*, Zacatecas, núm. 2, 2004, pp. 10-24.

<sup>40</sup> Alba y Leite llaman la atención de cómo se modificaron las prioridades internas en la lucha antiterrorista, donde el Servicio de Naturalización e inmigración estaría inscritos al Departamento de Seguridad Nacional (*Homeland Security Department*). *Ibidem*, p. 15

<sup>41</sup> *Ibidem*, p. 10.

mexicano. La narrativa trumpista concebiría a la migración como un problema público de naturaleza criminal. Así, el discurso de Trump describiría a los migrantes como “horda de invasores” y plantearía como objetivo de su política el “terminar con la inmigración ilegal”. La construcción de la otredad en la era Trump, se concretizó en una barrera física, donde el muro fronterizo pasó de ser un elemento de disuasión a un símbolo de exclusión, con los que están del otro lado del Río Bravo.<sup>42</sup>

Bajo esta concepción del migrante, la narrativa que alimentaría el diseño de la política migratoria se caracterizaría por un nuevo sello antinmigrante, endureciendo los criterios para facilitar la deportación de millones de indocumentados. En sus primeros días de gobierno, Donald Trump firmó dos órdenes ejecutivas<sup>43</sup> que ampliarían las prioridades de deportación que había seguido el gobierno de Obama —el cual había establecido como prioridad, indocumentados sentenciados o extranjeros que fueran una amenaza a la seguridad nacional—, haciendo en la práctica a todos los migrantes indocumentados que fueran sospechosos de algún delito o a quienes hayan abusado de programas de asistencia social, sujetos de deportación expedita.

Las medidas del *S-Comm* relacionadas con la deportación de migrantes, arrojó datos interesantes sobre el impacto que estas medidas tuvieron sobre los migrantes. De las deportaciones realizadas por el *Immigration and Customs Enforcement* (ICE), el 42% de los deportados no habían sido sentenciados por cometer algún delito; asimismo, las faltas cometidas, en su mayoría estaban relacionadas con faltas leves como infracciones de tránsito.<sup>44</sup> El endurecimiento de la política migratoria ha tenido repercusiones sociales y emocionales en la separa-

---

<sup>42</sup> Armendares sostiene que la construcción del muro simbolizaba un mensaje de que esa nación no quiere “nada que ver con los que están del otro lado”. ARMENDARES, Pedro, *La política migratoria de Trump. Impactos para los migrantes mexicanos y sus comunidades*, México, Instituto Belisario Domínguez, México, 2018, p. 44.

<sup>43</sup> Órdenes Ejecutivas 13767 Border, *Security and Immigration Enforcement Improvements*, que permitió la deportación expedita y la construcción del muro y la 13768, *Enhancing Public Safety in the Interior of the United States*, que estableció categorías de indocumentados que resultaban amenazas para la seguridad pública y la seguridad nacional y reinstauró el programa *S-Comm* (*Secure Communities*), que hizo extensivas las deportaciones para migrantes que cometieron delitos menores y que no tenían una sentencia. El *S-Comm* fue el programa de aprehensión y deportación de extranjeros sentenciados por algún delito, que se instauró durante el gobierno de George Bush y estuvo activo durante la primera administración de Obama. Para profundizar en los alcances de los programas. Cf. ARMENDARES, Pedro, *Ibidem*, pp. 31-33, 47-49.

<sup>44</sup> ARMENDARES PEDRO, MORENO-BRID, Juan, “La política migratoria de Trump: antecedentes y consecuencias para los migrantes mexicanos y sus comunidades”, *México y la Cuenca del Pacífico*, Guadalajara, vol. 8, núm. 22, enero-abril, 2019, p. 13.



ción de familias que estaban integradas tanto por ciudadanos o residentes legales como por migrantes indocumentados.

En esta expresión de la política migratoria a nivel federal en Estados Unidos, llamaron la atención las respuestas subnacionales, como las de las ciudades en estados como California o Illinois, que se pronunciaron con mayor fuerza por las jurisdicciones locales que limitan o prohíben que las autoridades del estado colaboren con autoridades federales de inmigración. Conocidas estas medidas como Ciudades Santuario, marcaron diferencias significativas también en el orden de las relaciones intergubernamentales en ese país.<sup>45</sup>

La retórica de Trump, donde el migrante fue considerado una amenaza a la seguridad nacional, posicionó en el grueso de la población norteamericana, la visión dominante del inmigrante latino como aquel sujeto que representaba un peligro para el bienestar de la comunidad, culpándolo así de todos los males que ocurrían en esa nación.

Bajo esta narrativa, el endurecimiento de las medidas que acompañaron la política migratoria significó un grave retroceso, en lo que se refiere a la vigilancia y la protección de los derechos humanos en materia de migración.

### *Conclusiones*

Uno de los rasgos característicos de las políticas públicas consiste en su orientación hacia los problemas públicos. Los procesos de definición de estos problemas entrañan una serie de interacciones entre actores múltiples que dominan los escenarios de formación de las agendas nacionales e internacionales.

Ahora bien, existen un tipo de problemas públicos con características particulares, donde destacan su alta complejidad, manifestarse como un sistema de problemas —donde son causa y efecto de otros problemas—, ser altamente inciertos, mutar con relativa velocidad y presentar una alta ambigüedad. Dentro de estos problemas, denominados *wicked problems*, destaca la migración internacional; donde la gestión de dicho problema se da a través de un esquema de gobernanza en red en donde destacan tres nodos reticulares: el del marco normativo e institucional de carácter internacional, el marco de acción de instru-

---

<sup>45</sup> California resultó el estado icónico de jurisdicciones santuario con la Ley SB54, que se promulgó en 2017 y entró en vigor un año después, prohibiendo la participación de las autoridades estatales y locales en acciones de detención y deportación de migrantes. Una exposición detallada sobre las jurisdicciones santuario en la era Trump, se encuentra en ARMENDARES, Pedro, *op. cit.*, pp. 63-66.

mentos y de plataformas que facilitan el diálogo multilateral y el nodo doméstico donde se generan los procesos de definición del problema migratorio y la formulación de políticas para atenderlo.

En este tercer nodo, la construcción narrativa que se hace sobre la migración impactará en la forma en como este sea concebido por la sociedad y condicionará los tipos de respuestas gubernamentales que se formularán para atenderlo.

A lo largo de las últimas tres décadas, la forma en como se ha definido el problema de la migración internacional en Estados Unidos ha puesto en el centro de las narrativas sobre la otredad, la figura del migrante como un dinamizador de la economía, como aquel que contribuye al bono demográfico o como un sujeto peligroso.

Las narrativas que se han construido sobre las causas que originan la migración y sobre los impactos que los inmigrantes tienen en este país de acogida, han contribuido a crear una cosmovisión sobre el migrante, que se ha correspondido con los diseños cambiantes de la política migratoria; la cual ha puesto en el centro de su formulación, elementos relacionados con el desarrollo económico, la reunificación familiar o la seguridad nacional.

La formulación de la política migratoria actual se apoya en este último constructo social, donde los migrantes son considerados como criminales peligrosos. El enfoque dominante de la narrativa en el país de acogida es el de la seguridad nacional. Donde si bien el discurso sobre los peligros que existían del otro lado de la frontera cobraría fuerza desde la década de los noventa-inaugurando la era del sellamiento fronterizo-, se agudizaría después de los ataques terroristas de 2001 con la *securitización* de la frontera y recobraría fuerza con la candidatura y presidencia de Donald Trump.

Hoy, la política de un nuevo sellamiento de la frontera que fue inaugurada por la era Trump, ha originado una narrativa sobre los migrantes e inmigrantes latinos como criminales y sujetos peligrosos. De ahí que las medidas que han acompañado a la política migratoria durante la presidencia de Trump hayan resultado altamente permisivas con el trato vejatorio que realizan los agentes de migración hacia los migrantes.

Como el problema perverso que es, la migración representa grandes desafíos tanto en materia de políticas migratorias nacionales, como en lo que se refiere a un tratamiento conjunto en la relación binacional entre México y Estados Unidos. La construcción del muro antiinmigrante en la frontera en la era Trump, ha desplazado más al sur la migración,

en los confines del territorio mexicano en su frontera con Centroamérica, donde México ha modificado su política migratoria, conformando una política de contención del fenómeno reciente de las caravanas migrantes.

Los desafíos que se presentan hoy para la migración en la región presentarán un nuevo rostro en la administración Biden, que requerirá de un análisis detallado para valorar las consecuencias de la formulación de esta política en la presente administración.

### *Bibliografía*

AGUILAR, Luis F., *Gobernanza y Gestión Pública*, México, FCE, 2006, p. 500.

AGUILAR, Luis F., "Estudio introductorio", *Problemas públicos y agenda de gobierno*, México, Miguel Ángel Porrúa, 2007, p. 286.

ALBA, FRANCISCO, LEITE, Paula, "Políticas migratorias después del 11 de septiembre: los casos del TLCAN y la UE", *Migración y Desarrollo*, Zacatecas, 2004, núm. 2, pp. 4-20. <https://www.redalyc.org/pdf/660/66000202.pdf>

ALBA, FRANCISCO, "La política migratoria mexicana después de IRCA", *Estudios demográficos y urbanos*, México, vol. 14, núm. 1, 1999, pp. 11-37. <https://doi.org/10.24201/edu.v14i1.1036>

ÁNGELES, Hugo, "Las migraciones internacionales en la frontera sur de México", *Migraciones internacionales*, Colección Los grandes problemas de México, tomo III, México, El Colegio de México, 2010, pp. 437-79.

ARMENDARES, Pedro, MORENO-BRID, Juan, "La política migratoria de Trump: antecedentes y consecuencias para los migrantes mexicanos y sus comunidades", *México y la Cuenca del Pacífico*, vol. 8, núm. 22, 2019, pp. 9-3. <https://doi.org/10.32870/mycp.v8i22.606>

ARMENDARES, Pedro, *La política migratoria de Trump. Impactos para los migrantes mexicanos y sus comunidades*, México, Instituto Belisario Domínguez, México, 2018, p. 130.

BETTS, Alexander, *Global Migration Governance*, Londres, Oxford University Press, 2011.

BRUGUÉ, Quim *et al.*, "Inteligencia administrativa para abordar "problemas malditos", *Gestión y Política Pública*, vol. XXIV, núm. 1, 2015, pp. 85-130. <https://www.scielo.org.mx/pdf/gpp/v24n1/v24n1a3.pdf>

CEJUDO, Guillermo, "La nueva gestión pública. Una introducción al concepto y a la práctica", *Nueva gestión pública*, México, Siglo XXI/BBADDF, 2013, p. 254.

- CHRISTENSEN, Tom, "Post-NPM and changing public governance", *Meiji Journal of Political Science and Economics*, vol. 1, 2012, pp. 1-11. <http://mjpe.meiji.jp/articles/files/01-01/01-01.pdf>
- CLARKE, Michael, STEWART, John, *Handling the Wicked Issues: A Challenge for Government*, Birmingham, University of Birmingham, Institute of Local Government Studies, 1997.
- COHEN, Antony P., *Symbolic Construction of Community*, Londres, Routledge, 1985, pp. 128.
- DUNN, Timothy J., *The Militarization of the U.S.-Mexico Border, 1978-1992*, The Center for Mexican American Studies, University of Texas at Austin, 1996, p. 307.
- ELDER, Charles, COBB, Roger, "Formación de la agenda. El caso de la política de los ancianos", *Problemas públicos y agenda de gobierno*, México, Miguel Ángel Porrúa, 2007, pp. 77-104.
- FERLIE, Ewan et. al, "Public Policy Networks and wicked problems: A nascent solution?", *Public Administration*, vol. 89, núm. 2, 2011, pp.307-324. <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/j.1467-9299.2010.01896.x>
- GORE, Al, *Creating a Government that Works Better and Costs Less. Report of the National Performance Review*, Washington D.C., U.S. Government Printing Office, 1994, pp. 1-123.
- HEAD, Brian, ALFORD, Jonh, Wicked problems: Implications for Public Policy and Management, *Administration & Society*, vol. 47, núm. 6, 2015, pp. 711-739. [https://www.researchgate.net/publication/275573005\\_Wicked\\_Problems\\_Implications\\_for\\_Public\\_Policy](https://www.researchgate.net/publication/275573005_Wicked_Problems_Implications_for_Public_Policy)
- HERRERA-LASSO, Luis, *México, el país de migración*, México, Siglo XXI, 2009, p. 339.
- KLAHN, Norma, "La frontera imaginada, inventada o de la geopolítica de la literatura a la nada", *Mitos en las relaciones México-Estados Unidos*, México, FCE/SRE, 1994, p. 528.
- KOOIMAN, Jan, "Gobernar en Gobernanza", en Cerrillo, Agustí (coord.), *La Gobernanza hoy: 10 textos de referencia*, Madrid, INAP, 2005, pp. 63-71.
- NAIME, Mónica, "Defining wicked problems for public policy: The case of Mexico's disappearances", *Revista Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, Madrid, INAP, núm. 23, mayo-octubre, 2020, pp. 64-80.
- NELSON, Barbara, "La formación de una agenda", en Aguilar, Luis F. (ed.), *Problemas públicos y agenda de gobierno*, 2ª. reimpresión, México, Miguel Ángel Porrúa, 2007, pp. 105-140.

- OACDH (Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos), *Migración, derechos humanos y gobernanza*, Nueva York, ONU/OIT, Manual para parlamentarios No. 24, 2015.
- Organización Internacional para las Migraciones (OIM), *World Migration Report 2022*, s.l.i., 2021, p. 540, <https://publications.iom.int/books/world-migration-report-2022>
- PARSONS, Wayne, *Políticas Públicas. Una introducción a la teoría y la práctica del análisis de políticas públicas*, traducción Atenea Acevedo, Argentina, FLACSO México, Miño y Dávila Editores, 2007, p. 816.
- Pew Research Center (PEW), *Hispanic Population and Origin in Select U.S. Metropolitan Areas*, 2014. <https://www.pewresearch.org/hispanic/interactives/hispanic-population-in-select-u-s-metropolitan-areas/>
- POLLIT, Christopher, "Is the Emperor in his Underwear? An Analysis of the Impacts of Public Management Reform", *Public Management and International Journal of Research and Theory*, vol. 2, núm. 2, 2000, pp. 181-200.
- POLLIT, Christopher, Bouckaert, Geert, *Public Management Reform. A Comparative Analysis*, Oxford, Oxford University Press, 2000, p. 314.
- RITTER, Horst, WEBBER Melvin, "Dilemmas in General Theory of Planning", *Policy Sciences*, vol. 4, núm. 2, 1973, pp. 155-169.
- ROTH, André-Noël, *Políticas Públicas. Formulación, implementación y evaluación*, Bogotá, Ediciones Aurora, 2014, p. 292.
- SANTA ANA, Otto, *Brown Tide Rising: metaphors of latinos in contemporary American public discourse*, Austin, University of Texas Press, 2002, p. 424.
- SUBIRATS, Joan *et al.*, *Análisis y gestión de políticas públicas*, Madrid, Ariel, 2008, p. 285
- United States Census Bureau, *Decennial Census of Population and Housing*, 2020. <https://www.census.gov/programs-surveys/decennial-census.html>
- VELÁZQUEZ, Mario, "La construcción de la imagen de México en Estados Unidos desde una perspectiva de riesgo", *Frontera Norte*, vol. 20, núm. 39, 2008, pp. 37-67. <https://doi.org/10.17428/rfn.v20i39.995>

# **RESOLUCIONES Y CRITERIOS JURISDICCIONALES RELEVANTES**

**Tema:**  
**Personas trabajadoras del hogar**

## La evolución de los criterios jurisdiccionales sobre las personas trabajadoras del hogar

CARLOS FERRAN MARTÍNEZ CARRILLO

Ferrán Martínez Abogados, S.C., México

[cferran@ferranmartinezabogados.com](mailto:cferran@ferranmartinezabogados.com)

<https://orcid.org/0000-0002-5482-0229>

JOSÉ ALBERTO SÁNCHEZ MEDINA

Ferrán Martínez Abogados, S.C., México

[jsanchez@ferranmartinezabogados.com](mailto:jsanchez@ferranmartinezabogados.com)

<https://orcid.org/0000-0003-4163-7449>

ZARET JULEYMA VALENCIA MARTÍNEZ

Ferrán Martínez Abogados, S.C., México

[zvalencia@ferranmartinezabogados.com](mailto:zvalencia@ferranmartinezabogados.com)

<https://orcid.org/0000-0001-9727-6625>

<https://doi.org/10.36105/iut.2022n36.07>

Recientemente se han implementado en México diversas reformas en materia laboral que han contribuido sin duda, a la elaboración y emisión de nuevos criterios jurisdiccionales que fungen como parteaguas en el sistema jurídico nacional. Dichos nuevos criterios, de alguna forma resultaban necesarios o indispensables, toda vez que en muchos aspectos se podría considerar inconstitucional que los patrones no estuvieran obligados a proteger los derechos fundamentales de los trabajadores, en aspectos específicos como lo son, el teletrabajo, la subcontratación o la democracia sindical, por mencionar algunos.

En el mismo sentido, otro aspecto relevante a destacar en la legislación laboral es la reforma del 2019 en materia de “personas trabajadoras del hogar” que reformó, derogó y adicionó diversas disposiciones tanto de la Ley Federal del Trabajo (LFT) como de la Ley del Seguro Social (LSS). No cabe duda que en comparación con el ámbito internacional, la citada reforma fue llevada a cabo tardíamente, hecho que exhibe a México como un país con poco interés y falta de sensibilidad ante la vulneración de los derechos de las personas trabajadoras del hogar, lo cual deja entrever que existe una discriminación contra esas personas trabajadoras, afectando de manera directa a las mujeres ya que tradicionalmente es una ocupación desarrollada por el género mencionado.

Según un comunicado del INEGI del 28 de marzo del 2022, de acuerdo con los resultados de la Encuesta Nacional de Ocupación y Empleo (ENOE) del cuarto trimestre de 2021, 2.3 millones de personas realizaron un trabajo doméstico remunerado, donde de ellas el 88% eran mujeres y 12% hombres, con un nivel promedio de escolaridad de 8.2 años, equivalente al segundo grado de secundaria. Otro dato relevante es que, de cada 100 trabajadoras domésticas, 99 prestan sus servicios sin un contrato escrito; solo 4 de cada 100 tienen acceso a servicios de salud y 28 de cada 100 tienen algún otro tipo de prestaciones, como aguinaldo y vacaciones.

Debido a lo anterior, en este escrito se reúnen, comentan y contrastan con la regulación vigente algunos criterios acerca de figuras propias del derecho laboral; salario, seguridad social y pago de tiempo extraordinario; contratos por escrito con distinta temporalidad y vigencia, que muestran la evolución del criterio jurídico nacional en materia laboral, con respecto al tema antes planteado. Los conceptos fueron seleccionados toda vez que, a consideración de los suscritos fueron los cambios más significativos de la reforma del 2019.

En la presente redacción, se tomará la definición de persona del hogar contenía en el artículo 331 LFT:

Artículo 331.- Persona trabajadora del hogar es aquella que de manera remunerada realice actividades de cuidados, aseo, asistencia o cualquier otra actividad inherente al hogar en el marco de una relación laboral que no importe para la persona empleadora beneficio económico directo, conforme a las horas diarias o jornadas semanales establecidas en la ley (...)¹

---

¹ Diario Oficial de la Federación, *Ley Federal del Trabajo*, 2021. <https://stcs.senado.gob.mx/docs/06.pdf>



En este contexto, según el Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales,<sup>2</sup> en el trabajo del hogar participan tanto hombre como mujeres, y aunque en su mayoría este es realizado por estas últimas,<sup>3</sup> el presente artículo utilizará el término “persona trabajadora” para englobar a las personas que ejercen esta labor, cualquiera que sea su género.

### *Salario*

Uno de los derechos fundamentales de las personas trabajadoras *lato sensu*, es la retribución por su trabajo y debe ser remunerado, sin embargo, hasta antes de la reforma de 2019, existía una marcada diferencia entre las personas trabajadoras del hogar y los trabajadores de otra índole, lo anterior se hace patente en este criterio jurisprudencial de 1974:

#### DOMÉSTICOS, SALARIOS DE LOS TRABAJADORES. NO SON SUJETOS DEL SALARIO MINIMO GENERAL.

En virtud de que aún la Comisión de Salarios Mínimos no ha fijado el salario que les corresponde a los trabajadores domésticos, no existe base legal para considerar que éstos sean sujetos del salario mínimo general, y como los servicios de los indicados trabajadores son de singular naturaleza, tanto que el derecho positivo laboral reglamentó sus actividades y sus derechos en el capítulo XIII del título sexto (trabajos especiales) de la vigente Ley Federal del Trabajo, y por ello son éstos los preceptos que deben tomarse en cuenta, y atendiendo a esas normas es como se tiene que establecer el salario que les corresponde actualmente, según las cuales la retribución para estos trabajadores por la forma y términos en que se desenvuelve la relación laboral entre una doméstica y sus patrones es mixta, porque comprende además del pago pactado en efectivo que integra el 50% del salario, los alimentos y la habitación, el restante por ciento, y aun otras prestaciones, y puesto que conforme a los artículos 322, 335 y 336 de la citada ley, el legislador dejó a cargo de las comisiones regionales, la determinación del salario de estos trabajadores, señalándose que para ello tomarán en consideración las condiciones de las localidades en que vayan a aplicarse, los que deberán someter también a la aprobación de la Comisión Nacional de Salarios Mínimos, pero dado que éstos salarios hasta la fecha no han sido establecidos, mientras esto

---

<sup>2</sup> BELTRÁN, E., *Mujeres, trabajo doméstico y relaciones de género: reflexiones a propósito de la lucha de las trabajadoras bolivianas*, 2003. <http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/gt/20101012022000/7peredada.pdf>

<sup>3</sup> Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), *Estadísticas a Propósito del Día Internacional del Trabajo Doméstico*, 2022. [https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/aproposito/2022/EAP\\_TD\\_2022.pdf](https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/aproposito/2022/EAP_TD_2022.pdf)

no acontezca no hay base legal para que las Juntas condenen al pago de salario mínimo, ni tampoco el pago del salario de que se habla puede fundar la rescisión del contrato individual de trabajo, salvo que contractualmente se hubiera estipulado por las partes que el salario sea el mínimo general y pagadero en efectivo el 50% del mismo.<sup>4</sup>

Del criterio antes transcrito, se resalta la evidente discriminación y violencia económica laboral que se ejercía a las personas trabajadoras del hogar toda vez que estas eran segregadas de la mínima cuantía de remuneración que el patrón le debe realizar a sus trabajadores a nivel nacional.

El 15 de marzo del 2022 se ratificó el Convenio 190 de la Organización Mundial del Trabajo (OIT)<sup>5</sup> contra la violencia y el acoso en el mundo del trabajo. Este convenio no solo invita a reconocer que la violencia y el acoso por razón de género afectan de manera desproporcionada a las mujeres y propone acciones que aborden las causas estructurales de estas violencias. Reconoce de manera general, la importancia de una cultura del trabajo basada en el respeto mutuo y la dignidad del ser humano, donde toda persona trabajadora debe desempeñar sus labores en un ambiente libre de violencia y acoso, designando un conjunto de comportamientos y prácticas inaceptables cuyo objetivo sea que causen o sean susceptibles de causar, un daño físico, psicológico, sexual o económico, e incluye la violencia y el acoso por razón de género.

Asimismo, es importante recordar que la designación del salario mínimo garantiza la distribución de los insumos dentro de un país y constituye la remuneración mínima vital para que un ser humano pueda satisfacer sus necesidades básicas y tenga una calidad de vida digna. Aunado a esto, según la OIT, la designación del salario mínimo contribuye a superar la pobreza y reducir la desigualdad y protege a los trabajadores contra el pago de salarios indebidamente bajos.

Actualmente, desde el 2020 la Comisión Nacional de Salarios Mínimos fija una cantidad salarial diaria en relación con el trabajo del hogar, esto con el objetivo de mejorar las condiciones de las personas trabajadoras del hogar. A dos años de dicha implementación, el 35.5% de las personas trabajadoras del hogar perciben menos del salario

---

<sup>4</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Domésticos, salarios de los trabajadores. No son sujetos del salario mínimo general*, Suprema Corte de la Justicia de la Nación, 1974. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/255386>

<sup>5</sup> Organización Internacional del Trabajo, *Convenio 190, Convenio sobre la eliminación de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo*, 2019. [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms\\_711719.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_711719.pdf)

mínimo, incluso derivado de la pandemia por COVID-19, estas condiciones empeoraron debido a que se aumentaron las tareas, pero no su remuneración. En julio de 2020, más de 690,000 empleadas de este sector fueron despedidas, la gran mayoría sin liquidación, de acuerdo con el Centro de Apoyo y Capacitación para las Empleadas del Hogar (CACEH).<sup>6</sup>

### *Seguridad social*

Históricamente, la relación laboral entre las personas trabajadoras del hogar y los empleadores ha sido informal. En México, de acuerdo con el INEGI, el trabajo doméstico remunerado es central para el funcionamiento de los hogares, la economía y la sociedad. No obstante, el 97% de las trabajadoras del hogar aún labora en condición de informalidad.<sup>7</sup>

Se entiende por seguridad social, la protección a los individuos para asegurar el acceso a la asistencia médica y garantizar la seguridad del ingreso, en particular en caso de vejez, desempleo, enfermedad, invalidez, accidentes de trabajo, maternidad o pérdida del sostén de familia.<sup>8</sup> El siguiente criterio, del año 2005 emitida por el Sexto Tribunal Colegiado de Circuito en Materia de Trabajo del Primer Circuito, a su letra expresa:

TRABAJADORES DOMÉSTICOS. NO EXISTE OBLIGACIÓN DEL PATRÓN DE INSCRIBIRLOS AL INSTITUTO MEXICANO DEL SEGURO SOCIAL NI AL SISTEMA DE AHORRO PARA EL RETIRO.

De conformidad con los numerales 13, fracción II y 222 a 233 de la Ley del Seguro Social (LSS), se colige que no existe obligación del patrón para inscribir a un trabajador doméstico al régimen obligatorio del seguro social, ni al seguro de ahorro para el retiro, porque dicha inscripción sólo puede realizarse voluntariamente y de conformidad a lo pactado por las partes.<sup>9</sup>

<sup>6</sup> JUÁREZ, Blanca, "Trabajadoras del hogar actualizan su tabulador de salarios en cuatro categorías", *El Economista*, 16 de febrero de 2022. <https://www.economista.com.mx/capitalhumano/Trabajadoras-del-hogar-actualizan-su-tabulador-de-salarios-en-cuatro-categorias-2022-0215-0112.html>

<sup>7</sup> ONU Mujeres, ONU México lanza la campaña #ES LO JUSTO: El trabajo del hogar es un empleo digno, 2022. <https://mexico.unwomen.org/es/stories/comunicado-de-prensa/2022/01/onu-mexico-lanza-la-campana-es-lo-justo-el-trabajo-del-hogar-es-un-empleo-digno>

<sup>8</sup> Organización Internacional del Trabajo, *Hechos concretos sobre la Seguridad Social*, 2001. [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms\\_067592.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms_067592.pdf)

<sup>9</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Domésticos, salarios de los trabajadores. No son sujetos del salario mínimo general*, Suprema Corte de la Justicia de la Nación, 1974. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/255386>

En relación con lo anterior, el criterio establece que, derivado de la relación laboral entre la persona trabajadora y el empleador no se creaba la obligación de inscribir a la persona trabajadora en el régimen obligatorio del Seguro Social ni al Sistema de Ahorro para el Retiro. En concreto una discriminación laboral en contra de las personas trabajadoras del hogar frente al resto de la población trabajadora en México que se encuentra bajo la protección de un régimen obligatorio en el Seguro Social.

Lo anterior incluso contraviniendo el artículo 123 de la Constitución, que contempla la protección de seguro social a todas las personas trabajadoras. En efecto, el artículo antes mencionado, en relación con el criterio transcrito, establece como voluntaria la inscripción de la persona trabajadora en el Seguro Social, sin embargo quedaban excluidas prestaciones como la cobertura por riesgos de trabajo, invalidez, permiso de maternidad, entre otras.

Uno de los grandes avances en esta materia, fue la aprobación de la OIT en el 2011 del Convenio 189 sobre el trabajo decente para las personas trabajadoras del hogar. En el numeral catorce de dicho convenio, se exhorta a los países a adoptar medidas que garanticen la igualdad de condiciones de las personas trabajadoras del hogar frente al resto de la población trabajadora.

En México no fue hasta 2019, cuando hubo un cambio estructural en la LFT y la LSS, en donde se reconocieron los derechos laborales de las personas trabajadoras y se plasmaron una serie de directrices para buscar la igualdad y no discriminación de este sector. Si bien este fue un avance a nivel legislativo, aún hay mucho que hacer al respecto, toda vez que, a dos años de implementarse la prueba piloto para la incorporación de las personas trabajadoras del hogar al régimen obligatorio del IMSS, se han incorporado, según la ONU, únicamente el 3%.<sup>10</sup> Aunado a esto, las personas trabajadoras del hogar aún no tienen acceso al financiamiento del Infonavit, ni se contemplan las inspecciones del IMSS para vigilar el cumplimiento de la afiliación por parte de la persona empleadora.<sup>11</sup> Respecto a la LSS actualmente se contempla la inclusión de las personas trabajadoras del hogar como sujetos de aseguramiento

---

<sup>10</sup> ONU México, *ONU México lanza la campaña #ES LO JUSTO: El trabajo del hogar es un empleo digno*, 2022. <https://mexico.unwomen.org/es/stories/comunicado-de-prensa/2022/01/onu-mexico-lanza-la-campana-es-lo-justo-el-trabajo-del-hogar-es-un-empleo-digno>

<sup>11</sup> Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, *Inclusión de las personas trabajadoras del hogar remuneradas en los sistemas de seguridad social. Recomendaciones para México*, 2022. [https://www.conapred.org.mx/documentos\\_cedoc/Cuadernillo%2004%20Inclusion.%20Ax.pdf](https://www.conapred.org.mx/documentos_cedoc/Cuadernillo%2004%20Inclusion.%20Ax.pdf)

del régimen obligatorio.<sup>12</sup> Según cifras del IMSS, son 47,080 los afiliados al programa piloto para la incorporación de personas trabajadoras del hogar y el salario promedio diario asociado al programa es de \$231.30.

### *Pago de tiempo extraordinario*

De acuerdo con la LFT, la jornada laboral es el tiempo que el trabajador está a disposición del patrón para realizar su labor, en este sentido, las horas extra serían aquellas que exceden el límite fijado para cada una de las jornadas laborales estipuladas originalmente dentro del contrato laboral y que implican una obligación de pago adicional por parte del patrón.

**TRABAJADORES DOMÉSTICOS. DADA LA NATURALEZA DE SU TRABAJO NO EXISTE FUNDAMENTO LEGAL PARA RECLAMAR EL PAGO DE TIEMPO EXTRA.**

La jornada de trabajo y la distribución del horario de los trabajadores domésticos no se rige por el factor tiempo como si se tratara de empleados de una empresa productora o distribuidora de bienes o servicios, pues las actividades que desempeñan no son de carácter material con vista a la obtención de un lucro a favor del patrón, sino que están vinculadas con el aseo y atención del hogar de una persona o familia en particular, predominando la convivencia con el núcleo familiar para el que laboran; por tanto, a este tipo de trabajadores no les es aplicable la regla general que establece el artículo 58 de la ley laboral que define la jornada como el tiempo durante el cual una persona está a disposición del patrón para desempeñar un servicio personal y subordinado mediante el pago de un salario, sino que basta que a cambio de la prestación de sus servicios el patrón les confiera el tiempo suficiente para reposar y tomar alimentos y de descanso durante la noche, según lo prescribe el artículo 333 de la LFT; consecuentemente, en la remuneración salarial de estos trabajadores no interviene el factor tiempo, ya que su retribución comprende, además del pago en efectivo, los alimentos y la habitación, por lo que no les asiste fundamento legal para reclamar el pago de tiempo extra.

Si bien, en el presente se reconoce el criterio relativo a que la jornada laboral debe retribuirse únicamente en el intervalo en el que la trabajadora del hogar que resida en el domicilio donde realice sus actividades, está obligada a prestar sus servicios subordinados al empleador,

---

<sup>12</sup> Diario Oficial de la Federación, *Ley del Seguro Social*, 2021. [www.imss.gob.mx/sites/all/statics/pdf/leyes/LSS.pdf](http://www.imss.gob.mx/sites/all/statics/pdf/leyes/LSS.pdf)

el criterio antes transcrito, consideraba por un lado únicamente a las personas trabajadoras que permanecen a disposición del hogar, conocidas coloquialmente como “de planta” y no respeta las horas establecidas en la LFT para cada tipo de jornada.

Derivado de esto, cuando las trabajadoras del hogar trabajaban más de las horas establecidas en la Ley para cada tipo de jornada, no eran remuneradas. Actualmente, derivado de la reforma multicitada, en el artículo 333 de la LFT se establece que las personas trabajadoras del hogar que residan en el domicilio donde realicen sus actividades tienen derecho a disfrutar un descanso diario nocturno de mínimo nueve horas consecutivas, y un descanso de mínimo tres horas entre las actividades matutinas y vespertinas, poniendo como tope ocho horas diarias de la jornada laboral. Asimismo, se contemplan directrices para el pago del tiempo extraordinario, considerando como horas extras conforme a lo dispuesto en los artículos 58 a 68 de la LFT.<sup>13</sup>

### *Conclusiones*

Es pertinente recordar la importancia de la labor que desempeñan las personas trabajadoras del hogar, quienes históricamente han sido segregadas a lo largo de los años, incluso por el ordenamiento jurídico. Si bien el sistema jurídico mexicano ha intentado subsanar la vulneración que han vivido las personas trabajadoras del hogar, la solución no puede dejarse en una simple legislación laboral.

El reconocimiento de los derechos de las personas trabajadoras requiere necesariamente de la erradicación de la violencia estructural que sufren de manera absoluta, siendo los empleadores los principales agentes de cambio, reconociendo los derechos de las personas trabajadoras del hogar y promoviendo la equidad y respeto a sus derechos laborales.

Las personas trabajadoras del hogar tienen el mismo derecho que el resto a contar con un empleo digno y en este mismo sentido, las personas empleadoras tienen la responsabilidad de respetar y garantizar sus derechos como el contrato por escrito, seguro social, salario digno, jornadas de máximo 8 horas, días de descanso, vacaciones pagadas y aguinaldo, compensación por horas extra trabajadas, así como un entorno seguro libre de violencia de cualquier tipo.

---

<sup>13</sup> Deloitte, *Reforma en materia de personas trabajadoras del hogar*, 2019. <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/mx/Documents/audit/2019/Reforma-personas-trabajadoras-hogar.pdf>

## Bibliografía

- BELTRÁN, E. *Mujeres, trabajo doméstico y relaciones de género: reflexiones a propósito de la lucha de las trabajadoras bolivianas*, 2003. <http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/gt/20101012022000/7pereda.pdf>
- Deloitte, *Reforma en materia de personas trabajadoras del hogar*, 2019. <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/mx/Documents/audit/2019/Reforma-personas-trabajadoras-hogar.pdf>
- Diario Oficial de la Federación, *Ley Federal del Trabajo*, 2021. <https://stcs.senado.gob.mx/docs/06.pdf>
- Diario Oficial de la Federación, *Ley del Seguro Social*, 2021. [www.imss.gob.mx/sites/all/statics/pdf/leyes/LSS.pdf](http://www.imss.gob.mx/sites/all/statics/pdf/leyes/LSS.pdf)
- El Economista, *Descongelan reforma para garantizar seguridad social para trabajadoras del hogar*, 2022. <https://www.eleconomista.com.mx/capitalhumano/Descongelan-reforma-para-garantizar-seguridad-social-para-trabajadoras-del-hogar-20220223-0098.html>
- El Economista, *Trabajadoras del hogar actualizan su tabulador de salarios en cuatro categorías*, 2022. <https://www.eleconomista.com.mx/capitalhumano/Trabajadoras-del-hogar-actualizan-su-tabulador-de-salarios-en-cuatro-categorias-20220215-0112.html>
- Gobierno de la Ciudad de México, *Informe sobre la situación de los derechos de las personas trabajadoras del hogar en la Ciudad de México*, 2021. <https://copred.cdmx.gob.mx/storage/app/media/informe-sobre-la-situacion-de-los-derechos-de-las-personas-trabajadoras-del-hogar-en-la-ciudad-de-mexico.pdf>
- Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), *Estadísticas a Propósito del Día Internacional del Trabajo Doméstico*, 2020. [https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/aproposito/2020/EAP\\_Trabdom2020.pdf](https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/aproposito/2020/EAP_Trabdom2020.pdf)
- “La Seguridad Social en México”, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2022. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2493/4.pdf>
- JUÁREZ, B., “Trabajadoras del hogar actualizan su tabulador de salarios en cuatro categorías”, *El Economista*, 2020. <https://www.eleconomista.com.mx/capitalhumano/Trabajadoras-del-hogar-actualizan-su-tabulador-de-salarios-en-cuatro-categorias-20220215-0112.html>
- “Trabajadoras del Hogar, de las primeras despedidas por el COVID-19”, *La Mirada Académica*, México, Universidad Iberoamericana. <https://ibero.mx/prensa/trabajadoras-del-hogar-de-las-primeras-despedidas-por-el-covid-19>

- Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Domésticos, salarios de los trabajadores. No son sujetos del salario mínimo general*, Suprema Corte de la Justicia de la Nación, 1974. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/255386>
- Organización Internacional del Trabajo., *Hechos concretos sobre la Seguridad Social*, 2001. [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-dgreports/-dcomm/documents/publication/wcms\\_067592.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-dgreports/-dcomm/documents/publication/wcms_067592.pdf)
- ONU México, *ONU México lanza la campaña #ES LO JUSTO: El trabajo del hogar es un empleo digno*, 2022. <https://mexico.unwomen.org/es/stories/comunicado-de-prensa/2022/01/onu-mexico-lanza-la-campana-es-lo-justo-el-trabajo-del-hogar-es-un-empleo-digno>
- Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, *Inclusión de las personas trabajadoras del hogar remuneradas en los sistemas de seguridad social. Recomendaciones para México*, 2022. [https://www.conapred.org.mx/documentos\\_cedoc/Cuadernillo%2004%20Inclusion.%20Ax.pdf](https://www.conapred.org.mx/documentos_cedoc/Cuadernillo%2004%20Inclusion.%20Ax.pdf)



## **RESEÑAS**

## Panorama actual del derecho fiscal internacional

BERTHA GRACIELA POMPA GARCÍA

Pueblita Abogados, México

[graciela.pompa@hotmail.com](mailto:graciela.pompa@hotmail.com)

<https://orcid.org/0000-0002-1037-1564>

AYLLÓN GONZÁLEZ, María Estela, ROBLEDO FRANCO, Edmundo (coords.),  
*Panorama actual del derecho fiscal internacional*, Thomson Reuters,  
Universidad Anáhuac México, México, 2022, 190 pp., ISBN: 978-607-  
474-695-2

<https://doi.org/10.36105/iut.2022n36.08>

La relación tributaria es aquel vínculo entre el sujeto pasivo (el contribuyente) y el sujeto activo (el estado) a través de sus órganos recaudadores que son la base para contribuir al gasto público de acuerdo con las posibilidades del contribuyente de forma proporcional y equitativa como lo dispongan las leyes. Por lo anterior, es importante destacar que la comprensión, interpretación e implementación de las normas tributarias, desde un punto de vista meramente aplicativo es realmente complicado, por lo tanto, para Edmundo Robledo Franco en el primer capítulo de esta obra existe una necesidad de clarificar si está presente o no una incongruencia sistemática del orden tributario nacional a partir del análisis de los procedimientos que permiten cuestionar si el orden jurídico tributario se encuentra preparado para solventar incongruencias, sobre todo ante la introducción de escenarios que suponen un cumplimiento cooperativo a través de normas que rigen su función, por medio de un proceso llamado *soft law* o como se le denomina en castellano, derecho flexible o derecho blando, el cual ubica su principal discusión en el rubro de las fuentes del derecho, teniendo como función arrojar elementos de solución referente a temas en la formación de obligaciones y su influencia en el ámbito de la formación de derecho.

Asímismo, Robledo Franco nos da un panorama general acerca del cumplimiento tributario desde la perspectiva española, señalando que, a raíz de las crisis financieras y para controlar la adopción de decisiones de riesgo en las grandes empresas, se acentuó la necesidad de resaltar la importancia de que las sociedades fueran gestionadas de una forma adecuada y transparente. Para ello, es necesario contar con un código de buenas prácticas que logre ser un espacio desde el que las empresas asuman una serie de compromisos voluntarios, siendo el más importante la delimitación de una adecuada gestión de riesgos fiscales, pues dicha estructura del mapa de riesgos es el medio que permite constatar la razón del por qué, determinada decisión fue tomada en uno u otro sentido y la forma en cómo se previenen los riesgos de la empresa. Dicho código, al ser adoptado voluntariamente, tiene un carácter dinámico y puede lograr adhesión a otros participantes en donde también puede existir mayor contenido.

En ese sentido, la UNE 1902 es una norma de estandarización que explica cómo realizar un programa de *Tax compliance* y tiene como finalidad limitarse a las pautas para implantar un sistema de cumplimiento fiscal e identifica mecanismos de detección, corrección y eliminación de riesgos fiscales.

Por lo tanto, si el cumplimiento cooperativo está basado en la colaboración como vía capaz de evitar la conflictividad tributaria a partir de la integración de actuaciones *a priori* que fortalezcan un proceso un procedimiento preventivo, es necesario profundizar en la implementación de una cultura de nuevas prácticas tributarias que vaya más allá del ámbito del contribuyente.

El segundo capítulo a cargo de Darío Rajmilovich comienza señalando que el concepto de establecimiento permanente es un integrante común del derecho tributario internacional, construido a la sombra de la erección del paradigma vigente de tributación internacional del impuesto a la renta corporativa. Por lo que, iniciativas globales como el plan BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting*) han tratado de ampliar el concepto de establecimiento permanente para abrazar situaciones que presuponen una presencia significativa en el círculo económico y social de una economía, producto de la creciente deslocalización y desmaterialización de la renta a nivel global en una economía cuya principal dirección de valor está representada por los intangibles.

Del mismo modo, el autor reflexiona alrededor de conceptos como flujo de valor, fuente compartida o fuente abstracta y señala problemas y alternativas de la atribución de rentas al establecimiento permanente

digital, basándose en que el mismo puede existir sin ningún tipo de presencia física de personas, criticando inclusive que las guías enfoques y borradores publicados por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) no resultan útiles para esos fines.

En ese sentido, nos adentra al Pilar Uno el cual intenta adaptar el sistema internacional del impuesto a la renta corporativo a nuevos modelos de negocio a través de cambios en las reglas de nexo y de atribución de rentas, concluyendo que si bien es cierto que la propuesta de solución para grabar efectivamente en la economía digital tiene altos méritos, lo cierto también es que la solución responde a los intereses de las jurisdicciones de residencia de las entidades control antes de las empresas multinacionales por lo tanto sugiere como una estrategia recomendable la firma del acuerdo por todos los estados participantes del marco inclusivo.

Por su parte, Carlos Becerril Hernández en el tercer capítulo nos brinda a través de una lectura muy fácil de digerir, el contexto respecto a los rubros en los que se han establecido impuestos digitales en México y puntualiza qué conceptos y figuras tributarias han sufrido modificaciones para responder a la problemática mundial en torno a la fiscalización de enajenación y prestación de servicios por medio de plataformas digitales, lo anterior partiendo de la consolidación de la tecnología como medio no sólo de comunicación sino de conectividad en todos los sentidos, destacando el *e commerce* o comercio digital.

Siendo así que el 1 de enero de 2020, entró en vigor en México la reforma fiscal que precisó que pagarían el Impuesto Sobre la Renta tanto personas físicas como morales con actividades empresariales que enajenen bienes o presten servicios a través de Internet, plataformas tecnológicas y aplicaciones informativas y similares, siempre que por tales servicios se cobre una contraprestación, como son los de intermediación entre terceros que sean oferentes de bienes y de servicios así como también los demandantes de estos.

Además, nos comparte los rubros y supuestos en los que se aplicará el 16% del Impuesto al Valor Agregado, los cuales se presten por medio de aplicaciones o contenidos en formato digital a través de internet u otra red similar fundamentalmente automatizados siempre y cuando por ello se cobra una contraprestación.

Por lo tanto, concuerdo con el autor que el avance tecnológico de los últimos años ha superado por mucho no sólo a la realidad jurídica sino también a la social y desde luego, el derecho fiscal no podía ser la excepción.

En el cuarto capítulo Gemma Patón García se enfoca en la brutal realidad de la era post COVID-19, la cual sin duda concatenó efectos de aumento de gasto público asistencial y prestacional causados por el aumento del desempleo, la falta de cobertura de prestaciones para la conciliación familiar y un aumento de gasto público exponencial que ha obligado a los países a centrar su atención en la lucha contra la evasión y el fraude fiscal. Por lo que, dentro del escenario de tributación internacional, el enfoque partió desde la articulación de los mecanismos de corrección de la doble imposición hacia la definición y localización de países o entidades donde existe una escasa o nula tributación y que conducen a la creación de paraísos fiscales donde las rentas, al igual que los beneficios, quedan exoneradas de gravamen alguno.

En ese sentido, la autora destaca el proyecto BEPS el cual pretende transformar el sistema tributario en el escenario internacional que parte del convencimiento de la necesidad de actuar incidiendo en varios puntos como lo son, la regularización de vacíos legales, la modificación de la normativa internacional, la cooperación internacional real en materia de transparencia e intercambio de información tributaria y justamente la lucha contra el fraude o el impulso de sistemas tributarios justos, progresivos, solidarios e inclusivos. Asimismo, apunta la importancia del principio nueve del decálogo de la OCDE sobre la lucha contra el fraude y evasión fiscal del 2018 y la iniciativa por los principios y directrices de derechos humanos en política fiscal en Latinoamérica, entre otros.

Considero muy atinada su reflexión respecto a que la economía digital requiere de la adaptación de las normas de tributación internacional para objetivos diversos como son: expandir su definición más allá de la tradicional presencia física, proteger mercados de las tendencias monopólicas reforzadas por el efecto red en la economía que caracteriza a los nuevos modelos de negocio y reunir nueva información que permita prevenir los nuevos tipos de economía informal derivadas del uso de plataformas para conectar a los individuos y empresas así como de sus consecuencias en la transformación de las relaciones tradicionales de trabajo.

Pablo Porporatto en el quinto capítulo nos precisa cómo la transparencia y el intercambio de información con fines fiscales han comenzado a tomar dinamismo en las agendas de trabajo de organismos internacionales a partir del 2009, dándonos una interesante línea del tiempo respecto a varias iniciativas.

Para el caso de Latinoamérica señala que es prioritario para la región, aumentar la recaudación tributaria con efecto progresivo creando

una mayor movilidad interna de recursos, a fin de generar un espacio fiscal suficiente e implementar medidas necesarias e impostergables de política fiscal en el orden social y también económico como queda expuesto por el Instituto de Estudios Fiscales y la Agencia de Cooperación Española en su obra *Sistemas tributarios en América Latina*.

He de reconocer del autor el dinamismo que logra ya que, escaneando un código QR que se encuentra dentro de su texto, podemos advertir la calificación asignada derivada del proceso de revisión de pares que lleva el Foro Global en donde justamente se puede distinguir a los países que han sido evaluados y la calificación asignada.

Concluye que, en el actual contexto de alta globalización y avance imparable de la digitalización de la economía y el intercambio de información entre los países, deviene una herramienta clave para las administraciones tributarias, considerando la asimetría de información que existe entre estas y los contribuyentes, ante lo cual, el intercambio de información permite poner un pie de igualdad a tales organizaciones con los contribuyentes que pueden operar a nivel internacional sin límites geográficos para montar sus negocios e inversiones.

El sexto capítulo a cargo de Eduardo Robledo Franco nos precisa como la OCDE ha sido enfática en señalar que los contribuyentes pueden tener la intención de abusar en la aplicación de los convenios de doble imposición aprovechando las diferencias legislativas de los países para obtener beneficios económicos.

Por lo tanto, las normas generales anti abuso entran a la escena tributaria como un mecanismo de reacción para evitarla con la creación actual de ese beneficio identificado, pero su inclusión se hace mediante la cita y puesta en marcha del principio de identidad del contribuyente al impedir el acceso a los beneficios de los convenios a las sociedades que no sean propiedad directa o indirecta de personas residentes en el estado en el que tienen su residencia tales sociedades o incluso algunos, reconociendo la residencia para fines fiscales de los accionistas involucrados.

De esa manera, mediante las cláusulas anti elusión, se pretende restringir la aplicación de un beneficio del tratado internacional con motivo o en atención al principio de identidad del contribuyente, lo que genera una reacción inmediata del propio derecho y, en consecuencia, da paso a una posible interdicción en la arbitrariedad por parte de la autoridad ya que ante una cuestión de nacionalidad, se deja de aplicar un beneficio o incluso un convenio de doble imposición.

Concluye que la concepción que el sistema tributario le concede a las normas generales anti abuso debe reconducir el sentido de su definición, aplicación y ponderación, a partir de parámetros objetivos constitucionalmente reconocidos que permitan establecer una armonía entre el principio de legalidad tributaria como un ejercicio de uniformidad del Derecho internacional tributario y el principio de seguridad jurídica en su aspecto positivo, a fin de que se delimiten los elementos necesarios para que el contribuyente ubique como vehículo generador de certeza, a la propia ley.

La autora Mariana Servín Salas en el séptimo capítulo precisa que la crisis financiera mundial de 2008-2009 dejó estragos en todas las economías, incluyendo las grandes potencias donde respiran las empresas multinacionales, por lo tanto, una de las consecuencias es que se agotaran los recursos para cubrir las demandas de los sistemas de salud, pensiones, infraestructura y funciones gubernamentales en general. De esa forma, durante la cumbre de los ministros de finanzas del G 20 del año 2012, se reiteró el compromiso para fortalecer la transparencia fiscal y el intercambio de información, así como la necesidad de evitar la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios, lo cual se lograría a través del trabajo de la OCDE. Lo anterior se consolidó en un documento donde se identificaron los problemas de la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios a través del plan BEPS el cual consta de 15 acciones.

Por lo tanto, el proyecto BEPS busca hacer frente a planeaciones fiscales agresivas donde los contribuyentes toman ventaja de algunas en la legislación e instrumentos jurídicos internacionales en materia fiscal para trasladar sus beneficios a lugares en un lado baja imposición donde realizan muy pocas actividades económicas o ninguna.

Precisa, por ejemplo, lo señalado en la acción 6 de BEPS la cual tiene como objetivo, combatir el abuso de los tratados fiscales a través de diversas medidas como la incorporación de reglas antiabuso en los tratados, recomendaciones para el diseño de disposiciones internas, identificación de las consideraciones de política fiscal que se deben tomar en cuenta para suscribir un convenio y la implementación un estándar mínimo consistente en la adopción de alguna medida antiabuso.

Asimismo, realiza un análisis respecto del uso de la expresión “propósito principal” para a su vez, abordar de forma específica la implementación del proyecto BEPS, el cual incluye a 140 jurisdicciones.

Aborda también diversos problemas que surgen de la regla del propósito principal desde el punto de vista de la administración fiscal ya

que no cabe duda que puede ser complicado para la autoridad fiscal sustentar que la determinación que realizan es razonable, ya que no existe una explicación detallada de lo que significa el comentario al artículo 29 del modelo ODCE. Para el caso de la autoridad fiscal mexicana, señala que no cuenta con experiencia en la aplicación de reglas generales antiabuso por lo que es probable que el camino para lograr su exitosa aplicación sea largo y empedrado.

Concluye señalando que los retos fiscales derivados de la globalización y de los modelos de negocios cada vez son más complejos, así como la relativa facilidad para los contribuyentes de modificar sus estructuras corporativas usar distintos instrumentos jurídicos y trasladar sus beneficios a diferentes jurisdicciones lo que sin duda hace necesaria la actualización de las reglas aplicables a la imposición internacional.

Finalmente, en el capítulo octavo a cargo de Angélica Noboa Pagan encontramos una propuesta de un anteproyecto de convenio para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal entre México y la República Dominicana junto a un anteproyecto de convenio sobre asistencia administrativa mutua en materia fiscal entre ambos países, del cual por cierto el primero de estos convenios ha sido formalmente solicitado por el Gobierno mexicano al dominicano, aunque este último declinó la invitación.

Por lo anterior, la autora señala que ambos países latinoamericanos deben ponderar negociar convenios de cooperación administrativa o intercambio de información fiscal para perseguir la evasión y evitar la ilusión sobre todo respecto a un desplazamiento del capital hacia jurisdicciones paradisíacas como Panamá las cuales son elegidas para recibir el depósito de los beneficios lo que requiere una coordinación anticipada desde la promoción *ex ante* de un buen paquete de beneficios fiscales por la vía convencional que llame la atención de la planificación patrimonial de la inversión.

Inclusive en el capítulo se ofrece un cuadro sinóptico con el resumen de la propuesta de un convenio bilateral basado en la convención de asistencia mutua en materia fiscal de la ODCE y un convenio para evitar la evasión y doble imposición entre República Dominicana y México en donde se resaltan los criterios y tasas propuestas para iniciar una negociación respecto de las transacciones fiscalmente más conflictivas en las relaciones entre ambos países.

Por lo tanto, los capítulos anteriores ofrecen al lector una visión general de los aspectos más novedosos, importantes y actuales del panorama actual del derecho internacional fiscal (incluso post COVID-19),



como lo son el plan de acción BEPS, el *Tax Compliance*, la tributación de la economía digital y sus impuestos para el caso mexicano, los estándares de transparencia e intercambio de información, las normas generales antiabuso, la fuente o presencia física significativa con base en el establecimiento permanente, la regla del propósito principal e inclusive una propuesta de un sistema tributario convencional entre México y República Dominicana, por lo que siempre se agradece un libro en el que encontremos diversos temas pero sobre todo que la pluma proveniente de diversos autores porque las diversas posturas, sin duda enriquecen un texto.

Sin embargo, algo que podría sumar a la obra es el haber logrado un trato simplificado sobre algunos temas en referencia a la carencia de cultura contributiva que puede existir en la mayoría de la población, lo que ocasiona que la relación tributaria (con la que comenzamos esta reseña) en los mejores de los casos se encuentre fragmentada.

En este sentido y partiendo de que México tiene unos de los niveles más altos de informalidad, en donde inclusive se nos cataloga en diversos estudios como un país de “terrorismo fiscal”, es necesario acercar al lector a temas fiscales que no les resulten técnicos, difíciles e inclusive alejados de la realidad (sobre todo al abordar la fiscalidad internacional).

Es importante entonces que los estudiosos de la materia fiscal tengamos como objetivo reconstruir nuestra visión del derecho fiscal para transmitirlo de una forma que genere interés a *contrario sensu* de alejar más a la comunidad y a nuestros estudiantes de este tipo de lecturas.

# **Derechos humanos y política en México. La reforma constitucional de 2011 en perspectiva histórica**

CAROLINA LEÓN BASTOS

Universidad Anáhuac México, Facultad de Derecho, México

[carolina.leon@anahuac.mx](mailto:carolina.leon@anahuac.mx)

<https://orcid.org/0000-0001-9776-8603>

COSTE CACHO, Jacques, *Derechos humanos y política en México. La reforma constitucional de 2011 en perspectiva histórica*, Instituto Mora, Tirant Lo Blanch, México, 2021, 168 pp., (Colección: Historia del Derecho en América Latina) ISBN 978-81-1113-113-1, ISBN Instituto Mora: 978-607-8793-46-4

<https://doi.org/10.36105/iut.2022n36.09>

La reforma constitucional de 2011 ha generado, desde antes de su aprobación, innumerables estudios que hasta el día de hoy se siguen evaluando desde diversos puntos y enfoques. El autor de esta obra nos ofrece una investigación que parte del año de 1998 y culmina precisamente en el año de aprobación de dicha modificación constitucional.

Es interesante la perspectiva adoptada por el autor, ya que el escenario que nos presenta abarca no solamente la historia de una época convulsa,<sup>1</sup> sino además analiza las posturas y políticas que generaron, en un momento previo a la reforma constitucional sobre derechos humanos, toda una atmósfera que terminó por demostrar una necesidad clara; la de la anuencia hacia el derecho internacional en el campo de estos derechos. La exposición sobre las situaciones, actores y diversas circunstancias hacen que la obra llegue a buen puerto en su objetivo final.

---

<sup>1</sup> El gobierno de Felipe Calderón ha sido objeto de análisis desde varios puntos de vista, uno interesante el de Navarrete Vela, quien revisa esta época desde el punto de vista de la ciencia política en NAVARRETE, Juan, "Consenso y liderazgo político en el gobierno de Felipe Calderón: 2006-2011", *CONfines de Relaciones Internacionales y Ciencia Política*, vol. 8, núm. 15, enero-mayo 2012. <https://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcc55b1>

El maestro Coste inicia su estudio a partir de una época donde pareciera observarse una apertura gubernamental, aunque no siempre una aplicación cierta de la normativa de protección de los derechos humanos. La puerta que abre México al derecho jurisdiccional internacional ha sido de forma paulatina y lenta, pero importante. Se puede decir que el primer paso que realizó el país lo hizo al ratificar la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en el año de 1998 y, más adelante, uno segundo con la firma del Estatuto de Roma y su posterior ratificación en 2005. Ambos sucesos determinaron esta apertura a tribunales internacionales,<sup>2</sup> y a partir de allí, se han marcado una serie de modificaciones internas en el Estado que, aunque cuantiosas, no siempre han sabido instrumentalizarse de manera adecuada para un cumplimiento concreto del respeto y protección de los derechos fundamentales.

En el primer capítulo y de manera clara, se explica la cantidad de actores que participaron en esta apuesta por fortalecer la democracia,<sup>3</sup> sobre todo que, con la institucionalización de los derechos humanos, empezaron a aparecer una serie de organismos defensores de los mismos con mucha fuerza en sus demandas y por tanto, proyectaron una necesidad de cambio, entre ellas encontramos la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH), creada apresuradamente para satisfacer un requisito internacional pero que ha crecido de manera importante y en ciertos periodos ha contribuido con la protección de los derechos fundamentales en la parte interna del país.

---

<sup>2</sup> La inserción del derecho internacional en materia de derechos humanos ha sido recorrida por la mayoría de los estados latinoamericanos, con diferentes variables. Muchos especialistas se han dedicado a observar este fenómeno en cada uno de sus países. GARCÍA, Sergio, "Recepción de la jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos en el derecho interno", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2008; NOGUEIRA, Humberto, "Diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad entre los tribunales nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Chile", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Año XIX, Bogotá, 2003; DULITZKY, Aírel, "La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales: un estudio comparado", *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Centro de Estudios Legales y Sociales, Argentina, 2004; FRANCO, Leonardo, "Recepción de la jurisprudencia interamericana en el ordenamiento jurídico argentino", *Recepción nacional del derecho internacional de los derechos humanos y admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana*, 2009, entre otros.

<sup>3</sup> "...durante los últimos años del gobierno de Ernesto Zedillo (1994 a 2000), cuando el gobierno aceptó las primeras visitas al país por parte de órganos y procedimientos especializados en derechos humanos de la ONU y la Organización de Estados Americanos (OEA), como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y las relatorías especiales sobre la tortura y sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias de la ONU" ANAYA, Alejandro, "Política exterior y derechos humanos durante el gobierno de Felipe Calderón", *Foro Internacional*, México, tomo LIII, núm. 3-4, julio-diciembre 2013, p. 772.

Es importante agregar que ciertamente fue arriesgado el salto que da México a la apertura del derecho internacional de los derechos humanos, ya que las estructuras internas se habían rehusado desde siempre a abrazar parámetros internacionales, sobre todo cuando podían influir en el quehacer interno.<sup>4</sup> No obstante, el Estado mexicano ha sido de los últimos países iberoamericanos en tener una cláusula de apertura a los derechos humanos y aún, posteriormente al establecimiento de la misma, en el artículo primero constitucional, todavía los problemas para entenderlo y aplicarlo eficazmente, continúan.

El autor nos muestra, en el segundo apartado de la obra, un panorama durante la administración de Felipe Calderón, donde si bien, existía un discurso a favor de los derechos humanos,<sup>5</sup> las acciones, sobre todo las dirigidas a la llamada “Guerra contra el narcotráfico”, parecían totalmente contrarias. Este capítulo de la historia mexicana ha dejado, hasta la fecha innumerables violaciones de derechos humanos, que obedecen en la mayoría de los casos a la falta de preparación y capacitación de los actores de esta lucha permanente. Una ignorancia sobre el respeto del otro y un desconocimiento profundo de los derechos humanos en general.<sup>6</sup>

---

<sup>4</sup> “...durante los primeros años de los 2000, el gobierno mexicano firmó acuerdos con la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OCNUDH), hizo pública una invitación “abierta y permanente” a todos los órganos y procedimientos de derechos humanos de la ONU y la OEA para visitar al país, dejó de dificultar la entrada de observadores civiles internacionales, aceptó la competencia de los órganos convencionales de la ONU para recibir quejas individuales, ratificó un buen número de tratados internacionales y retiró algunas reservas a tratados que había ratificado con anterioridad. Por otro lado, la diplomacia mexicana comenzó a mostrar un intenso activismo en foros multilaterales, promoviendo iniciativas relativas a la promoción de los derechos humanos de grupos en situación de vulnerabilidad, como los indígenas, los migrantes, las mujeres y las personas con discapacidad.”, ANAYA, Alejandro, *op. cit.*, p. 773

<sup>5</sup> Entre 2007 y 2011, México firmó y ratificó la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas y depositó el instrumento de ratificación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo, 10 del Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos destinado a abolir la pena de muerte y del protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la abolición de la pena de muerte.

<sup>6</sup> “Esto significa que, de jure, en la República Mexicana —a lo largo de los seis años de gestión de Calderón— se encontró vigente el estado de derecho y los derechos humanos; aunque, de facto, donde intervinieron las fuerzas armadas, se impusieron medidas de excepción, acompañadas por la generación del miedo en la sociedad mexicana. Lo que resulta paradójico es que haya sido un gobierno de alternancia en México el que logró la consolidación del proceso de militarización de la seguridad pública... lo que trajo aparejado un innegable desgaste institucional y humano, al no estar preparados los uniformados para desempeñar misiones y funciones que no son de su propia naturaleza; a lo que se suma la violación sistemática de los derechos humanos. A lo largo del actual sexenio, tanto los señalamientos (quejas) contra integrantes de la Secretaría de la Defensa Nacional (SEDENA) y de la Secretaría de Marina (SEMAR), por presuntos quebrantamientos de los derechos fundamentales, como las recomendaciones de la

El Mtro. Coste explica detalladamente esta “Guerra” mencionada, conjuntando varias características fundamentales como la violencia generalizada, el apoyo de Estados Unidos, el alto impacto mediático, la importancia de las fuerzas armadas, la detención de altos mandos criminales como *modos operandi* y la dispersión de los grandes cárteles en unidades más pequeñas. A partir de esto, la violación de derechos humanos, pareció aumentar en lugar de disminuir.<sup>7</sup>

Interesante al respecto es el análisis que realiza el autor sobre la principales limitantes que tuvo la política de seguridad de este gobierno, dentro de las cuales menciona que la estrategia no se complementó con programas de desarrollo social, no se concentraron suficientes esfuerzos en el combate al lavado de dinero, el presidente tuvo dificultades para la aprobación y la aplicación de las reformas legales e institucionales complementarias a las acciones en el terreno, la presión de Estados Unidos y las convicciones ideológicas de su partido impidieron la discusión y posible implementación de diversas soluciones al problema de las drogas, el presidente se mostró renuente a aceptar las críticas y a escuchar otras alternativas, además hubo una falta de continuidad al frente de la Secretaría de Gobernación y bastantes fallas estructurales del entramado institucional mexicano. Todos estos elementos mostraron la debilidad de esta política que no logró prosperar según el objetivo trazado en un inicio.<sup>8</sup>

---

Comisión Nacional de Derechos Humanos (2012) por violaciones graves de los derechos humanos, superan —con creces— las estadísticas históricas.” MOLOEZNİK, Marcos Pablo, “Fuerzas armadas, guerra contra el narcotráfico y lecciones del caso mexicano”, *El narcotráfico y su combate*, México, 2014, pp. 81-82.

<sup>7</sup> “...la presión de derechos humanos ejercida “desde afuera” por una red transnacional de promoción y defensa continuó durante el sexenio calderonista. Distintos actores (particularmente no gubernamentales e intergubernamentales) siguieron “nombrando y señalando” o “avergonzando” al gobierno mexicano, señalando una brecha entre su comportamiento y las normas internacionales de derechos humanos, cuestionando así su estatus como “miembro digno” de la comunidad de naciones democráticas y “civilizadas”. De esta manera, podríamos plantear que dicha presión generó al gobierno la necesidad de continuar dando señales a la comunidad internacional de su compromiso con las normas internacionales de derechos humanos.” ANAYA, Alejandro, *op. cit.*, p. 784.

<sup>8</sup> Es interesante también la opinión de Moloeznik al respecto: “Pero, tal vez lo más pernicioso de la estrategia nacional de seguridad y la decisión de sacar a los militares de los cuarteles, haya sido el reconocimiento de que la respuesta estatal no respondió a un diagnóstico previo; esto es, la falta de un diagnóstico sobre la magnitud y alcances del narcotráfico como la gran amenaza a la seguridad nacional mexicana, tal como lo pone de manifiesto un reconocido integrante del Colectivo de Análisis de la Seguridad con Democracia (CASEDE) (Medellín 2008) la aceptación, por parte de tres generales entrevistados por este periodista, Guillermo Galván, Juan Alfredo Oropeza Garniza y Mario Ayón Rodríguez, de la inexistencia de una estrategia antidrogas, al no haber nada planeado, al reconocer que las cosas se van haciendo como surgen, sobre la marcha y adecuando planes, así como de una distribución operativa y logística conforme se presenten los escenarios de conflicto.” MOLOEZNİK, Marcos, *op. cit.*, p. 84.

En este recorrido, el profesor Coste nos introduce en un análisis histórico político con la finalidad de explicar el camino que llevó a convencer al gobierno de Felipe Calderón a aceptar la reforma constitucional de 2011. Quizá al margen de la opinión del autor, podría pensarse que una de las razones para considerarla, fue el intentar apaciguar con ello la violenta situación que originó con sus políticas y estrategias de seguridad.

Es importante considerar que justo en su época de gobierno, se empiezan a dictar las primeras sentencias de la Corte IDH contra México, donde se evidencia la gran cantidad de problemas que en su momento se presentaban en el país con respecto a la protección de los derechos humanos. Fernández Ortega *et al.*, Rosendo Cantú, Cabrera García, Montiel Flores y los muy estudiados casos de González *et al.*, (Campo Algodonero) y Rosendo Radilla Pacheco, todos ellos incidieron continuamente en la necesidad de adecuar la normativa interna mexicana, a la normativa internacional, que estaba firmada y ratificada por México. El principio de convencionalidad como nuevo reto en el país, también cobró fuerza y generó apremio a lo interno de México, para demostrar a la comunidad internacional su interés por el respeto y protección de los derechos humanos, y su cumplimiento de las obligaciones internacionalmente contraídas a través de los tratados internacionales y para con los tribunales internacionales, especialmente con la Corte Interamericana.<sup>9</sup>

Aunado a lo anterior, el carácter *erga omnes* de la jurisprudencia de la Corte IDH, hace que México deba atender la interpretación sobre los derechos humanos utilizada, e incluso lineamientos de sentencias, que no son contra el propio Estado.<sup>10</sup> Además de esta presión internacional, la sociedad civil empezó también a protestar en defensa de la

---

<sup>9</sup> En este sentido también, MOLOEZNİK, Marcos, *op. cit.*, p. 84. “Al margen, entonces, de la interpretación que el gobierno federal —e incluso la Suprema Corte de Justicia de la Nación— lleven a cabo sobre la legalidad de disponer de las fuerzas armadas para enfrentar al narcotráfico, el sistema regional de protección de los derechos humanos —del que el Estado mexicano forma parte— a través de sus sentencias, pone en entredicho la participación de militares y marinos en el ámbito de la seguridad pública y deja entrever que sus actuaciones carecen del necesario manto de protección legal y que, incluso, en el futuro podrían ser llamados a rendir cuentas.”

<sup>10</sup> En este sentido muchos autores, entre ellos, HITTERS, Juan, “¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad)”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, Buenos Aires, núm. 13, 2009, OVALLE, José, “La influencia de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el derecho interno de los Estados Latinoamericanos”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLV, núm. 134, mayo-agosto de 2012, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

protección de los derechos y a evidenciar la gran cantidad de violaciones que se cometían constantemente.<sup>11</sup>

En su último capítulo, el autor nos ha presentado un panorama completo, con antecedentes y diversas situaciones del momento en el cual la reforma del artículo primero constitucional logra aprobarse. El reto sigue siendo el que, efectiva y progresivamente, se cumpla con los lineamientos establecidos en dicha reforma y se respete realmente la protección de los derechos humanos de todos los habitantes del país, que el principio de convencionalidad sea considerado en todo momento y no solamente cuando conviene al gobernante en turno.

Hemos de leer con detenimiento la obra para poder, al igual que el autor, reflexionar, analizar y evaluar los errores que se han cometido y que por ninguna causa, deberían repetirse nuevamente, si es que México pretende ser un estado democrático y defensor de los derechos humanos, no solo en la teoría, sino también en la práctica gubernamental.

---

<sup>11</sup> De acuerdo con los índices del Human Rights Data Project (CIRI), las violaciones a los derechos de integridad física no han variado demasiado a partir de la implementación en 2001 de la política de apertura y activismo multilateral de derechos humanos. Como se puede apreciar en la gráfica 1, a lo largo de todo el periodo en cuestión, el índice se ha mantenido en un rango de niveles de muy baja vigencia (o muy alta violación) de los derechos correspondientes. Esto significa que los niveles agregados de tortura, desaparición forzada, ejecución extrajudicial y encarcelamiento político en México se han mantenido muy altos durante los últimos doce años. En otras palabras, el ejercicio del derecho a la libertad de movimiento, a la libertad de expresión, a la libertad de asamblea y asociación, a los derechos de los trabajadores, a la libre determinación electoral y a la libertad religiosa ha empeorado en México de manera consistente; aunque aún se mantengan dentro de una franja de vigencia relativamente alta." ANAYA, Alejandro, *op. cit.*, p. 788.

## Los derechos fundamentales laborales

SOFÍA GÓMEZ BAUTISTA

Creel Abogados, México

[sofia.gomez@creelabogados.com](mailto:sofia.gomez@creelabogados.com)

<https://orcid.org/0000-0002-6342-8480>

MARTÍNEZ CARRILLO, Carlos Ferrán, GONZÁLEZ GARZA, Heberardo, TRIMMER ESPINOSA, Alix Airam (coords.), *Los derechos fundamentales laborales*, Tirant Lo Blanch, México, 2022, 358 pp., ISBN: 978-84-1113-967-0

<https://doi.org/10.36105/iut.2022n36.10>

*Los derechos fundamentales laborales*, es una obra que, como su nombre lo indica, hace referencia a los derechos fundamentales laborales reconocidos por la Organización Internacional del Trabajo (OIT), así como, a otros temas específicos que se relacionan con estos. Es coordinada por Carlos Ferrán Martínez, Heberardo González Garza, Alix Airam Trimmer Espinosa y compilada y revisada por Rogelia Gómez Vargas y Cristel Solorio Castro. Los dieciséis capítulos que la conforman, la introducción y conclusión, fueron redactadas por prestigiosos abogados especialistas en la materia laboral, admirados por su amplio conocimiento y experiencia en la materia, Julieta Becerril Romero, José Miguel Cabrales Lucio, Stephanie Calvillo Barragán, Juan José Díaz Mirón Salcedo, Luis Díez de Bonilla, Xaviera Garza Camarena, Rogelia Gómez Vargas, Heberardo González Garza, Arturo González Garza, Arturo González Salazar, Carlos Ferran Martínez Carrillo, Verónica Lidia Martínez Martínez, Adalberto Méndez López, Cecilia Rasgado de Paz, Estefanía Rueda García, José Alberto Sánchez Medina, Cristel Solorio Castro, y Emily del Carmen Sutro Antonio.



Esta obra, de forma general, aborda el reconocimiento e incorporación expresa de los derechos fundamentales laborales en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; el Tratado Internacional México, Estados Unidos de América y Canadá mejor conocido como el T-MEC; los Convenios de la OIT ratificados por México tales como los Convenios 087, 098, 100, 111; la Ley Federal del Trabajo vigente; y normas oficiales mexicanas; resultado de las diversas reformas que tuvieron lugar en 2012, 2017, 2019, y 2021. De manera particular, los autores profundizan sobre:

los derechos fundamentales laborales reconocidos a lo largo de diversos artículos de la Ley Federal del Trabajo tales como: el derecho al trabajo digno o decente, derecho de igualdad de remuneración por un trabajo de igual valor, derecho a la igualdad sustantiva, derecho a un ambiente de trabajo libre de todo tipo de discriminación y violencia laboral, eliminación de cualquier forma de trabajo forzoso, derecho a la desconexión digital, derecho a la libre asociación sindical y a la efectiva negociación colectiva, derecho a la seguridad social, derecho a una impartición de justicia laboral gratuita y expedita.

Los casos de derecho comparado resueltos por la Corte Interamericana de los Derechos Humanos.

Las tesis de jurisprudencia y aisladas relacionadas con la interpretación y aplicación de los derechos fundamentales laborales en el derecho laboral mexicano.

Las disposiciones legales de protección a los derechos fundamentales laborales incorporados a la Ley Federal del Trabajo, que se reflejan en nuevas obligaciones y prohibiciones consagradas en los artículos 132 y 133, respectivamente, de dicho ordenamiento legal; consistentes en la implementación del protocolo para prevenir y erradicar la violencia laboral en el centro de trabajo; la entrega de una copia del contrato colectivo de trabajo aplicable al centro de trabajo a los trabajadores sindicalizables; la no tolerancia de ningún acto de discriminación, hostigamiento o acoso laboral en el centro de trabajo; la abstención de coaccionar a un trabajador para que se afilie o se retire de un sindicato; y la abstención de despedir a una madre trabajadora por estar embarazada, entre otras.

La relevancia del control de convencionalidad difuso en materia laboral, consistente en la obligación de los juzgadores de velar por el cumplimiento de los compromisos internacionales en materia de derechos fundamentales laborales adquiridos por el Estado mexicano; así como la aplicación interpretativa global de dichos derechos fundamen-

tales y principios internacionales a las relaciones de trabajo surgidas en el contexto nacional.

La utilidad del derecho de cumplimiento por parte de las empresas, para garantizar el respeto y ejercicio de los derechos fundamentales laborales, así como el cumplimiento estricto de las obligaciones laborales contenidas en la legislación mexicana, a fin de evitar violaciones a la legislación laboral y generación de defensas en juicios laborales por supuestos casos de discriminación o violencia laboral.

Es innegable que la reforma constitucional en 2017 y las reformas a la Ley Federal del Trabajo en 2012, 2019 y 2021, introdujeron nuevos y amplios mandatos para los patrones en materia de derechos humanos, por ello, la publicación de esta obra es de suma relevancia para la época en la que nos encontramos, pues hoy en día, las empresas deben sensibilizarse y capacitarse respecto a los derechos fundamentales laborales, a fin de no infringir las normas laborales.

La obra es ampliamente recomendable para cualquier abogado que ejerza la materia laboral; sin embargo, para aquellos abogados laboralistas enfocados a representar y asistir a patrones, es una lectura de observancia obligatoria pues mediante su lectura y estudio permiten ampliar y reforzar los conocimientos en materia de derechos humanos, sensibilizar sobre la responsabilidad empresarial en materia de derechos humanos y visualizar las tendencias globales en la interpretación y aplicación de los mismos en el contexto nacional, a efecto de posteriormente, diseñar e implementar estrategias de cumplimiento al interior de la organización y defensa en los juicios laborales interpuestos por supuestos actos de discriminación, hostigamiento sexual y acoso laboral, que proteja a los clientes y les permita acreditar la inexistencia de dichos actos, así como prevenir riesgos legales y contingencias económicas.

## Ordenanzas de Carlos III. Estudio introductorio y colección

RODRIGO GORDOA DE LA HUERTA

Instituto de Investigaciones Dr. José María Luis Mora, México

[rgordoa@institutomora.edu.mx](mailto:rgordoa@institutomora.edu.mx)

<https://orcid.org/0000-0002-2787-4571>

SODI CUÉLLAR, Ricardo y BECERRIL HERNÁNDEZ, Carlos de Jesús (coords.), *Ordenanzas de Carlos III. Estudio introductorio*, Tribunal Superior de Justicia del Estado de México, México, 2022, 261 pp., ISBN: 978-607-99668-2-9

<https://doi.org/10.36105/iut.2022n36.11>

La publicación de las *Ordenanzas de Su Majestad para el régimen, disciplina, subordinación y servicio de sus ejércitos* —conocidas como las Ordenanzas de Carlos III— y de un volumen de estudios introductorios referentes al contexto de producción, aplicación y vigencia de dicha normativa, supone una notable contribución para la comunidad académica del país y del resto de Hispanoamérica. Los primeros dos volúmenes facsimilares serán una fuente documental sobresaliente, dada su utilidad para realizar estudios relacionados con la historia del derecho, la historia militar e, incluso, de estudios históricos vinculados a la vida social y económica de las fuerzas armadas de la Corona, temas tratados por grandes referentes de la historiografía como Christon Archer, pero no por ello zanjados.<sup>1</sup> La edición cuidadosa de estos volúmenes será de gran relevancia para el desarrollo de futuros estudios de carácter histórico y jurídico.

---

<sup>1</sup> ARCHER, Christon , *El ejército en el México borbónico 1760-1810*, México, Fondo de Cultura Económica, 1983 (1977).

Por su parte, el volumen correspondiente al estudio introductorio de las *Ordenanzas*, es una interesante contribución historiográfica en materia de historia del derecho militar. Esta obra colectiva coordinada por Ricardo Sodi Cuéllar y Carlos de Jesús Becerril Hernández está compuesta por una nota introductoria, un prólogo y 11 capítulos que sintetizan distintas investigaciones vinculadas a la historia del derecho, la historia del gasto público, la historia militar y un estudio relacionado con el desarrollo de las artes tipográficas en la Monarquía Hispánica.

Tal y como señalan los coordinadores, este esfuerzo editorial se originó a partir del *Seminario Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas dictadas por Carlos III en 1768*, llevado a cabo en mayo de 2018 como iniciativa de la Facultad de Derecho de la Universidad Anáhuac México. Este evento implicó una colaboración interinstitucional en la cual se estableció un diálogo entre especialistas de México, España, Brasil, Colombia y Perú. Con lo cual, además de conmemorar los 250 años de la expedición de dicho ordenamiento, se puso a disposición de la comunidad académica los volúmenes facsimilares, así como una serie de trabajos elaborados por los especialistas convocados por el seminario antes mencionado. Dichos trabajos pueden ser clasificados, para fines meramente analíticos, en cuatro categorías que desarrollaremos en la presente reseña.

En primer lugar, la obra colectiva presenta una serie de capítulos que fungen como una guía para comprender el contexto de elaboración de las *Ordenanzas*, estos trabajos abordan dos cuestiones fundamentales: la primera tiene que ver con el orden jurídico vigente cuando se dictaron las *Ordenanzas*, contenido en el capítulo de Carlos Becerril “De la prelación de fuentes a la jerarquía de leyes (Nueva España y México, siglos XVI-XXI).

En este texto, Becerril Hernández elabora una explicación profunda y clara del orden jurídico novohispano y en particular de aquél dedicado a la fiscalidad. A partir de un minucioso análisis de los órganos de creación de la norma fiscal y de sus reglas de aplicación, el autor nos adentra a la compleja realidad del orden jurídico castellano y su proyección en las Indias a partir de una mirada que toma en cuenta la dimensión jurisdiccional de la actividad administrativa, cometido que Becerril Hernández ha conseguido en dos publicaciones recientes que complementan la explicación contenida en este capítulo.<sup>2</sup> En términos

---

<sup>2</sup> BECERRIL, Carlos de Jesús, “Aspectos jurídicos de las instituciones novohispanas”, *Hacienda e instituciones. Los erarios regio, eclesiástico y municipal en Nueva España: coexistencia e interrelaciones*, México, Instituto Mora, CONACYT, Universidad Veracruzana, 2019, pp. 37-64; BECERRIL,

generales, este apartado de la obra colectiva arroja luz sobre un aspecto fundamental para los estudios dedicados a la historia del derecho novohispano y mexicano: la diferencia sustancial entre la prelación de fuentes de derecho, propia del orden jurídico del Antiguo Régimen, y la jerarquía de fuentes, correspondiente a un orden de carácter liberal.

En el primer caso, destaca la primacía de la actividad jurisdiccional sobre lo legal. En este sentido, la ley dista de ser la fuente principal de derecho, sino que se extendía un orden establecido por Dios que se estructuró en torno a una pluralidad de fuentes de derecho cuyo fundamento de validez era el rey, dicho orden era dictado y aplicado por los jueces del monarca, de ahí que otros autores hayan definido este orden jurídico como una “justicia de jueces”.<sup>3</sup> En contraposición a este orden, Becerril señala que la jerarquía normativa implica la presencia de un poder político que dicta las normas jurídicas que han de regir la vida social, por lo que el fundamento de validez en este orden era el código político fundamental, la constitución escrita (p. 60). La diferencia es significativa. En el primer caso no existió una generalidad del derecho, sino que era casuístico y particularista, mientras que, en el segundo, operaba bajo la aspiración de una igualdad jurídica entre sus participantes.

En segundo término, la obra presenta dos capítulos contextuales referentes a las reformas borbónicas en el mundo hispánico y uno dedicado a las reformas pombalinas para el caso portugués y brasileño. Estos trabajos establecen una excelente síntesis sobre la situación de ambas monarquías durante el siglo XVIII, prestando especial atención a los impulsos reformistas hispanos y lusos a consecuencia de la Guerra de los Siete Años (1756-1763). En este punto, cabe destacar el diálogo entre los trabajos de Luis Jáuregui, Ricardo Sodi y Carlos Becerril.

El capítulo de Jáuregui presenta una concisa introducción a las reformas borbónicas como categoría historiográfica y como proceso histórico. Como categoría de análisis, estas reformas son analizadas como un periodo analítico que ha experimentado un cambio notable a raíz de los avances de la historiografía reciente, pasando de una temporalidad clásica que corresponde a la toma de La Habana y Manila por la armada inglesa en 1762 y que culmina con las abdicaciones de

---

Carlos de Jesús, “Competencia y jurisdicción de la Real Hacienda en Indias. La parte procesa de la fiscalidad: Nuevo Reino de Granada, 1793” *Gobierno y administración de los erarios regios indianos de la monarquía hispánica (1690-1810)*, México, Instituto Mora, 2021, pp. 35-70.

<sup>3</sup> GARRIGA, Carlos, “Sobre el gobierno de la justicia en Indias (siglos XVI-XVII)”, *Revista de historia del derecho*, núm. 34, 2006, pp. 97-160.

Bayona. Frente a esta propuesta, algunos trabajos recientes han planteado la necesidad de elaborar una periodización más amplia que considere prácticamente a todo el siglo XVIII como un periodo de reformas que, sin ser continuas o unívocas, se extendieron desde 1714 hasta dichas abdicaciones.<sup>4</sup> En cuanto al proceso, el autor destaca que este reformismo consistió en una serie de modificaciones en las instituciones y práctica de gobierno cuyos cambios “[...] se aplicaron entre empujones y estirones sujetos a las veleidades políticas” (p. 20).

En este periodo, destaca el impulso reformista durante el reinado de Carlos III (1759-1788). Para Jáuregui, en estos años fue cuando se realizó una mayor y más consiente aplicación del esfuerzo reformista, prueba de ello fueron la visita de José de Gálvez (1765-1771) y la puesta en marcha de las intendencias en Nueva España (1786). Durante la visita de Gálvez se promulgaron las *Ordenanzas*, cuya aplicación fue supletoria a otras normativas, como era el caso del reglamento de milicias de 1734, expedido por Felipe V. La aplicación de esta norma implicó la modificación del funcionamiento militar de la Corona, con el cambio en la organización de las fuerzas armadas en las posesiones americanas, así como en la formación de los batallones y el funcionamiento del sistema de ascensos y reconocimientos.

La aplicación de las *Ordenanzas* tuvo un impacto sobresaliente en la organización militar de las Indias y, posteriormente, de las repúblicas independientes, tal y como señalan Sodi Cuéllar y Becerril Hernández en el capítulo “El reformismo borbónico y su impacto en la regulación de las fuerzas armadas en Nueva España y México”. A partir de interrogarse sobre la pertinencia de estudiar un ordenamiento jurídico del pasado, los autores señalan algunas nociones fundamentales sobre la historia del derecho, que fungen como ejes articuladores del resto de los capítulos del libro, más allá de un contexto de producción que se limite a presentar la situación bélica, financiera y administrativa de la Monarquía hispánica a raíz de los conflictos bélicos suscitados en la segunda mitad del siglo XVIII.

Para los autores es fundamental tomar en cuenta que dentro de la historia del derecho “todas las disposiciones jurídicas son válidas y vigentes en tanto no exista otra que expresamente señale lo contrario.” (p. 26) De manera complementaria a este postulado, señalan que las

---

<sup>4</sup> PINTO, José, SÁNCHEZ, Ernest, “El reformismo borbónico y pombalino: alcances y perspectivas”, *Historia Caribe*, vol. XI, núm. 29, 2016, pp. 13-18. ALLAN, Kuethe, KENNETH, Andrien, *El mundo atlántico español durante el siglo XVIII. Guerra y reformas borbónicas, 1713-1796*, Bogotá, Universidad del Rosario, Banco de la República de Colombia, 2018.

constituciones mexicanas que han estado en vigor solo han derogado las normas anteriores, pero no abrogadas, por lo que siguen vigentes aquellas partes que no fueron anuladas de manera expresa. ¿Qué implicaciones tiene esto en el estudio de una normativa como las *Ordenanzas*? La respuesta a esta pregunta la dan los propios autores cuando destacan la persistencia de algunas normas de origen novohispano dentro de la “legislación patria” del México independiente decimonónico. Esto quiere decir que la legislación hispana persistió como una serie de normas supletorias en distintas materias, como fue el caso de la comercial, la minera o, para nuestros intereses, militar. En ese sentido, este capítulo demuestra la subsistencia de las *Ordenanzas* de 1768 en el derecho positivo mexicano, como se puede apreciar en los trabajos de Sodi Cuéllar para el caso mexicano y de Palomino Manchego para el caso peruano, como veremos más adelante.

De manera complementaria a los capítulos antes mencionados, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha y Romeu Costa Ribeiro Bastos analizan el proceso de reformas desarrollado por el marqués de Pombal y su influencia en el devenir del Brasil colonial. En ese sentido, el paralelismo con el caso de las reformas borbónicas es pertinente. Como ya señalábamos, la Guerra de los Siete Años marcó el devenir de las monarquías europeas y para el caso portugués resultó evidente la necesidad de reforma a partir de la preocupante dependencia hacia sus aliados ingleses y por la situación crítica a raíz del sismo de Lisboa de 1750. El papel transformador de las reformas pombalinas es analizado de manera integral por los autores, señalan las modificaciones en materia de gobierno, economía, educación y militar. En este punto, es menester señalar el surgimiento de una nueva matriz política elaborada a partir de las ideas “iluministas”, aspecto compartido con las reformas emprendidas por Carlos III. En cuanto a la cuestión militar, destacan las medidas de reorganización militar elaboradas por el conde de Lippe y la emisión del *Reglamento de 1763*, inspirado en las reformas emprendidas por Federico II en Prusia. Este ordenamiento tiene una trayectoria paralela en Brasil que ilustra la vigencia de ordenamientos del antiguo régimen en el orden jurídico de los siglos XIX y XX, particularmente en materia del fuero militar.

El segundo grupo de capítulos que proponemos consisten en aquellos apartados que tratan el sistema de organización y la aplicación de las *Ordenanzas* durante las últimas décadas de XVIII. En esta categoría podemos señalar a los trabajos de Francisco Ramos Oliver, Antonio Campuzano Rosales y Carlos Díaz. El capítulo de Ramos Oliver formula un

repasso general del contenido de las *Ordenanzas*. A partir de estudiar los ocho tratados, cada uno de sus títulos y los artículos, el autor reconstruye los lineamientos principales en materia de organización del ejército, la organización operativa del mismo, el sistema de gestión del personal militar, el reclutamiento, la logística y el servicio de guarnición de las fuerzas armadas de la Corona. La principal aportación de este trabajo consiste en destacar la relevancia de este ordenamiento como un instrumento para la formación de un ejército profesional, al intentar la creación de una organización regida por el mérito y la capacidad conductiva de las tropas. El trabajo de Campuzano Rosales es un ejemplo de la historia impartida en los planteles de formación militar. Se trata de un recuento elaborado del contexto de producción, aplicación y continuidad de vigencia de las *Ordenanzas* a lo largo de los siglos XVIII y XIX.

Por su parte, Carlos Díaz desarrolla un sugerente estudio sobre la aplicación de las *Ordenanzas* en la gestión del gasto bélico en Nueva Granada a partir del caso de los habilitados militares en Panamá entre 1768 y 1818. En este capítulo confluye un análisis de gasto que corresponde a las propuestas de la historiografía fiscal reciente de concebir la dimensión jurisdiccional del gobierno de la hacienda con un análisis minucioso del orden de prelación de las fuentes vigentes en materia militar para Nueva Granada y Panamá.

El autor estudia la aplicación de las *Ordenanzas* como norma supletoria de los 25 reglamentos para fuerzas milicianas expedidos para las Indias entre 1718 a 1780. Ante el número considerable de temas que trata esta normativa, Díaz se limita a analizar la aplicación de un apartado, en concreto, analiza el sistema de habilitados militares en la Provincia de Panamá del Nuevo Reino de Granada. En este caso, las normas particulares modificaron sustancialmente lo dictado en el título 9 del Tratado Primero de las *Ordenanzas*, con el nombramiento de un habilitado que gestionara el gasto militar. Además del tiempo de servicio de esta comisión, los reglamentos locales de Cuba y Nuevo Reino de Granada estipularon la aplicación de mecanismos de supervisión y control sobre dichos habilitados por medio de la recepción de fianzas y del control contable sobre varios ramos de data como los salarios, montepíos y el aprovisionamiento militar. Díaz, en ese sentido, desarrolla una aguda reflexión sobre la naturaleza de los datos cuantitativos tratados por la historia fiscal, y en particular en un aspecto poco abordado por la historiografía: el gasto público.<sup>5</sup>

---

<sup>5</sup> SÁNCHEZ, Ernest, *El gasto público en los imperios ibéricos, siglo XVIII*, México, Instituto Mora, Conacyt, 2015.



Señala el autor que “La racionalidad de los datos cuantitativos de los documentos contables plasmaba una relación de gestión y control fiscal ajena a la racionalidad que conocemos y damos por hecho (p. 173). Este punto es fundamental para comprender la naturaleza misma del gobierno dentro de la monarquía, en la cual, si no se juzgaba, no se gobernaba. Con lo cual, incluso en los aspectos más específicos del gobierno militar la *iurisdictio* que se ejercía por medio de una dimensión de gobierno y, como señala el título octavo de la *Ordenanza*, desde una perspectiva jurisdiccional por medio del conocimiento de ciertas causas vinculadas al ejercicio del gobierno del aparato militar. Dentro de dicho contexto, Díaz expone detalladamente la forma en la cual debe realizarse la comprensión de la contabilidad colonial, en especial cuando se contrasta con la aplicación de ciertas normas específicas.

El estudio de la aplicación contemporánea de esta normativa se contrasta con tres capítulos que exponen, desde sus propias particularidades, la persistencia de la norma colonial en materia militar en la legislación republicana de México y Perú en el siglo xix. En particular, quisiéramos destacar la aproximación —a nuestro parecer incipiente y que debe ser ampliada por estudios de caso que han sido poco tratados— como fue el ejercicio judicial en el marco de una jurisdicción privilegiada que persistió aún después del fin del orden colonial: el fuero militar.

Para el caso mexicano, contamos con dos capítulos que exponen la permanencia del derecho común o “de gentes” dentro de la organización militar, así como de la normativa expedida por Carlos III. El capítulo de Ricardo Sodi Cuéllar trata, precisamente, la subsistencia de las *Ordenanzas militares* en el derecho positivo mexicano. El autor aborda la parte procesal de esta legislación y el estudio de la jurisdicción militar contenida en ella. El estudio comienza con la definición de la jurisdicción militar como “[...] la potestad que tienen los jueces militares para conocer los negocios de las personas que sirven a los ejércitos” (p. 68) En tanto jurisdicción especial, la militar tenía una serie de divisiones que operaron dentro del orden jurídico que ya hemos tratado en el texto de Becerril Hernández. La legislación —y por añadido la jurisdicción militar— permanecieron en la legislación del México independiente.

El fuero de guerra se desprendió de la Ordenanza de 1768 y fue vigente a lo largo del siglo xix. El estudio de esta persistencia es una contribución fundamental que tendrá que ser profundizada con trabajos monográficos sobre la impartición de justicia militar en el orden

constitucional decimonónico, ya que el cuerpo normativo hispano no fue abrogado, lo cual demuestra la permanencia en el derecho mexicano positivo. Incluso, el autor señala que el ejército permaneció con sus fueros y su relación con el orden de las constituciones mexicanas fue difusa, al grado que los militares eran “amos de su propia parcela” en materia judicial.

Además de esta persistencia, otros elementos del orden jurídico anterior al liberal persistieron, tal y como lo demuestra María del Refugio González, con la persistencia de las “reglas de la guerra”, basadas en el derecho de gentes, cuya antigüedad se remonta a la era romana. Para mostrar esta presencia aún en el siglo XIX la autora muestra la pugna por las condiciones de entrega de la ciudad de Puebla, sitiada entre el 16 de marzo y el 17 de mayo de 1863. El diálogo entre el general Jesús González Ortega, al mando del Ejército de Oriente y el general Foley muestra las diferencias, en términos de la historia del derecho, entre la rendición o capitulación.

Para el caso peruano, José Palomino Manchego elabora una recapitulación de la vida de Carlos III, el contexto y contenido de las *Ordenanzas* y una breve aproximación al influjo de esta norma en el Perú. En particular, este capítulo plantea un estudio novedoso al tratar la continuidad entre el contenido de las *Ordenanzas* con el *Prontuario de ordenanza para el ejército* de 1856. Empero, considero que el autor presta especial atención a aspectos de carácter biográficos que, sin desmerecer el detalle y cuidado sobre el estudio de la vida del Monarca, lleva a que el análisis de la obra de Juan Espinoza sea breve para la relevancia de dicho análisis para la comprensión de la regulación y funcionamiento de las fuerzas armadas hispanoamericanas del siglo XIX. La continuidad del contenido de esta norma en el derecho positivo peruano y en particular en la regulación del ejército, es un elemento destacado que sin duda alguna merece una agenda de investigación más amplia por parte del autor.

El volumen introductorio contiene otros trabajos, como el de Ricardo Salas Moreno, quien expone la forma en la cual se estudió el desarrollo de la tipografía en la Imprenta Real. En un contexto en el cual la tipografía es vista como arte e industria, el autor describe el desarrollo de una serie de tipografías vinculadas al poder real. En nuestro caso, la Biblioteca Nacional auspició la creación de la Imprenta Real y, bajo la influencia de la tipografía de Joaquín de Ibarra se crearía un diseño tipográfico nacional. Además de dicho estudio, Salas Moreno comparte la notable labor de diseño tipográfico y de la caja del libro, el

cual, vale la pena señalar, presenta una edición cuidada, bella y de fácil lectura, cometido que el diseñador gráfico de este libro logra de manera magistral.

Finalmente, mencionamos la nota introductoria del gobernador del Estado de México, Alfredo del Mazo, quien expone la pertinencia de editar las *Ordenanzas*, y el prólogo del Secretario de la Defensa, General de División Luis Crescencio Sandoval, quien nos aporta una útil definición de ordenanza militar, entendida como “[...] un conjunto de principios y normas que en términos generales regulan la vida del soldado [...] abarca aspectos disciplinarios, jurídicos, de actuación en el servicio de las armas, de organización y funcionamiento, entre otros” (p. 14).

A manera de conclusión, considero que el esfuerzo editorial del estudio introductorio y los volúmenes facsimilares de la Ordenanza serán de gran importancia para la historiografía del derecho y militar en Hispanoamérica. De manera complementaria al mérito de poner al alcance de los investigadores un edificio tan cuidado de esta norma, los capítulos que conforman el estudio introductorio darán pauta para el desarrollo de futuras investigaciones. En particular, destacan tres temas fundamentales que tendrán que ser materia de futuros trabajos e, incluso, de esfuerzos colectivos interinstitucionales.

El primero de ellos es el estudio del ejercicio de la jurisdicción militar. Pese a que en varios capítulos se menciona el funcionamiento de la justicia militar, la existencia de tribunales especiales y el contenido del Título octavo en materia de jurisdicción militar, considero que es pertinente elaborar una serie de casos que muestren cómo era la dinámica procesal de estos tribunales militares durante la segunda mitad del siglo XVIII. En segundo lugar, varios de los estudios realizan aportaciones valiosas que demuestran la vigencia de las *Ordenanzas* durante el siglo XIX.

En este punto, los avances presentados en los trabajos tendrán que ser enriquecidos con un análisis más profundo que muestre en qué medida estas normas fungieron como supletorias a la legislación positiva y en qué casos se recurrió a la misma. Finalmente, el estudio de estas *Ordenanzas* necesariamente llevará al estudio de situaciones similares, como fue la pervivencia de las *Ordenanzas de Bilbao* en materia comercial y de las *Ordenanzas del Tribunal de Minería* para tener una visión de conjunto de cómo las normas de la Corona persistieron como vigentes en ciertas materias y casos dentro del derecho positivo de los países hispanoamericanos durante el siglo XIX.